

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA KİSMİ
HÜKÜMSÜZLÜK

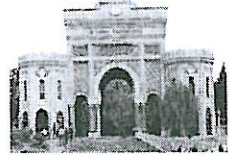
NAGEHAN KIRKBEŞOĞLU
2502050102

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul, 2010



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK Anabilim** Dalında **2502050102** numaralı **-NAGEHAN KIRKBEŞOĞLU'**ın hazırladığı **“TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK”** konulu **YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 28.Maddesi **29.11.2010 Pazartesi** günü saat: **15.00'da** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **.....KABUL.....**'ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

| JÜRİ ÜYESİ | KANAATI(*) | İMZA |
|------------------------|------------|------|
| PROF.DR.HÜSEYİN HATEMİ | Kabul | |
| PROF.DR.HASAN ERMAN | Kabul | |
| PROF.DR.CEVDET YAVUZ | KABUL | |
| PROF.DR.TUFAN ÖĞÜZ | Kabul | |
| PROF.DR.AYDIN GÜLAY | Kabul | |

ÖZ

Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Bu tez ile araştırılan konu, Türk Özel Hukukunda kısmi hükümsüzlük ve özellikle kısmi hükümsüzlüğün türlerinden biri olarak kabul edilmesini teklif ettiğimiz düşey kısmi hükümsüzlük veya bir başka adıyla indirim yaptırımıdır. Tezin birinci bölümünde, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin temel kavramlar incelenmiş; ikinci bölümde ise mukayeseli hukuktaki düzenlemeler de dikkate alınarak kısmi hükümsüzlüğün özellikleri, şartları ve sebepleri araştırılmıştır. Üçüncü bölümde ise, kısmi hükümsüzlüğün türleri incelenirken, özellikle sözleşmenin nicel kısımlarında uygulanan ve ihlal edilen normun anlam ve amacından ortaya çıkan düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulama alanlarını, şartlarını ve özelliklerini açık bir biçimde tespit etmeye çalıştık. Dördüncü ise, genel olarak kısmi hükümsüzlüğün sonuçlarına yer verilmiştir. Sonuç olarak, düşey kısmi hükümsüzlüğün, ihlal edilen her bir normun anlam ve amacından ortaya çıkan doğduğu ve kural olarak Türk Ticaret Kanununun.1466.maddesinden kaynaklanan uygulanma şartlarınının bulunduğu kanaatindeyiz.

ABSTRACT

This study has been prepared as a doctorate thesis at İstanbul University Social Sciences Institute. The topic that was researched in the thesis is the partial invalidity in Turkish Private Law and especially vertical partial invalidity or that can be called as sanction of reduction as one of the kinds of partial invalidity which we had offered through this thesis. In the first section of our thesis, the main concepts belonging to partial invalidity was analyzed; in the second section the properties, conditions and kinds of partial invalidity by taking account the regulations in comparative law. In the third section of our thesis, while analyzing the vertical partial invalidity, we clearly tried to bring up the application areas, conditions and properties of vertical partial invalidity that is performed on the quantitative parts of the contracts and sourced from sense and purpose of provisions that were breached by the parties. In the fourth section of our thesis, it was placed to legal results of the partial invalidity. Consequently, we believe that the vertical partial invalidity is sourced of the sense and purpose of each breached provisions and as principle has got application conditions borned from Turkish Commercial Code Article 1466.

ÖNSÖZ

Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlüğün hükümleri, uygulama alanları, şartları, türleri ve sonuçlarını incelemeyi amaç edinen bu çalışmanın temelini, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk bünyesinde hazırlanan doktora tezimiz oluşturmaktadır. Sayın danışman Hocam Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, “Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük” adlı tez konusunu bana ilk önerdiği anda, bu konu tereddütsüz ilgimi çekmiş olup, araştırmalarım sırasında da büyük bir keyif ile çalışmalarımı devam ettirdim.

Kısmi hükümsüzlük konusunu Türk Hukuku bakımından daha önce 1998 tarihinde aynı konulu doktora tezi ile kaleme alan Sayın Doç Dr. Veysel BAŞPINAR’ı ve 1996 yılında kaleme aldığı makale ile Sayın Prof. Dr. N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU’nu saygı ve teşekkür ile anıyorum. Bu çalışmalar başta olmak üzere, kaynakçada gösterilen diğer monografi ve makalelerden yararlanarak güncel Yargıtay Kararları, mevzuat değişiklikleri ile Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı ışığında konuyu etraflıca inceleme fırsatı elde etmiş oldum.

Çalışmalarımın bir kısmını Almanya’da devam ettirmem neticesinde, büyük oranda mukayeseli hukuk alanında güncel monografi ve çalışmalardan yararlanma fırsatını elde ettim. Bu vesile ile Freiburg im Brs. Alberts-Ludwig Üniversitesi Kütüphanesi ve Merkez Kütüphanesi çalışanlarına teşekkürlerimi sunuyorum.

Yüksek Lisans ve Doktora tezlerimin danışmanı değerli hocam *Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ*’ye özellikle konu seçiminde beni desteklemesinden, çalışmamın her aşamasında gösterdiği yakın ilgi ve büyük katkılarından dolayı kendisine teşekkür etmeyi borç bilirim.

Ayrıca bu tezin savunulması sırasında önerileriyle beni yönlendiren tüm jüri üyesi hocalarıma; *Prof. Dr. Hasan ERMAN*, *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ*, *Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ* ve *Prof. Dr. Aydın GÜLAN* hocalarıma da sonsuz minnet ve teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|-----|
| ÖZ..... | II |
| ÖNSÖZ..... | III |
| İÇİNDEKİLER..... | IV |
| KISALTMALAR..... | X |
| GİRİŞ..... | 1 |

I. BÖLÜM

KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

| | |
|--|----|
| I- Hukuki İşlem Kavramı..... | 5 |
| II-Geçersizlik (Hükümsüzlük) Kavramı ve Anlamı..... | 6 |
| A- Roma Hukukunda..... | 6 |
| B- Fransız Hukukunda..... | 8 |
| C- İsviçre Hukukunda..... | 9 |
| D- Alman Hukukunda..... | 11 |
| E- Türk Hukukunda..... | 12 |
| III- Sözleşme Özgürlüğü Kavramı ve Sınırları..... | 14 |
| A- Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Gelişimi ve Anlamı..... | 14 |
| B- Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları..... | 20 |
| IV- Geçersizlik Yaptırımları..... | 22 |
| A- Yokluk..... | 22 |
| B- Kesin Hükümsüzlük (<i>Butlan</i>)..... | 22 |
| 1- Kesin Hükümsüzlüğün Tanımı, Özellikleri ve Türleri..... | 22 |
| 2- Tam Hükümsüzlük..... | 26 |
| a- Genel Olarak..... | 26 |
| b- Tam Hükümsüzlüğün Uygulanmayacağı Haller..... | 28 |
| (1)- Tam Hükümsüzlüğün İhlal Edilen Emredici Normun Koruma Amacına Aykırı Olması Durumu..... | 28 |
| i. Genel Olarak..... | 28 |
| ii. Kanunda Üst Sınırın Tayin Edildiği Haller..... | 30 |

| | |
|---|----|
| iii. Sorumsuzluk Anlaşmaları..... | 34 |
| iv. Lex Commisoria Yasağına Aykırılık..... | 36 |
| (2)- Tam Hükümsüzlüğün Kısmen Engellenebildiği Haller..... | 38 |
| i. BK.m.20/f.2'nin batıl kısımdan zarar gören tarafı koruma amacı..... | 38 |
| ii. Genel İşlem Şartlarında..... | 42 |
| 3- Kısmi Hükümsüzlük | 48 |
| C- İptal Edilebilirlik..... | 49 |
| D- Askıda Hükümsüzlük..... | 51 |
| IV-Mukayeseli Hukukta Kısmi Hükümsüzlüğün Yeri..... | 52 |
| A- Roma Hukukunda..... | 52 |
| B- Fransız Hukukunda..... | 54 |
| C- Avusturya Hukukunda..... | 59 |
| D- Alman Hukukunda..... | 62 |
| E- İsviçre Hukukunda..... | 70 |
| F- Türk Hukukunda..... | 72 |

II. BÖLÜM

KISMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜN ÖZELLİKLERİ, ŞARTLARI VE SEBEPLERİ

| | |
|---|----|
| I- Kısmi Hükümsüzlüğün Özellikleri..... | 75 |
| II- Kısmi Hükümsüzlüğün Şartları..... | 79 |
| A- Genel Olarak..... | 79 |
| B- Kısmi Hükümsüzlüğün Objektif Şartları..... | 80 |
| 1- Sözleşmenin Geçerli Şekilde Kurulmuş Borç Doğuran bir Sözleşme Olması..... | 80 |
| 2- Sözleşmenin Bölünebilir Olması..... | 83 |
| a- Bölünebilirlik Kavramı ve Anlamı..... | 83 |
| b- Sözleşmenin Anlaşma-Alt Anlaşma Olarak Bölünebilirliği..... | 84 |
| c. Sözleşmenin Esaslı Unsurlar Açısından Bölünebilirliği..... | 90 |
| d. Sözleşmenin Zaman Olarak Bölünebilirliği (<i>zeitliche Teilbarkeit</i>)..... | 96 |

| | |
|--|-----|
| e. Sözleşmenin Nicelik Olarak Bölünebilirliği (<i>quantitative-vertikale Teilbarkeit</i>)..... | 101 |
| f. Sözleşmenin Subjektif Bölünebilirliği..... | 103 |
| 3- Geçersizliğin Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımına İlişkin Olması..... | 105 |
| a- Sözleşmenin İçeriği Kavramı ve Anlamı..... | 105 |
| b- İçerik Sakatlığı Sebepleri..... | 107 |
| (1) Dar Anlamda İçerik Sakatlığı Sebepleri..... | 108 |
| i. Genel Olarak..... | 108 |
| ii. İmkansızlık..... | 116 |
| aa. Genel Olarak Başlangıçtaki İmkansızlık Kavramı..... | 116 |
| bb. Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımının İmkansız Olması.. | 119 |
| iii. Emredici Hükümlere Aykırılık..... | 121 |
| aa. Emredici Hükümlere Aykırılık Kavramı ve Anlamı..... | 121 |
| bb. Emredici Hükümlere Aykırılığın Tespiti..... | 127 |
| cc. Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımının Emredici Hükümlere Aykırı Olması..... | 128 |
| iv. Ahlaka Aykırılık..... | 130 |
| aa.. Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Anlamı..... | 130 |
| bb. Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımının Ahlaka Aykırı Olması..... | 133 |
| v. Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımının Kişilik Hakkına Aykırı Olması..... | 134 |
| (2) Geniş Anlamda İçerik Sakatlığı Sebepleri..... | 142 |
| C- Kısmi Hükümsüzlüğün Subjektif Şartı: Tarafların Farazi İradelerinden <i>Sakat Kısım Olmasaydı Sözleşmenin Yapılmayacağı</i> nın Anlaşılması Gerekir.. | 145 |
| 1- Farazi İrade Kavramı ve Farazi İradenin Tespitine İlişkin Görüşler..... | 145 |
| a- Objektifleştirilmiş Farazi İradeler Görüşü..... | 147 |
| b- Subjektifleştirilmiş Farazi İradeler Görüşü..... | 148 |
| c- İki Aşamalı Farazi İradeler Görüşü..... | 149 |
| d- Görüşlerin Değerlendirilmesi..... | 151 |
| 2- Tarafların Farazi İradelerinin Aranacağı Zaman..... | 152 |
| 3- Tarafların Butlan Anlaşması Yapmamış Olmalarını Gerekir..... | 153 |

| | |
|---|-----|
| a- Butlan Anlaşmasının Tanımı ve Türleri..... | 153 |
| (1) Kurtarıcı Kayıtlar (<i>salvatorische Klauseln</i>)..... | 154 |
| (2) İkame Kayıtları (<i>Ersetzungsklauseln</i>)..... | 155 |

III. BÖLÜM

KİSMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜN TÜRLERİ VE ÖZELLİKLE DÜŞEY KİSMİ HÜKÜMSÜZLÜK

| | |
|---|-----|
| A- Kısmi Hükümsüzlüğün Türleri..... | 157 |
| 1- Genel Olarak..... | 157 |
| 2- Basit Kısmi Hükümsüzlük (<i>Yatay Kısmi Hükümsüzlük</i>)..... | 158 |
| a- Tanımı ve Özellikleri..... | 158 |
| b- Zorunlu Basit Kısmi Hükümsüzlük..... | 159 |
| 3- Değiştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük..... | 162 |
| a- Genel Olarak Tanımı ve Türleri..... | 162 |
| i. Sakat Kısmın Yerine Kanunun Emredici ya da Tamamlayıcı Hükmün Geçmesi..... | 164 |
| ii. Sakat Kısmın Yerine Tarafların Farazi İradelerine Göre Tespit Edilen Hükmün Geçmesi..... | 166 |
| d- Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük..... | 167 |
| 4- Düşey Kısmi Hükümsüzlük (<i>İndirim Yaptırımı</i>)..... | 171 |
| B- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Yakından İncelenmesi..... | 172 |
| 1- Kavram Olarak Düşey Kısmi Hükümsüzlük..... | 172 |
| 2- TTK.m.1466 Hükmünün Değerlendirilmesi..... | 174 |
| 3- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Hukuki Niteliği..... | 177 |
| 4- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Benzer Kurumlarla İlişkisi..... | 178 |
| a- Tahvil (<i>Çevirme</i>) ve Düşey Kısmi Hükümsüzlük..... | 178 |
| b- Gabin ve Düşey Kısmi Hükümsüzlük..... | 180 |
| 4- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Mukayeseli Hukuktaki Yeri..... | 181 |
| a- Avusturya Hukukunda..... | 181 |
| b- Fransız Hukukunda..... | 183 |

| | |
|---|-----|
| c- Alman Hukukunda..... | 186 |
| d- İsviçre Hukukunda..... | 190 |
| e- Türk Hukukunda..... | 195 |
| 5- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Uygulama Alanı..... | 200 |
| (1) Kanunda Üst Sınırın Tayin Edildiği Haller..... | 200 |
| i. Genel Olarak..... | 200 |
| ii. Zamanaşımı Süreleri Bakımından İndirim Yaptırımı..... | 202 |
| iii. Yüksek Faiz Bakımından İndirim Yaptırımı..... | 206 |
| (2) Genel İşlem Şartlarında İndirim Yaptırımı..... | 215 |
| (3) Hakimin Caiz Sınıra İndirim Yetkisinin Bulunduğu Haller (<i>Hüküm içi Boşluk Bulunan Haller</i>)..... | 220 |
| i. Aşırı Bedelli Sözleşmelerde İndirim Yaptırımı..... | 221 |
| ii. Cezai Şart Bakımından İndirim Yaptırımı..... | 230 |
| (4) Rekabet Yasağına İlişkin İndirim Yaptırımı..... | 240 |
| (5) Uzun Süreli Sözleşmelerde İndirim Yaptırımı..... | 250 |
| (6) Yükseltme Yaptırımı ve Düşey Kısmi Hükümsüzlük..... | 254 |

IV. BÖLÜM

KİSMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜN ÖZEL HUKUKTA UYGULANMASI VE SONUÇLARI

| | |
|--|-----|
| A- Kısmi Hükümsüzlüğün Özel Hukukta Uygulanması..... | 257 |
| 1- Borçlar Hukuku Alanında..... | 257 |
| a- Şarta Bağlı İşlemlerde Kısmi Hükümsüzlük..... | 257 |
| b- İrade Sakatlarında Kısmi İptal..... | 260 |
| c- Gabin ve Kısmi Hükümsüzlük..... | 262 |
| 2- Miras Hukuku Alanında..... | 267 |
| a- Hukuka ve Ahlaka Aykırı Koşullar (MK.m.515/f.2)..... | 267 |
| b- Ölüme Bağlı Tasarrufun içeriğinin, ona eklenen koşul ya da yüklemenin hukuka ya da ahlaka aykırı olması (MK.m.557/f.3)..... | 272 |
| 3- Aile Hukukunda Alanında..... | 276 |

| | |
|--|-----|
| a- Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmalar..... | 276 |
| (1) Alman Hukukundaki Gelişmeler..... | 276 |
| (2) İsviçre Hukukundaki Gelişmeler..... | 278 |
| (3) Türk Hukukundaki Gelişmeler..... | 278 |
| (4) Görüşlerin Değerlendirilmesi..... | 280 |
| 4- Sınai Hakların Kısmi Hükümsüzlüğü..... | 281 |
| B- Kısmi Hükümsüzlüğün Sonuçları..... | 283 |
| 1- Kısmi Hükümsüzlük Sonucu Ortaya Çıkan Boşluğun Doldurulması..... | 283 |
| 2- Culpa in Contrahendo Sorumluluğu..... | 286 |
| a- Sözleşmenin Bir Kısmının İmkânsız Olması Halinde..... | 286 |
| b- Dar Anlamda Diğer İçerik Sakatlığı Sebepleri..... | 288 |
| 3- Verilen Edimlerin Sebepsiz Zenginleşme Çerçevesinde İade Edilmesi..... | 290 |
| a- Genel Olarak..... | 290 |
| b- Düşey Kısmi Hükümsüzlükte İade..... | 295 |
| Sonuç..... | 302 |
| Kaynakça..... | 307 |

KISALTMALAR

| | |
|-------------------|--|
| Abs. | : Absatz (fikra) |
| AcP | : Archiv für civilistische Praxis |
| AGB | : Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| a.e. | : aynı eser |
| a.g.e. | : adı geçen eser |
| a.g.m. | : adı geçen makale |
| ABGB | :Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu) |
| Art. | : Artikel (madde) |
| AT | : Allgemeiner Teil |
| Aufl. | : Auflage (Bası) |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi |
| AY | : Anayasa |
| BBi | : Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft |
| BGB | : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu) |
| BGE | : Entscheidungen des schweizerischen Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi) |
| BGHZ | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Deutschland) |
| BK. | : 818 sayılı Borçlar Kanunu |
| bkz. | : bakınız |
| bkz.: aş. | : bakınız aşağıda |
| bkz.: yuk. | : bakınız yukarıda |
| b.s. | : bası |
| c. | : cümle |
| C. | : Cilt |
| Cass. | : Cour de cassation (Fransız Yüksek Mahkemesi) |
| CCF | : Code Civil Français (Fransız Medeni Kanunu) |
| Çev. | : Çeviren |
| Diss. | : Dissertation |

| | |
|----------------|--|
| dn. | : dipnot |
| E. | : Esas |
| EGBGB | : Einföhrungsgesetz zum Bfürgerlichen Gesetzbuch (18.08.1896 tarihli Alman Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü Hakkında Kanun) |
| f. | : fıkra |
| FS | : Festschrift |
| GiŞ | : Genel İşlem Şartları |
| GKHK | : 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun |
| GWB | : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| HGB | : Handelsgesetzbuch |
| HPD | : Hukuki Perspektifler Dergisi |
| Hs. | : Halbsatz (cümle) |
| İÜHF.M. | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| JZ | : Juristen Zeitung |
| K. | : Karar |
| Karş. | : karşılaştırınız |
| KHK | : Kanun Hükmünde Kararname |
| KKG | : Bundesgesetz über den Konsumkredit (23 Mart 2001- Schweiz) |
| KSchG | : Konsumentenschutzgesetz (Österreich) |
| LG | : Landgericht |
| LVGE | : Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern) |
| LMK | : Lindenmaier- Möhring (Zeitschrift des Beck-aktuell) |
| m. | : madde |
| MK. | : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu |
| M.Ö. | : Milattan Önce |
| NJW | : Neue juristische Wochenschrift (Deutschland) |
| NJW-RR | : NJW- Rechtsprechungsreport Zivilrecht |
| Nr. | : numara, Nummer (bend) |
| OLG | : Oberlandesgericht |

| | |
|-----------------|---|
| OR | : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Fünfter Teil: Obligationenrecht |
| Rabels | : Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Recht (Tübingen) |
| Recht | : Das Recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung |
| R.G. | : Resmi Gazete |
| RG | : Reichsgericht |
| RGZ | : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rn. | : Randnummer |
| S. | : Sayı |
| s. | : sayfa |
| SJZ | : Schweizerische Juristen-Zeitung |
| T. | : Tarih |
| TKHK | : 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| Ulp | : Ulpian |
| UNIDROIT | : Principles of International Commercial Contracts for the International Sale of Goods |
| Vol. | : Volume (Cilt) |
| v.d | : ve devamı |
| vb. | : ve benzeri |
| WiStG | : Wirtschaftsstrafgesetz (Deutschland) |
| Y. | : Yargıtay |
| YD | : Yargıtay Dergisi |
| YHGK | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu |
| YKD. | : Yargıtay Kararları Dergisi |
| ylt. | : yüksek lisans tezi |
| y.y | : Basım yeri yok |
| ZBJV | : Zeitschrift des bernischen Juristenvereins |
| ZGB | : Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu) |
| ZGR | : Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |

GİRİŞ

Roma Hukukunda Digesta’da yer alan en eski ve bilinen kural olan “*Utile non debet per inutile vitari*” (Geçerli olan geçersiz olanla hükümden düşmez) kuralının etkisi ile gelişen “kısmi hükümsüzlük” kurumu, Türk-İsviçre Hukukunda Borçlar Kanunu metinlerine girmesinden bu yana halen uygulama alanı ve şartları konusunda üzerinde tartışılan bir kurum olmaya devam etmektedir¹.

Ortak Hukuk ve Pandekt Hukukunda da uygulaması görülen kısmi hükümsüzlük kurumu, Alman Medeni Kanunu BGB’nin kanunlaşması sırasında **causa principalis**² ilkesinin etkisiyle, BGB’de “istisna” olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, hükümleri ve uygulanma şartları bakımından her zaman Alman hukukçuların da dikkatini çekmiştir. Bunun bir sebebi de, kısmi hükümsüzlüğün gerek Borçlar Hukuku gerekse özel hukukun diğer alanları bakımından oldukça geniş uygulama alanına sahip olmasıdır. “Sözleşme özgürlüğü” (*Privatautonomie*) ve “akit adaleti” (*Vertragsgerechtigkeit*) ilkelerinin çakışma noktasında bulunan kısmi hükümsüzlük kurumu, genel itibariyle klasik kesin hükümsüzlük teorisi karşısında gelişim gösteren esnek hükümsüzlük teorileri ile tekrar büyük önem kazanmayı başarmıştır. Nihayet, ihlal edilen her bir normun anlam ve amacına uygun hükümsüzlük tipinin belirlenmesi arayışı, ekonomik veya sosyal konum olarak sözleşmenin zayıf tarafını koruyan hükümlerin araştırılması sonucunu doğurdu. Sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacının tespiti, tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmaksızın hakimın sözleşmeye müdahalesini ve hatta sözleşmenin içeriğini düzeltici bir fonksiyon (*Vertragskorrektur*) üstlenmesini gerekli kıldı³. Bu nedenledir ki, kısmi hükümsüzlük kuralının, yer aldığı kanun hükümlerinde

¹ Nitekim İslam Hukuk Metodolojisinde de kısmi hükümsüzlüğün temellerini görmek mümkündür. İslami fıkıh usulünde de kabul edilen “*tamamı elde edilemeyen bir şeyin tamamının terki gerekmez*” kaidesi açıkça bu kurala işaret etmektedir.

² “Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae locum habent”. Bu kural *Windscheid*’in Pandekt Hukuku kitabında “*sözleşmenin ayrılmaz ve esaslı kısmı geçersiz ise, sözleşmenin tamamı geçersizdir*” şeklinde izah edilmektedir. Maximiliane KRIECHBAUM; “**Teilnichtigkeit und Gesamtnichtigkeit: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor und nach Erlaß des BGB**”; Falk/Ulrich- Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Frankfurt am Main, 2000, s. 40–41. BGB § 139 hükmü de sözleşmenin batıl kısmının, sözleşmenin esaslı ve ayrılmaz parçası olduğu karinesine dayandırılarak kaleme alınmıştır. Peter LAMP; **Entwicklung und Auslegung des § 139 BGB**, Diss., Görlich & Weiershäuser, Marburg, 1992, s. 84-85.

³ Andreas CAHN; “**Zum Begriff der Nichtigkeit im bürgerlichen Recht**”, JZ, 1997, s.18.

öngörüldüğü gibi her zaman klasik hali ile değil, aynı zamanda değiştirilmiş, genişletilmiş ve hatta bu çalışmada savunduğum şekilde düşey olarak uygulanması gündeme gelmiştir.

Alman Hukukunda kira bedeli ve faiz oranları gibi borçlunun en çok mağdur edilebileceği alanlarda tam hükümsüzlüğün olumsuz sonuçları **koruma amacı teorisi (Schutzzwecktheorie)** ile bertaraf edilmeye çalışılmış ve hatta **Claus Wilhelm Canaris** tarafından hükümsüzlüğün yalnızca tarafların sözleşme ile arzuladıkları hukuki sonuçlarının değil; aynı zamanda sebepsiz zenginleşme gibi kanundan doğan birtakım hukuki sonuçlarının da sınırlanmasını (**halbseitige Teilnichtigkeit**) gerektirebileceği ileri sürülmüştür⁴. Daha sonra özellikle bu alanlarda taraflara, mutlak ve sonsuz bir sözleşme özgürlüğü tanımak yerine, sözleşmedeki aşırı kaydın yasal ya da caiz sınıra indirilmesi (**geltungserhaltende Reduktion**) imkânları araştırılmaya başlandı⁵. Alman Hukuku doktrininde indirim yaptırımının uygulanma şartları ve alanı sistematize edilmeye çalışılmakla beraber, henüz bu konuda özel bir yasal düzenlemeye gidilmemiştir⁶. İndirim yaptırımının uygulanmasına duyulan ihtiyaç, BGB § 134'ün *–ve özellikle ikinci cümlesinin–* amaca uygun yorumundan hareketle, ihlal edilen her bir normun anlam ve amacından ortaya çıkarılmakla giderilmeye çalışılmaktadır. Genel işlem şartları alanında rekabet yasağı⁷ gibi münferit bazı kayıtlar bakımından indirim yasağının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalar etrafında kısmi hükümsüzlük kurumu da tekrar önem kazanmıştır⁸.

İsviçre'de ise, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi⁹, çağdaş hukuk anlayışı, bir hukuki işlemi siyah-beyaz bir şema içerisinde geçerli veya geçersiz olarak nitelendirmekten vazgeçmiştir ve bir gri alanın da bulunduğu bilincinde olarak gittikçe artan oranda sakat hukuki işlemlerin hakim müdahalesi ile ayakta

⁴ Claus-Wilhelm CANARIS; **Gesetzliche Verbot und Rechtsgeschäft**, Heidelberg, 1983, s. 32. Claus Wilhelm CANARIS; **“Gesamtunwirksamkeit und Teilungültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen”**, Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag, Berlin, 1990, s.520 vd.

⁵ Cornelia SAUER; **Die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Mietwuchers und des Darlehenswuchers**, Diss., Würzburg, 2003, s. 111 vd.

⁶ Herbert ROTH; **“Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht”**, JZ; 1989/9, Tübingen, s. 419.

⁷ Andrea RAFFLER; **“Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten”**, Der Personelleiter, Juni 2004, s. 187 vd.

⁸ Katharina UFFMANN; **Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**, 1.Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 10 vd.

⁹ BGE 123 III 292.

tutulmasına çalışmaktadır. Özellikle Türk-İsviçre Hukuk doktrininde edimler arası aşırı dengesizliğin gabin teşkil ettiği durumlarda dahi, sözleşmeleri imkan ölçüsünde ayakta tutacak indirim gibi çözümlere üstünlük tanındığı hallerin teşvik edildiğini ve *de lege feranda* önerildiğini görüyoruz. İsviçre Hukukunda 1984 yılında **Roland HÜRLIMANN** tarafından kaleme alınan ve kısmi hükümsüzlüğün kapsam, hüküm ve uygulama alanlarına ışık tutan doktora tezi ve büyük çoğunlukla onunla aynı çizgide Türk Hukukunda 1998 yılında **Veysel BAŞPINAR** tarafından kaleme alınan “Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı” isimli doktora tezinin ardından, kısmi hükümsüzlük konusuna duyduğum ilginin sebebi, kısmi hükümsüzlüğün mevzuattaki, Mahkeme içtihatlarındaki ve mukayeseli hukuktaki güncel değişiklikler ve doktrindeki görüşlerin ışığında tekrar ele alınmasının gerekli olduğuna kanaat getirmiş olmamdan kaynaklanmaktadır. Bununla beraber, özellikle kira hukuku, iş hukuku, tüketici hukuku ve genel işlem şartları hususunda sözleşme adaleti ilkesinin, sözleşme özgürlüğü ilkesinin yerini almasının, yine özellikle bu alanlarda tüm hukuki sonuçları ile beraber BK.m.20/f.2’den kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisi üzerinde düşünmemizi ve kanunda üst sınır getirilen veya açıkça indirim yapılmasını öngören kuralların yakından incelenmesi ihtiyacı doğurduğunu farkettilik. Bu çerçevede, Fransız Hukukçu **Philippe SIMLER** tarafından kaleme alınan 1969 tarihli doktora tezinde benimsenen sistematik çerçevesinde kanunda üst sınır öngörülen veya doğrudan indirim yaptırımının öngörüldüğü halleri de dikkate alarak, Türk Hukuku bakımından “**düşey kısmi hükümsüzlük**” kurumunun mümkün olup olamayacağını tespit etmeye gayret gösterdik.

Söz konusu doktora tezi ile TBMM Adalet Komisyonu’nun 25.12.2008 karar tarihli ve 1/499 Esas numarası ile hazırladığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, güncel Yargıtay kararları ve güncel mevzuat hükümlerini göz önünde tutarak kısmi hükümsüzlük kurumunu tekrar inceleme fırsatı bularak, bugüne kadar sistematik olarak incelenmemiş ve hatta doktrinde fazla taraftar bulamayan düşey kısmi hükümsüzlük kurumunun, özelliklerini ve uygulama alanlarını saptamaya gayret gösterdim. Bu amaçla çalışmanın ilk bölümü; kısmi hükümsüzlüğe ilişkin temel kavramların açıklanmasına; ikinci bölümü, kısmi hükümsüzlüğün özellikleri, şartları ve sebeplerine ayırdıktan sonra, üçüncü bölümde kısmi hükümsüzlüğün türlerini

açıklarken özellikle bu tez ile amaçladığım düzey kısmi hükümsüzlüğü de bu bölümde yakından inceleyerek indirim yaptırımının uygulama alanlarını ve şartlarını tespit etmeye çalıştım. Bu sebeple, bu bölümde “indirim yaptırımı”na konu olabilecek hükümleri ve nicel kayıtlar taşıyan münferit hukuki işlemleri ayrı başlıklar altında inceledik. Nihayet dördüncü ve son bölümde ise, kısmi hükümsüzlüğün özel hukuk alanındaki uygulama alanına ve sonuçlarına yer verdim.

I. BÖLÜM

KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I- Hukuki İşlem Kavramı

Ortak Hukuktan bu yana sözleşme kavramından soyutlanarak geliştirilen hukuki işlem kavramının çalışma konumuz açısından önemi, bu kavramın irade beyanı, sözleşmeler ve hükümsüzlük kavramlarının adeta sujesi durumunda olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuki işlem bütün modern hukuk sistemleri tarafından kabul edilen *irade özgürlüğü (Privatautonomie)* ilkesinin gerçekleşmesinin vasıtası durumundadır¹⁰. 22.04.1926 tarih ve 818 sayılı Türk ve mehzaz Kanun olan İsviçre Borçlar Kanununda hukuki işlem kavramına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır¹¹. Doktrinde verilen tanımlardan yola çıkarak, biz bir tanım verecek olursak; *hukuk düzeninin sonuç bağladığı olguların gerçekleşmesine yönelik arzuyu içeren irade beyanına hukuki işlem* denir¹². Bir hukuki işlem, hukuk düzeninin aradığı kurucu ya da geçerlik şartlarını içerdiği zaman, o işleme bağlanan hukuki sonuç meydana gelebilmektedir. Bu sonuç, bir hukuki ilişkinin ya da hakkın kurulması, değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması şeklinde ortaya çıkabilir¹³.

¹⁰ Julius von STAUDINGER; **BGB- Eckpfeiler des Zivilrechts**; Walter de Gruyter, Berlin, 2005, § 104 Rn.38; Claire JACOBS HUGUENIN; **Obligationenrecht-Allgemeiner Teil**, Schultess, Zürich, 2006, s.11.

¹¹ Alman Medeni Kanununda da hukuki işlem kavramına dair bir tanım yoktur. Yalnızca BGB Genel Hükümler kısmı (§§ 104-185) hukuki işlemler için geçerli olan genel kuralları içermektedir. LAMP; **a.g.e.**, s. 89-90. *Flume*'nin verdiği tanıma göre; "*hukuki bir sonuca yönelmiş ve hukuk düzeninin kendisine sonuç bağladığı irade beyanına hukuki işlem*" denir. Bkz: Werner FLUME; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts- Das Rechtsgeschäft**, Zweiter Band, 4.Aufl., Springer, Berlin, 1992, s. 23. Doktrindeki benzeri tanımlar için bkz: Hans BROX; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**, 28. Aufl., Heymanns, 2004, s. 96.

¹² Benzer tanımlar için bkz: Hüseyin HATEMİ; **Medeni Hukuka Giriş**, 4.b.s., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 146; DURAL/SARI; **Türk Özel Hukuku-Cilt I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s.163; Veysel BAŞPINAR; **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998, s.35; OGUZMAN/ÖZ; **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s.33. Kavramın tarihi gelişimi hakkında bilgi için bkz: FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 28 vd.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 4.b.s, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 89 vd.

¹³ Eugen BUCHER; **Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil**, 2.Aufl., Schultess, Zürich, 1988, s.40; Othmar JAUERNIG; **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 13.Aufl., Beck Verlag, München, 2009, § 104 BGB, Rn.1.

Hukuki işlem ile irade beyanı kavramı arasında çok yakın bir ilişki mevcuttur¹⁴. Bir hukuki işlem bir ya da birden çok irade beyanından oluşabilir ve içerdiği irade beyanının sayısına göre; tek taraflı hukuki işlem (*vakıf kurma, vasiyetname*), iki taraflı hukuki işlem (*sözleşme ve çok taraflı sözleşmeler*¹⁵) ve karar olmak üzere üç grupta değerlendirilir¹⁶. Her ne kadar çalışma konumuz olan kısmi hükümsüzlük büyük oranda hukuki işlemin en önemli ve en çok uygulanan çeşidi olan sözleşmeler (*bağışlama gibi tek tarafa borç yükleyen veya satım, kira gibi iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler vb.*) bakımından uygulama alanı bulsa da¹⁷, sözleşme niteliği bulunmayan karar niteliğindeki hukuki işlemlere ve vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemlere de *niteliğine uygun düştüğü ölçüde* uygulanabilir¹⁸. Bu hususa ilişkin örnekler ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

II- Geçersizlik (Hükümsüzlük) Kavramı ve Anlamı

A- Roma Hukukunda

Modern Hukuk sistemlerinin ve Türk Medeni Hukukunun hükümsüzlük sistemlerine ilişkin birçok ana prensibin temelleri Roma Hukukuna kadar dayandırıldığı için, kavramın anlamı ve tarihi gelişimine açıklık getirmek amacıyla öncelikle Roma Hukukuna değinmeyi faydalı bulduk.

Roma Hukukunda geçersizliği ifade etmek üzere kullanılmış bir terim birliğine rastlanmamaktadır. Roma Hukukçusu *Hellman*, yaptığı araştırmalarda geçersizliği ifade etmek üzere seksenin üzerinde kavramın kullanıldığını belirtmektedir¹⁹. Bu

¹⁴ Fikret EREN; **Borçlar Hukuku- Genel Hükümler**, 10. b.s., Beta, İstanbul, 2008, s.112. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 90-91.

¹⁵ İki'den fazla kişinin yapacağı şirket sözleşmesi veya ikiden fazla kişinin yapacağı miras taksim sözleşmesi örnek gösterilebilir. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 39.

¹⁶ Geniş bilgi için bkz: DURAL/SARI; **a.g.e.**, s. 167.

¹⁷ Kısmi hükümsüzlük BK.m. 20/f.2'de düzenlenmiş olmakla beraber, söz konusu madde hükmü, ayrı bir Genel Hükümler kısmı içermeyen İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında, sözleşmelere ilişkin kuralları düzenleyen BK. m.1-40 arasında yer almaktadır. Madde hükmünün kanun içerisindeki yeri dikkate alındığında, kısmi hükümsüzlüğün doğrudan sözleşmelere uygulanabilir olduğunu söylemek gerekir.

¹⁸ İrade beyanında bulunanın saik ve düşüncesinden bağımsız olarak, hukuk düzeninin kendisine sonuç bağladığı hukuki işlem benzeri fiiller (*quasi Rechtsgeschäft*) bakımından (*örneğin temerrüt ihtarı*) kısmi hükümsüzlük söz konusu olmaz. LAMP; **a.g.e.**, s. 94.

¹⁹ Bunlardan bazıları: *actio non datur, actio non competit, non parere, inefficax, illicitum, infirmare, inutile, irritus, non contrahi, non perfici, non consistere, nullum effectum habere, nullum, non permitti, non officere, nihil esse in, utile non esse, rescindi, revocare, non tenere* vd. için Bkz: Friedrich HELLMAN; **Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit**

terim çeşitliliği Roma Hukukunun *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium* gibi iç içe girmiş hukuk tabakalarından oluşmasından kaynaklandığı gibi²⁰, Romalıların *contractus* anlayışının geçirdiği evreler de etkili olmuştur²¹. Bununla beraber çeşitli geçersizliği türlerini birbirinden sistematik şekilde ayırmanın zorluğu karşısında²², konu modern hukuk terminolojisinde yerleşmiş kavramlar esas alınarak açıklanmıştır²³. Öyle ki, hükümsüzlük türleri arasındaki ayırım çok sayıdaki davanın sonuçları incelenerek dönem hukukçularının görüşleriyle şekillenmiştir²⁴. Sonuç itibariyle, Roma Hukukunda hükümsüzlük türleri yokluk, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik başlıkları altında incelenmiştir²⁵.

Roma hukukçusu *Harpprecht*'in verdiği geçersizlik tanımına göre; “*Scilicet ille actus est nullus, qui effectus juris intentos consequi non valet*”²⁶ (**kendisinden beklenen hukuki etkiyi yerine getirmeyen bir hukuki işlem geçersizdir**). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere geçersizlik, Roma Hukukunda geçersizliği ifade etmek üzere kullanılan kavramların tamamını kapsayıcı üst bir kavram olma niteliğine sahiptir. Zira hükümsüzlüğe sebep olan haller ve hükümsüzlüğün ileri sürülmesi Roma Hukukunda çeşitli devrelerde farklılıklar gösterse de²⁷, hükümsüzlüğün tanımında yer alan ve hükümsüzlüğe verilen anlam değişmemiştir.

Geçersizlik kavramından anlaşılana, tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, hukuki işlemin etkisizliği (*inefficace*) sonucundan hareketle vurgulanan geniş anlamıyla hükümsüzlüktür²⁸. Hukuki işlemin etkisizliği, *restitutio in integrum* adı

im römischen Recht, München, 1914, s.50. (Andreas STAFFHORST; **Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht**, Duker&Humblot, Berlin, 2007, s.17'den naklen).

²⁰ TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ; **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 197.

²¹ Jale GÜRAL; **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi**, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1953, s. 24 vd.

²² Roma Hukukunun ilk devrelerinde yokluk ve kesin hükümsüzlük arasında esaslı bir ayırım yapılamadığına ilişkin bkz: Daniel GUGGENHEIM; **L'Invalidité des Actes Juridiques en Droit Suisse et Comparé**, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1970, s. 2-3.

²³ TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ; **a.g.e.**, s. 197 vd.

²⁴ GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s. 9 vd. TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ; **a.g.e.**, s. 198 vd.

²⁵ TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ; **a.g.e.**, s.197 vd.

²⁶ Bkz: STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 19, dn.59.

²⁷ GÜRAL; **a.g.e.**, s. 25

²⁸ Birçok Roma Hukukçusu “hükümsüzlük” (*Ungültigkeit, Nichtigkeit*) kavramını “etkisizlik” (*Unwirksamkeit*) kavramı ile eş anlamda tutarak, hukuki işlemin geçersizliğinin sonradan tespit edildiği haller ile yokluk halini bir arada hükümsüzlük başlığı altında incelemişlerdir. Bkz: STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 19 dn58'de belirtilen yazarlar.

verilen alacaklıya tanınan eski hale iade imkanı ile ortaya çıkabileceği gibi, praetorların *formula* içine koyacağı def'i (*exceptio*) yoluyla da sağlanabilmekteydi²⁹. Ancak çalışma konumuzun kapsamı nedeniyle, bu konuların ayrıntılarına giremeyeceğiz.

B- Fransız Hukukunda

Fransız Medeni Kanununda (*Code civil Français- CCF*) da, hükümsüzlük kavramına ilişkin bir tanım bulunmamakla beraber, doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlardan modern teorinin etkisi altında olan **Guggenheim**'ın verdiği tanıma göre hükümsüzlük (*invalidité*), *hukuk düzeni tarafından bir hukuki işleme, o işlemi yapanların arzu ettiği hukuki etkiyi tanınmaması* halidir³⁰. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, hükümsüzlük bir hukuki işlemde pozitif hukukun aradığı bazı şartların mevcut olmamasının adeta yaptırım niteliğindedir.

Geçersizlik nazariyesinin gelişiminde büyük katkı sağlamış **Japiot**'un *yaptırım teorisinin* etkisiyle hükümsüzlük, hukuki işlemin meydana getireceği etkiye yönelmiş hukuki bir yaptırım ve hukuk kurallarına riayeti temin eden bir vasıta olarak görülmeye başlanmıştır³¹. Ancak bundan önce, klasik dönemde oldukça tartışılan yokluk (*inexistence*) ve kesin hükümsüzlük (*nullité absolue*³²) arasındaki ayırım ve her iki hükümsüzlüğe sebep olan hallerin nasıl tespit edileceği sorunu da modern teorinin öncüleri tarafından büyük oranda çözülmüştür³³. Bugün bazı yazarlar yokluk ve kesin hükümsüzlük arasında pratik anlamda bir fark olmadığından ve yokluğun hukuki bir yaptırım olarak telakki edilemeyeceğinden bahisle, hükümsüzlük kavramı altında ayrıca yokluk haline de yer vermeye gerek duymamaktadırlar³⁴. Ancak

²⁹ STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 20.

³⁰ “...l'invalidité de l'acte se caractérise par le fait que l'ordre juridique ne lui impute pas l'effet juridique désigné comme voulu” GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s. 67. Klasik dönemde, yokluğa tabi unsurların mevcut olmayışının bir sonucu olarak yokluğun ortaya çıktığı kabul edildiği için ve bu durumun hukuki işlemin etkisizliğine sebep olduğundan bahisle, hükümsüzlük türleri arasında yer verilirdi. GÜRAL; **a.g.e.**, s.58, 63. Jaques GHESTIN; **Traité de droit civil, les obligations-la formation du contrat**, L.G.D.J., 3ème éd., Paris, 1993; s. 29.

³¹ Michelle CUMYN; **La Validité du Contrat suivant le Droit Strict ou l'Équité: Étude Historique et Comparée des Nullités Contractuelles**, L.G.D.J., Paris, 2002, s. 40.

³² Klasik ve klasik sonrası dönemde genellikle “*nullité radicale, nullité de plein droit, nullité d'ordre public*” kavramları kullanılmaktaydı. Bkz: GÜRAL; **a.g.e.**, s. 35.

³³ GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s. 70 vd.; GÜRAL; **a.g.e.**, s.62 vd; CUMYN; **a.g.e.**, s.35 vd.

³⁴ AUBRY/RAU; **Droit civil français**, 7ème éd., 1964, s.180.

doktrinde bu görüşe de haklı olarak çeşitli itirazlar yapılmıştır. Söz konusu itirazlara gerekçe olarak ise, yokluk halinin kanunda bazı durumlarda geçen “yazılmamış sayılır (*réputé non écrit*)³⁵” gibi bazı ifadelerden rahatlıkla anlaşılacağı gerekçesinin yanında, CC.Art.931 hükmünde olduğu gibi şeklin kurucu unsur olduğunu belirten hükümlere aykırılık halinde hukuki işlemin “etkisizliği” sonucunun doğacağını ve hakim kararına kadar “yok” dahi olsa görünürde bir işlemin varlığından bahsedileceği yönündeki argümanlar sıralanmıştır³⁶.

Sonuç olarak bugün itibariyle ifade etmeliyiz ki; Fransız Hukuk doktrininde hükümsüzlük kavramı genellikle dar anlamıyla kullanılmakta olup, hükümsüzlük türleri de, kesin hükümsüzlük (*nullité absolue*) ve iptal edilebilirlik (*nullité relative*) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir³⁷.

C- İsviçre Hukukunda

İsviçre Borçlar Kanununda (*OR*) geçersizlik kavramı ayrıca düzenlenmemiş olup, çeşitli maddelerde bazı hükümsüzlük hallerine değinilmiştir (OR. Art. 11, 16, 21, 23, 28 vs). Doktrinde de geçersizlik kavramı ve geçersizliğe verilen anlam oldukça tartışılmıştır³⁸. Aynı şekilde hükümsüzlük türleri arasında hangi kriterlere göre ayırım yapılacağı konusunda da³⁹, hükümsüzlük sisteminde ikili veya üçlü

³⁵ Hukuken görünür olan bir sözleşme şartının “yok” anlamına gelecek şekilde yazılmamış sayılmasının terminolojik anlamda “yok”luk kavramı ile çelişeceği ve hukuk mantığına ters olduğu ve “yazılmamış sayılma” kavramının *kısmi hükümsüzlük* olarak da değerlendirilebileceği yönündeki görüşler için bkz: Olivier GOUT; **Le Juge et L’Annulation du Contrat**, Presses universitaires d’aix-Marseille, 1999, s. 94 vd. Kanaatimizce kanundaki “yazılmamış sayılma” ibaresi “yokluk” olarak değerlendirilemese bile,

³⁶ Detaylı bilgi için bkz: GOUT; **a.g.e.**, s. 59 vd.

³⁷ CUMYN; **a.g.e.**, s. 44; GOUT; **a.g.e.**, s. 100-101; GÜRAL; **a.g.e.**, s. 34, dn.11’de belirtilen yazarlar. Hükümsüzlük türleri bakımından yokluk halini de kapayacak şekilde üçlü taksimi benimseyenler de mevcuttur: René SAVATIER; **La Théorie Des Obligations**, Dalloz, Paris, 2002, s.183; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE; **Droit Civil -Les obligations**, 7e éd., Dalloz, Paris, 1999, s.364.

³⁸ Hükümsüzlük (*invalidité*), etkisizlik (*inefficacité*) ve yokluk (*inexistence*) kavramlarına verilen anlamlar ve görüş farklılıkları için bkz: GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s. 120 vd. Hükümsüzlük (*Ungültigkeit*) ve etkisizlik (*Unwirksamkeit*) kavramlarının gerek Alman gerekse İsviçre Hukukunda teknik terimler olmadığı yolunda bkz: Von TUHR/PETER; **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts** -Band I, Schultess, Zürich, 1974, s. 224, dn.2.

³⁹ **Piotet** ve **Oser-Schönenberger** gibi bazı yazarlar yokluğun hükümsüzlük türleri arasında yer almamasını ileri sürerken, **Becker** ve **Von Tuhr** gibi yazarlar bu ayrımı yapmamışlardır. Geniş bilgi için bkz: GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s.125.

taksimi benimseyen yazarlar arasında nisbi hükümsüzlük (*relative Unwirksamkeit*) gibi bazı kavramlar etrafında görüş ayrılığı yaşanmıştır⁴⁰.

Bugün itibariyle, İsviçre Hukuku doktrininde geçersizlik genel itibariyle üst bir kavram olarak *Ungültigkeit*⁴¹ kavramı ile ifade edilmekle beraber; geçersizlik türleri olarak kesin hükümsüzlük (*Nichtigkeit* ya da *absolute Nichtigkeit*), askıda hükümsüzlük (*schwebende Nichtigkeit*) ve iptal edilebilirlik (*Anfechtbarkeit*) şeklinde bir ayırım yapılmaktadır⁴². Geçersizlik türleri arasında “yokluk” halinin sayılmamasının sebebi ise, geçersizliğin ancak sözleşmenin kurulmasından sonra söz konusu olabileceği ve kurulmamış bir sözleşmenin hükümsüz olup olmadığından bahsedilemeyeceği düşüncesidir⁴³.

“Hükümsüzlük” ya da “geçersizlik” kavramını yokluk halini de kapsayacak şekilde geniş anlamıyla kullanan *Von Tuhr*’un verdiği tanıma göre geçersizlik, *bir hukuki işlemin o işlemin taraflarınca arzulanan hukuki etkiyi göstermemesidir*⁴⁴. *Von Tuhr*’un; bu tanımda yer alan *Unwirksamkeit* olarak ifade edilen *etkisizlik* kavramını da geçersizlik (*Ungültigkeit, invalidité*) ve askıda hükümsüzlük (*schwebende Unwirksamkeit*) kavramı ile eş anlama gelecek şekilde kullandığı görülmektedir⁴⁵.

D- Alman Hukukunda

Alman Medeni Kanununda (*Bürgerliches Gesetzbuch- BGB*) da hükümsüzlük kavramının tanımı yer almamaktadır. Ancak doktrinde BGB’de yer alan *unwirksam, nichtig ve ungültig* gibi kelimelerin gerek içeriğe gerekse sonuca yönelik etkileri araştırılmış; hangi kavramın hangi sebeplerle bütün hükümsüzlük hallerini kapsayan

⁴⁰ Geniş bilgi için bkz: GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s.124-125.

⁴¹ “*Ungültigkeit wird hier als Oberbegriff für Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verwendet*” Astrid STADLER; **Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion**, Mohr, Tübingen, 1996, s.135, Aynı yönde bkz: KELLER/SCHÖBI; **Das Schweizerische Schuldrecht**, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.Aufl., Basel-Frankfurt am Main, 1988, s.140; BUCHER; **a.g.e.**, s.110, 238. İsviçre Federal Mahkemesi “Ungültig” kavramını bazı kararlarında “kesin hükümsüzlük” anlamına gelecek şekilde kullanmıştır. BGE 112 II 330 E.2b, BGE 106 II 146; (Kararlar için bkz: Heinrich HONSELL; **Obligationenrecht Art.1-529-Kurz Kommentar**, Basel, 2008, **Art.11**, Rn.11).

⁴² KELLER/ SCHÖBI; **a.g.e.**, s.140, Ingeborg SCHWENZER; **Schweizerisches Obligationenrecht- Allgemeiner Teil**, Stämpfli Verlag, Bern, 2003, Rn.32.54;32.35. Benzer ayırım Avusturya Hukukunda da yapılmaktadır. Bkz: STADLER; **a.g.e.**, s. 132, dn.5.

⁴³ KELLER/ SCHÖBI; **a.g.e.**, s.140.

⁴⁴ von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 223.

⁴⁵ von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s.224.

üst bir kavram niteliğinde olacağı meselesi tartışılmıştır⁴⁶. 19.yüzyılda etkili olan Pandekt Hukukunda, bir hukuki işlemin hukuken *kendiliğinden (ipso iure)* ya da bir mahkeme tarafından hükümsüz bırakılabilecek bütün hükümsüzlük hallerini de ifade eden bir üst kavram olarak “hükümsüzlük” (*Ungültigkeit*) kavramı geliştirilmiştir⁴⁷. Ancak daha sonraları hukuki işlemin etkisizliği sonucundan hareket ederek önerilen bu kavram yerine, içeriğinde herhangi bir sakatlık bulunan bütün hukuki işlemleri kapsamına alacak şekilde doktrinde “*fehlerhafte Rechtsgeschäfte*” kavramının kullanıldığı görülmektedir⁴⁸.

Kullanılan terimler açısından BGB’ye baktığımızda ise hukuki işlemin etkisizliğini ifade etmek üzere üst kavram niteliğinde en çok *unwirksam* ve *nichtig* kelimelerinin kullanıldığı, buna rağmen aynı anlama gelecek şekilde kullanılan *ungültig* kelimesinin sadece 18.08.1896 tarihli Alman Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü Hakkında Kanun EGBGB § 198 Abs.2 ve § 207’de kullanıldığı görülmektedir. **Leonhard**, BGB’de *nichtig* (geçersiz) ve *unwirksam* (etkisiz) kavramlarının farklı yerlerde kullanılmasının tesadüf olmadığı ve bu iki kavram arasındaki farkın *unwirksam* kavramının dar ve geniş anlamları ile yorumlanması sonucu ortaya çıkaracağını ileri sürmektedir. Yazar, *nichtig* kavramının “*kanuni bir uygun görmeme*” olgusuna içkin olduğunu, “*unwirksam*” kavramının varlığında ise bir *tarafsız bakış açısı* olduğunu savunmaktadır. **Ehlert**, *unwirksam* kavramının *nichtig* kavramının aksine hukuki işlemin *etkili hale getirilebilir niteliğine* sahip olduğuna dikkat çekerek, özellikle miras hukuku hükümlerinde öngörülmüş olmasını bu sonuca bağlamıştır. **Dernburg** ise, *unwirksam* kavramının yalnızca hukuki işlemin belli bir etki alanına ilişkin ipucu veren bir kavram olduğunu ve bu sonucun nisbi

⁴⁶ Roland Michael BECKMANN; **Nichtigkeit und Personenschutz**; Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, s.16 vd.

⁴⁷ Heinz HÜBNER; “**Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften**”, Festschrift für Franz Wieacker, 1978, s.399.

⁴⁸ Walter ERMAN; **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuches**, Zweiter Band, 11.Aufl., 2004, § 104 BGB, Rn. 23, JAUERNIG; § 104 BGB, Rn.16; STAUDINGER/DILCHER: **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, 1. Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12. Aufl, Walter de Gruyter, Berlin 1980, § 104 BGB, Rn.16. Bu kavram altında yokluk hali, kanunda geçen “*nicht zustande gekommene*” ya da “*unvollständige*” kavramları ile karşılaştırılarak incelenmiştir. BECKMANN; **a.g.e.**, s.15. BGB § 154 Abs.1’de geçen “*nicht geschlossene*” kavramının yokluk anlamına gelmek üzere “*nicht zustande gekommene*” kavramı ile eşdeğer olduğu görüşünde bkz: Otto PALANDT/Helmut HEINRICH; **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)-Kommentar**, 66.Aufl., Beck Verlag, München, 2007, § 104 BGB, Rn.3.

etkisizlik (*relative Unwirksamkeit*) kavramından açıkça görülebileceğini savunmuştur⁴⁹. *Flume*'ye göre ise, BGB'de "*unwirksam*" kavramı her ne kadar kesin hükümsüzlük durumlarında kullanılan "*nichtig*" kavramı ile eş anlama gelecek şekilde kullanılsa dahi, aslında bu iki kavram eş anlamda değildir⁵⁰.

Özetleyecek olursak, Alman hukukunda geçersizlik kavramının doktrinde hem dar hem de geniş anlamıyla kullanıldığını⁵¹ görmekle beraber; geniş anlamıyla kullanıldığı durumlarda üst kavram olarak "*ungültigkeit*" teriminin yokluk (*Nicht-Verträge*), kesin hükümsüzlük (*Nichtigkeit, absolute Nichtigkeit*), askıda hükümsüzlük (*schwebende Unwirksamkeit*), iptal edilebilirlik (*Anfechtbarkeit*) hallerini kapsadığını ifade etmek gerekir⁵².

E- Türk Hukukunda

Türk Hukukunda "geçersizlik ya da hükümsüzlük"⁵³ kavramına ilişkin Borçlar Kanununda bir tanım bulunmamaktadır. Bununla beraber terminolojik olarak da, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanununda ve hatta bazı Yargıtay kararlarında⁵⁴ benzer konularda dahi hükümsüzlüğün türlerine ilişkin olarak kullanılan kavramlarda

⁴⁹ Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz: BECKMANN; **a.g.e.**, s 20 vd.

⁵⁰ Örnek olarak; küçüğün vasisinin iznini almadan yaptığı hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü BGB § 111'de "*unwirksam*" kavramı ile ifade edilmiştir. BGB § 388'ye göre, takas işleminin şarta veya vadeye bağlanması halinde, takas beyanı "*etkisiz*" (*unwirksam*) dir. BGB § 925 Abs.2'ye göre, şarta veya vadeye bağlanmış gayrimenkulü devir ve temlik işlemi "*etkisiz*"dir. Bkz: FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 548-549. BECKMANN; **a.g.e.**, s., 26. Son zamanlarda ise gerek uygulamada gerekse doktrinde bu iki kavram birbiriyle eş anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Karş: SOERGEL/HEFERMEHL; **Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, 13. Bearb.**, Stuttgart 1999; **§ 116 BGB**, Rn.75, ERMANN; **§ 104**, Rn.23.

⁵¹ BECKMANN; **a.g.e.**, s.19, dn.48'de belirtilen yazarlar.

⁵² LARENZ/WOLF; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, C.H.Beck Verlag, München, 2004, **§ 44**, Rn.3.

⁵³ Türk Hukuk doktrinde "hükümsüzlük" kavramına eşdeğer şekilde "geçersizlik" ve "butlan" kavramlarının kullanıldığını görmek mümkündür. Biz de çalışmamızın bütününde terim birliğini sağlamak amacıyla, hükümsüzlük veya geçersizlik kavramlarını birbiri ile eş anlamda olmak üzere, hukuki işlemin etkisini göstermediği bütün haller için üst kavram olarak kullanmayı tercih ediyoruz.

⁵⁴ "*Hata, hile, ikrah ile sakatlanmış irade yok hükmündedir. Ancak bir yıl içinde dava açılıp iptal istenilmemişse işlem geçerli hale dönüşür (BK. md. 31)*". Y.2. HD. T.22.06.1999, E. 1999/4651, K.1999/7196 (Corpus). "*...davacı aynı dava içerisinde de feragatinin; hata, hile veya ikrah sebebiyle geçersiz olduğunu savunabilir*" Y.14. HD. T. 04.07.2003, E. 2005/ 5926, K.2005/9546 (Corpus). "*Hata ile sözleşmenin hükümsüz kalmasından kaynaklanan davacının zararı hesaplanırken...*" Y.HGK. T.20.09.2000, E. 2000/19-1121, K.2000/1152 (Corpus), "*B.K'nun 28/1 maddesinde açıklandığı üzere.. hata esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz*" YHGK. T. 23.06.2004, E. 2004/ 1-379, K.2004/382 (Corpus).

terim birliği bulunmadığı görölür. Benzer şekilde terim çokluğu mevzuata bakıldığında da dikkati çekmektedir: BK. m. 11’de “*sahih olmaz*”; BK.m. 39’da “*ilzam olmaz*”; BK.m. 16, 23, 28, 31, 38’de “*muteber değildir*”, MK. m.341/f.2’de “*geçersiz*”, MK.m.543’de “*hükümsüz*”, MK.m.118/f. 2’de “*bağlamaz*” şeklindeki ifadelerden anlaşılmaktadır.

Geçersizlik kavramına doktrinde *geniş* ve *dar* anlamda olmak üzere iki anlam yüklendiğini ve hükümsüzlük türlerinin de verilen bu anlama göre sınıflandırıldığını görmekteyiz. *Geniş anlamıyla geçersizlik* denilince, bir hukuki işlemin kurucu ve tamamlayıcı unsurundaki eksiklik sebebiyle hukuk düzeninde herhangi bir etki yaratmaması anlaşılmaktadır. Geçersizlik kavramını geniş anlamda kullanan yazarlar, bu kavramı genellikle bir hukuki işlemin “etkili” veya “geçerli” olamayacağı bütün halleri bünyesinde kapsayacak şekilde üst bir kavram olarak kullanmaktadırlar. *Dar anlamıyla geçersizlik* ise, hukuki işlemin hukuk düzeninin aradığı şartların mevcut olmaması sebebiyle ortaya çıkan bazı eksiklik ve sakatlıklar sebebiyle sonradan etkisizleştiiği halleri ifade etmektedir. Doktrinde hükümsüzlüğü dar anlamıyla kullanan yazarlar, hükümsüzlüğün türlerini kesin hükümsüzlük (*butlan*), iptal kabiliyeti, askıda hükümsüzlük (*eksiklik*) gibi terimler etrafında incelerken, geniş anlamıyla kullanan yazarlar az önce de ifade ettiğimiz üzere *yokluk* kavramını da bu sınıflandırmaya dahil ederler⁵⁵.

Yokluk kavramını geçersizlik kavramı içerisinde bir yaptırım olarak düşünmek zor olsa bile; kabul etmek gerekir ki, bazı hallerde yokluk kavramını geçersizlik yaptırımlarından biri olarak kabul etmek gerekmektedir⁵⁶. Türk Medeni Kanunda da

⁵⁵ Hükümsüzlüğü dar anlamıyla kullanarak yokluk halini hükümsüzlük türleri arasında saymayan yazarlar olarak bkz: EREN; **a.g.e.**, s.298; Safa REİSOĞLU; **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, 21. b.s., Beta, İstanbul, 2010, s.139; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.20; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 578. Hükümsüzlüğü geniş anlamıyla kullanan yazarlar olarak bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 136; DURAL/SARI; **a.g.e.**, s.177 vd.; Hüseyin HATEMİ; **Borçlar Hukuku**, Fasiküller, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s.56; 63.

⁵⁶ “Yok”luğu kesin hükümsüzlükten ayırmak çoğu zaman oldukça güçtür. Nitekim Borçlar Hukuku alanında kurucu unsurları olmadığı için “yok” olan bir hukuki işlem, kesin hükümsüz bir hukuki işlem gibi baştan itibaren hukuk alanında yer almadığı için kendiliğinden hükümsüzdür. Ayrıca bir dava açılmasına gerek yoktur. Açılan bir davada karar, sadece yokluğu tespit eder. DURAL/SARI; **a.g.e.**, s. 178. Yok olan bir hukuki işlemi kanunda öngörülen geçerlilik şartlarının eksikliği halinde ortaya çıkan kesin hükümsüz bir hukuki işlemden pratik farkı; yokluğun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı gerekçesiyle engellenemeyeceği; buna karşılık kesin hükümsüzlükte böyle bir imkanın olmasıdır. HATEMİ; **Fasiküller**, s. 65-66; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 137, dn. 420. Aile Hukuku alanında evlenmenin aynı cinsten kişiler arasında yapılmış veya evlendirme memurunun önünde yapılmamış olması halinde yokluk hali hukuk düzeninin

yokluk ve kesin hükümsüzlüklük kavramlarına bir arada yer verildiği MK.m.83'nün “Genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklıdır” şeklindeki ifadesinden, yokluk kavramının geçersizlik yaptırımları arasında sayıldığı izlenimi doğmaktadır. Aynı şekilde, yokluk kavramının, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının neler olduğuna bağlı olarak geçersizlik yaptırımları arasında açıklanmasında ve anlaşılmasında açıklanmaya muhtaç bir kavram olduğunu düşünmekteyiz. Bu itibarla, taraflarca arzulanan hukuki etkiyi yaratması için hukuk düzeni tarafından öngörülen kurucu ya da geçerlik şartlarından bazılarının ya da hepsinin mevcut olmamasının yaptırımı olan geçersizliği açıklarken yokluk kavramı ile beraber açıklamayı tercih ediyoruz. Bir başka deyişle hükümsüzlüğü geniş anlamıyla kullanıyor ve geçersizlik yaptırımlarını sınıflandırırken; kurucu unsurunun bulunmaması sebebiyle istenen hukuki etkiyi yaratmayan ya da kanunun aradığı geçerlik şartlarının mevcut olmaması sebebiyle hukuki işlemin geçersiz kalmasına sebep olan sakatlık ve eksiklikleri birlikte ele almayı tercih ediyoruz⁵⁷.

III- Sözleşme Özgürlüğü Kavramı Ve Sınırları

A-Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Gelişimi ve Anlamı

Fransa'da 17. ve 18. yüzyıllarda, bireyin özgürlüğünü ilan eden düşünce akımları ortaya çıkmış ve bu akımlar siyasi ve toplumsal etkisini 1789 tarihinde Fransız Devrimi ile göstermiştir. Ekonomik alanda ise, 1776 yılında *Adam Smith*'in klasik liberal iktisat kuramı da etkisini, 18. yy.'da başlayan ve 19.yy.'da Avrupa'da geniş çaplı olarak "Endüstri Devrimi"nin yaşanması ile sürdürmüş ve bu etki, endüstri toplumunu oluşturarak serbest piyasa ekonomisini hakim kılmıştır. Zamanla gelişen liberal ekonomik düzende, kişilerin ihtiyacı olan piyasa aracılığını sağlayacak ilişkinin sahip olması gereken hukukî vasitanın "sözleşme", en uygun yöntemin ise “sözleşme özgürlüğü (*Privatautonomie*)”⁵⁸ olduğu kabul edilmiştir⁵⁹. Bu dönemde

tarafarca arzulanan hukuki sonucun gerçekleşmesine engel bir yaptırım olarak ortaya çıkmakta ve doktrinde bu tarz evlenme işlemine bağlanan sonucun “yoklukla sakat” olarak ifade edildiğini görmekteyiz. DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ; **Türk Özel Hukuku-Cilt III- Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 72 vd.

⁵⁷ Aile Hukukunda yer alan “*mutlak butlan*” ve “*nisbi butlan*” halleri, çalışma konusunun sınırı dikkate alınarak, geçersizlik türleri bakımından inceleme alanı dışında bırakılacaktır.

⁵⁸ Sözleşme özgürlüğü ve irade özgürlüğü “*Privatautonomie*” kavramlarının genellikle eş anlamlı kullanıldığı yönünde bkz: FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 12.

gelişen ferdiyetçilik akımının etkisiyle irade özgürlüğü, başlangıçta hukukî olmayan, kökeni itibariyle devletin sosyal hayattaki koruyucu (*paternalist*) politikalarının reddedilerek, tarafların her alanda özgürlüğünü tesis etmeyi ilke edinmiş ekonomik ve politik bir hareket olarak kabul edilmiştir⁶⁰. Sosyal uyumun, bir sözleşmenin tarafları arasında eşit biçimde kullanılacak iradeler aracılığıyla otomatik olarak kendiliğinden sağlanabileceği ve tüm adaletin kaynağının da sözleşme olduğu anlayışına dayanan görüş şu prensiplerle de desteklenmiştir: “*Qui dit contractuel, dit juste*”⁶¹, “*stat pro ratione voluntas*”⁶². Rasyonalist felsefenin hakim olduğu ve irade özgürlüğünün en geniş şekilde sözleşme özgürlüğü alanında uygulanır olduğu bu dönemde, sözleşme kavramı adeta kutsal bir nitelik kazanmıştır⁶³. Öyle ki, özgür irade ile yapılan her sözleşmenin adil olacağına yönelik bu anlayış, kişinin kendi menfaat ve çıkarlarının yine en iyi kendisi tarafından bilinip uygulanacağına ilişkin varsayıma dayanmaktaydı⁶⁴. Fransız İhtilalinden sonra gelişen bu ferdiyetçi ve liberal anlayış, kanunlaşma hareketlerini de etkilemiş olup, Fransız Medeni Kanunu 1134. maddesine şu şekilde yansımıştır: “*Hukuka uygun olarak yapılan sözleşme, o sözleşmenin tarafları arasında kanun yerine geçer*”⁶⁵. Sözleşme özgürlüğüne verilen anlam; *Zufferey-Werro*'nun da ifade ettiği gibi, bir insanın kendi koyduğu kurallarla (*son propre législateur-der Selbst-Gesetzgeber*) yönetilme özgürlüğünü ifade etmekteydi⁶⁶. Sözleşme özgürlüğünün tarafların kendi hür ve eşit biçimde yönelttikleri iradeleriyle bağlanabilme özgürlüğünü ifade ettiği yönündeki bu anlayış,

⁵⁹ Helmut COING; “**Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im. 19.Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte**”, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, 1975, s.75,77.

⁶⁰ Fleur DENKINGER; **Der Verbraucherbegriff : Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa**, Band 22, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, s.66, dn.152.

⁶¹ Fouille'nin 19.yüzyılda söylediği bu ifadeye göre, “sözleşmesel demek adaletli de demektir”. Alfred FOUILLE; **La Science sociale contemporaine**, 2.b.s., Hachette, Paris, 1885, s.410.

⁶² Hispanus'un mektubunda kullandığı bu ifade 12.yüzyılda Kanon ve Roma Hukukçuları tarafından, Papanın iradesinin, onun arzularının gerçekleşmesinde sebep teşkil edeceği şeklinde anlaşılmış ve “iradenin” hukukun kaynaklarından biri olarak görülmeye başlamasına sebep olmuştur. Kenneth PENNINGTON; **Popes, Canonists and Texts, 1150-1550**, Variorum Collected Studies 412, Brookfield, 1993, s.5.

⁶³ Geniş bilgi için bkz: CABRILLAC/FRISSON-ROCHE/REVET; **Liberté et droits fondamentaux**, 13 edit, Dalloz, Paris, 2009, s. 601-620.

⁶⁴ Philippe WELLER; **Die Vertragstreue**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, s.155

⁶⁵ *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait*”.

⁶⁶ Jean B. ZUFFEREY-WERRO; **Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs**, Fribourg, 1988, s.8.

sözleşme hukukunda geçerli iki önemli ilkenin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bunlar: sözleşmenin nisbiliği (*effet relatif du contrat*) ve sözleşmenin bağlayıcılığı (*l'effet obligatoire-Bindungswirkung*) ilkeleridir⁶⁷.

Almanya'da ise kişinin dıştan gelen baskı ve müdahalelere maruz kalmamasını ifade eden *negatif-empirik özgürlük teorisini* savunan **Kant**, klasik Avrupa ferdiyetçiliğinin oluşumuna katkıda bulunmuştur. **Kant**'ın taraflar arasında adil menfaat dengesinin sağlanmasının irade özgürlüğü aracılığı yoluyla gerçekleşebileceğine ve kişinin iradesinin serbest olduğu sürece ortaya çıkacak adaletsizliğin adaletsizlik olamayacağına yönelik görüşleri, sözleşme özgürlüğünün mutlaklık kazanmasında oldukça etkili olmuştur⁶⁸. İrade özgürlüğünün sağlam ahlaki temele dayandığı ve sözleşme özgürlüğünün taraflar arasında her daim adaleti sağlayacağı görüşü BGB'nin oluşumunda da büyük ölçüde etkisini korumuştur. Özellikle 2. Dünya Savaşı ve çeşitli sosyo-ekonomik (*ulusal para değişimi gibi*) değişimlerin etkisiyle bu ilkenin tanıdığı olanakların ekonomik ve sosyal olarak güçlü kişilerce kötüye kullanılması nedeniyle bazı eleştirilere uğramıştır⁶⁹. Özgürlüğün artık düzensizlik kaynağı olmaması gerektiği, bu amaçla da sözleşme özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarla bu özgürlükten fedakârlık edilmesi gerektiği düşüncesi yaygınlaşmıştı⁷⁰. Bunun için öncelikle, tarafların iradeleriyle meydana getirmek istedikleri sonucun, nesnel hukuk tarafından adalet ve edimler arası denge (*Äquivalenz*) gibi unsurlara uygunluğunun aranması gerektiği savunulmuştur⁷¹.

⁶⁷ İrade özgürlüğünün, sözleşmeye bağlılık ilkesinin temelini oluşturduğu görüşü ise 19. yüzyılın sonundan itibaren yavaş yavaş terkedilmeye başlamıştır. Bunun nedeni ise, sözleşmenin bağlayıcılık gücünün, sözleşmeyi yapan tarafların iradelerine duyulan saygıdan değil, bu gücü ona tanıyan ve çerçevesi hukuk tarafından çizilen bir yetkiden almaya başlamış olduğu düşüncesidir. WELLER; **a.g.e.**, s.153, 154,294. Normativist-pozitivist bakış açısının sonucu olarak irade ile belirlenen bağımsız bir sözleşme ilişkisinden çok, bir "statü"ye geçiş özgürlüğünün türediği savunulmuştur (*from Contract to Status*). Bkz: W.G.FRIEDMANN; **Some Reflections on Status and Freedom**, R.A.Newman, 1962, s.222. GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s. 25. "*Pacta sunt servanda*" ilkesinin Kanon Hukukundaki temelleri ve uygulaması için bkz: WELLER; **a.g.e.**, s. 37.

⁶⁸ Michael GANNER; **Selbstbestimmung im Alter Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland**, Springer, Wien, 2005, s. 38.

⁶⁹ DENKINGER; **a.g.e.**, s.38, 96.

⁷⁰ "*La Liberté n'est plus considérée comme source de désordre*", DENKINGER; **a.g.e.**, s. 43, dn.72.

⁷¹ Franz WIEACKER; **Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft**, Karlsruhe, 1953, s.482. 19. yy. başında yürürlüğe giren medenî kanunlar, Roma Hukukundan gelen *laesio enormis* ilkesine geniş ölçüde yer vermişlerdir. Öyle ki Tabii Hukukun etkisiyle Fransız Medeni Kanun kodifikasyonu yapıldıktan sonra 1118.maddesinde adil sözleşme koşullarına (*laesio enormis*) aykırılık sebebiyle (*lésion*) sebebiyle sözleşmenin feshedilebileceği düzenlenmişti. Ancak Almanya'da BGB'de bu ilkeye yer

Bundan sonra da, **Savigny** tarafından temellendirilen iradenin sorumluluğunun temeli olduğu ve irade özgürlüğünün sorumluluğu getireceği görüşü, irade özgürlüğü kavramına farklı bir boyut getirmiştir⁷². Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesinin mutlaklığı anlayışının hızlı bir şekilde terkedilmeye başlamasında, **Schmidt-Rimpler**'in akit adaletini (*Vertragsgerechtigkeit*) sağlamaya yönelik tedbirler geliştirilmesi gerektiğine yönelik görüşlerinin de etkisi bulunmaktadır⁷³. 20.yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde ise, sözleşme özgürlüğünün mutlaklığı anlayışı, yerini sözleşmesel dayanışma (*Prinzip der Solidarität- Prinzip der Rücksichtnahme und Fairness, solidarisme contractuel*) prensibine bırakmıştır⁷⁴. Bu anlayış gereğince, sözleşme tarafları ortak bir amacın gerçekleştirilmesi için biraraya gelmektedirler ve bu nedenle birbirlerinin çıkarlarını korumakla yükümlüdürler⁷⁵. Bu dönemde yaşanan 2.Dünya Savaşından sonra sosyal devlet ilkesi birçok Avrupa Devletleri tarafından önemli bir unsur haline gelirken, bireyler arası ilişkilerin de korunması gereği hissedilmiştir. 20.yüzyılın başlarındaki Borçlar ve Medeni Kanunlarda kanunlaşma hareketlerinde yer verilen sadece *emredici hükümlere* ve *ahlaka aykırılık* ve *gabin* gibi sınırlayıcı kavramlara müracaat etmenin dışında, İş Hukuku, Tüketici Hukuku, Rekabeti koruyucu anti-kartel yasaları ve ayrımcılığa karşı koruma alanlarında sınırlayıcı hükümlerin tesis edilmesinden bu koruma çabasını anlamak mümkündür⁷⁶. Artık modern hukuk sistemleri Medeni Kanunlarında yer alan “*ahlaka*” aykırılık ölçütüyle yetinmeyip, her bir koruma alanı için ayrı özel düzenlemeler ile sınırlayıcı

verilmeyip, aşırı yüksek faiz gibi şartların varlığı halinde BGB § 138'e müracaat edilmiştir. Bu uygulamanın eleştirileri için bkz: DENKINGER; **a.g.e.**, s. 31, dn. 35; GANNER; **a.g.e.**, s. 36, dn.136.

⁷² İrade özgürlüğü kavramı, irade özgürlüğünün dürüstlük kuralının -*tarafların bildiği ya da bilmesi gerektiği olgular*-doğal bir sonucu olan “güven ilkesi” ile sınırlanmış bir şekilde yorumlanarak yürürlüğünü korumaktadır. WELLER; **a.g.e.**, s. 104. Sözleşmedeki irade beyanlarının dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde yorumlanacağını ifade eden BGB § 157 hükmü, bu anlayışın BGB'ye yansımalarının en açık kanıtlarından biridir. WELLER; **a.g.e.**, s. 310; GANNER; **a.g.e.**, s.93.

⁷³ **Schmidt-Rimpler**'in temelini attığı bu görüşe göre, sözleşmesel adaletin teminatını (*Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus*) sağlamak üzere, haksız, adalete aykırı irade beyanının sahibi olan tarafın bundan doğan dezavantajlı sonuca katlanması sağlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz: DENKINGER; **a.g.e.**, s. 55, GANNER; **a.g.e.**, s. 38.

⁷⁴ DENKINGER; **a.g.e.**, s. 47.

⁷⁵ Denis MAZEAUD; “**Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?**”, *L'avenir du droit* „ Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, Paris, 1999, 603-634.

⁷⁶ DENKINGER; **a.g.e.**, s. 101-102. Sözleşme hukuku alanında hangi alanlar öncelikle koruma alanı içerisinde kabul edileceği noktasında; önceliğin sağlık, iş ve konuta ilişkin sözleşmeler konusunda olması yönündeki görüşler ve değerlendirmeler için bkz: DENKINGER; **a.g.e.**, s. 93-96.

emredici hükümler tesis etmekte ve hakimlere de sözleşme içeriğine müdahale görevi verilmektedir⁷⁷.

Bugün itibariyle, sözleşme özgürlüğü nerdeyse bütün modern hukuk sistemlerinde, *kişilerin özel hukuk ilişkilerini hukuk sisteminin çizdiği sınırlar çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle belirleyebilme yetkilerini* ifade etmektedir⁷⁸. BK.m.19/f.1'in lafzına⁷⁹ da uygun olan bu tanıma göre, hukuk sistemi tarafından çizilen sınırlar dahilinde sözleşme özgürlüğünün varlığından bahsetmek gerekir⁸⁰. İrade özgürlüğü ise, *hukuk düzeninin kişilere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre düzenleme hususunda tanıdığı olduğu genel yetki* şeklinde tanımlanabilir⁸¹. Sözleşme özgürlüğü (*Privatautonomie*), açıkça görüleceği üzere, irade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birini teşkil etmekle beraber, bu iki kavramın eş anlamda kullanılması isabetli değildir⁸². Bunun dışında, doktrinde sözleşme özgürlüğü kavramının geniş ve dar anlamıyla kullanımından bahseden bazı yazarlar olmakla

⁷⁷ Yargıtay'ın 1996 yılında verdiği bir kararda; "*Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen "sosyal hukuk devleti" ve "iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi" eş söyleyişle "sosyal adalet" ilkelerinin bir gereğidir. Sırası gelmişken hemen vurgulayalım ki, hakim, Medeni Yasanın 1.maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyi niyet kurallarına uyulmayı öngören MK.m.2/1, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK.m.24, ahlaka aykırılığı yasaklayan BK.m.19/II gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir*" demektedir. Y.13. HD., T. 18.3.1996, K.1996/ 1734 E. 1996/ 2495 (Uyap Bilgi Bankası).

⁷⁸ WELLER; **a.g.e.**, s.167; FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s.12; FIKENTSCHE/HEINEMANN; **Schuldrecht**, 10.Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, s. 70; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.19; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP; **a.g.e.**, s.362; EREN; **a.g.e.**, s. 270.

⁷⁹ BK.m.19/f.1:"*Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir*".

⁸⁰ Uzun zamandır sözleşme özgürlüğünün genel işlem şartları veya iltihaki sözleşmeler yoluyla tek taraflı olarak kullanılması ile sözleşme eşitliğinin önemli surette zedelenmesi söz konusudur. Genel işlem şartları karşısında tüketicilerin sözleşme özgürlüğü alanı, *inceltmiş bir özgürlük alanı (in einem Raum verdünnter Freiheit)* kavramı ile tarif edilmiştir. GANNER; **a.g.e.**, s. 39.

⁸¹ BUCHER; **a.g.e.**, s. 87; FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 1. Unutmamak gerekir ki; irade özgürlüğü, sözleşme dışındaki tek taraflı hukuki işlemler bakımından da söz konusu olup, sözleşme özgürlüğünü de içine alan üst bir kavramdır.

⁸² Sadece sözleşme özgürlüğünün değil, bunun yanı sıra mülkiyet özgürlüğünün (*Eigentumsfreiheit*), ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünü (*Testierfreiheit*), örgütlenme özgürlüğünün (*Assoziationsfreiheit* veya *Vereinigungsfreiheit*) de irade özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir: SCHWENZER; **OR AT**; Rn.25.02. Bu iki kavramın doktrinde eş anlamda kullanıldığıyla ilgili bkz: EREN; **a.g.e.**, s. 270; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 17.

beraber⁸³, biz böyle bir ayırım yapmanın pratikte herhangi bir fayda sağlamayacağı düşüncesiyle, böyle bir ayırım yapmamaktayız.

Pozitif hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi, hem 1982 Anayasasında “Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” bölümünde (m.48/f.1) hem de Borçlar Kanunumuzda (BK.m.19/f.1) teminat altına alınmış olup⁸⁴, en geniş şekilde Borçlar Hukuku alanında uygulanmaktadır. Zira Eşya, Aile ve Miras Hukuku alanlarında sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerli olduğundan, sözleşme özgürlüğünün kapsamı da bu alanlarda oldukça daralmaktadır. Sözleşme özgürlüğü doktrin ve uygulamada alt bazı özgürlüklerle açıklanmaktadır. Bunlar; sözleşmenin içeriğini (*Inhaltsfreiheit*), tipini (*Typenfreiheit*) ve şeklini belirleme özgürlüğü (*Formfreiheit*), sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü (*Abschlußfreiheit*), sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğü (*Partnerwahlfreiheit*)⁸⁵ ve son olarak sözleşmeyi değiştirme (*Abänderungsfreiheit*) ve ortadan kaldırma özgürlüğüdür (*Aufhebungsfreiheit*)⁸⁶. Çalışma konumuzun kapsamı bakımından bu alt özgürlüklerin herbirine yer verememekle beraber, sözleşme özgürlüğünün içeriğini ve şeklini belirleme özgürlüğünün sınırları konu kapsamında ileriki başlıklarda yeri geldiğinde tekrar ele alınacaktır.

B- Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Liberal hukuk düzeninin işlerlik kazandırdığı en önemli ilke olan sözleşme özgürlüğü sayesinde kişiler, hukuk sisteminin tayin ettiği sınırlar dahilinde sözleşme

⁸³ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 16; Derya ATEŞ; **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakaya Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.39.

⁸⁴ Sözleşme özgürlüğü 1961 Anayasasında 40.maddede “Temel Hak ve Ödevler” bölümünde yer almakta idi. Hükmün 1982 tarihli Anayasasında “Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” bölümüne alınmasının eleştirilmesi hakkında bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 13, dn.1. Alman Anayasasında, sözleşme özgürlüğü açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa §.2/f.1 ile koruma göreceğine karar vermiştir. WELLER; **a.g.e.**, s. 168. İsviçre Anayasasında da Art.31 Abs. 1’de teminat altına alınmıştır. GUGGENHEİM; **a.g.e.**, s. 25.

⁸⁵ JAUERNIG; **§ 311 BGB**, Rn. 3, HONSELL; **Art.19 OR**, Rn.1-3. WELLER; **a.g.e.**, s. 155, JAUERNIG; **§ 311**, Rn. 1-8. Heinz HÜBNER; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, 1995, s.277, MEDICUS/LORENZ; **Schuldrecht I-Allgemeiner Teil**, 18.Aufl., Beck Verlag, München, 2008, s. 36-37.

⁸⁶ HONSELL; **Art.19 OR**, Rn.3; GANNER; **a.g.e.**, s. 93; WELLER; **a.g.e.**, s. 156. Hans GIGER; **Rechtsfolgen norm-und sittenwidriger Verträge**, Schultess, Zürich, 1989, s. 13.

ilişkisinde bulunmaktadır⁸⁷. Bugün itibariyle, dünyada mevcut her hukuk düzeni az ya da çok sözleşme özgürlüğü alanı tanımış durumdadır. Bu alan sosyalist ekonomiyi benimsemiş ülkelerde daralmakla beraber, her hukuk düzeninde farklı sınırlamalara tabi olabilmektedir. Sözleşme özgürlüğü de, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bazı alt özgürlüklerle beraber değerlendirilmekte olup, her bir alt özgürlüğün de farklı sınırlamalara tabi olduğu görülür⁸⁸. Örneğin, sözleşmenin tarafını seçme ve sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün sınırı, *sözleşme yapma zorunluluğunun* bulunduğu haller ile *fiil ehliyetinin bulunmaması* (MKm.15) halidir⁸⁹. Aynı şekilde sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü de mutlak değildir (BK.m.11/f.2). Ancak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları çalışma konumuz açısından en önemli olanıdır. Zira içerik sınırlarının ihlali halinde genelde kesin hükümsüzlük ve bazı hallerde de kısmi hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşılmaktadır⁹⁰.

Neredeyse bütün Batı Avrupa ülkelerinde, taraflar arasında pazarlık gücündeki dengesizliğin kötüye kullanılması sonucu (*misuse of bargaining power*) bozulan sözleşme adaletinin yeniden sağlanması için, sözleşmelerin hukuki denetime tabi tutulması gerektiği yönünde bir eğilim olmuştur⁹¹. Bu amaçla, ekonomik veya sosyal olarak güçlü durumda olan tarafın, sözleşme adaletinin bozulması yönünde yapacağı olası olumsuz etki göz önüne alınarak birtakım özel yasal düzenlemelerle

⁸⁷ Bu çözüm tarzının birçok medenî kanunda yer alıyor olmasına karşın, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL) ve UNIDROIT ilkelerinde geçerli kabul edilmesi çarpıcıdır. UNIDROIT Art.3.10 Abs.1/1'e göre, taraflardan her birinin sözleşmenin akdedilmesi aşamasında sözleşmenin diğer tarafına haksız yere avantaj sağlayan hükümlerini veya sözleşmenin tamamını feshetme hakkına sahiptir. Benzer bir hüküm Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)'nin Art.4:109 Abs.1'de de yer almaktadır. Detaylı açıklama için bkz: DENKINGER; **a.g.e.**, s.32, dn.35.

⁸⁸ Türk Hukuk doktrininde farklı sınırlama ölçütleri belirlenerek farklı sınıflandırma yapıldığı görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s.46, dn.133; FIKENTSCHER/HEINEMANN; her bir alt özgürlüğü kendi sınırları ile ayrı başlıklar halinde değerlendirmiştir. FIKENTSCHER/HEINEMANN; **a.g.e.**, s. 70 vd.

⁸⁹ FIKENTSCHER/HEINEMANN; **a.g.e.**, s. 71; Pierre ENGEL; **Traité des obligations en Droit Suisse**, 2.Aufl., Bern, 1999, s. 99. Sözleşme yapma zorunluluğu ise, emredici kanun hükümlerinden, dürüstlük kuralından doğabileceği gibi, kişilerin ileride bir sözleşme yapmayı taahhüt etmelerinden (*ön sözleşme*) de kaynaklanabilir. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**,s.144; EREN; **a.g.e.**, s.271; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s.142. Sözleşme yapmaktan kaçınmanın OR. Art.20/I (BK.m.20/f.1) hükmüne dayanarak, ahlaka aykırı davranış sayılması halinde, sözleşme yapmaya hükmedilebileceğine ilişkin uygulama ve doktrindeki değerlendirmeler için bkz: GAUCH/SCHLUEP; **Schweizerischer Obligationenrecht- Allgemeiner Teil**, 2.Band, 7.Aufl., Schulthess, Zürich, 2008, Rn..613 vd.

⁹⁰ Von TUHR; **a.g.e.**, s.229; EREN; **a.g.e.**, s.299; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 374; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**,s.136.

⁹¹ FIKENTSCHER/HEINEMANN; **a.g.e.**, s. 75.

sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sınırlamalar getirilmiştir⁹². Bu sınırlayıcı yasal düzenlemelerin çoğu özellikle tüketici hukuku, iş hukuku, rekabet hukuku, kira sözleşmeleri gibi alanlarda yapılmıştır⁹³. Ancak bundan önce, sözleşme özgürlüğünün içeriğinin sınırlanmasına ilişkin olarak Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarının Medeni Kanunlarında genel nitelikli hükümler tesis edildiği unutulmamalıdır⁹⁴. Türk Hukuku açısından da sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarını; *kişilik hakkına aykırılık* (MK.m.23), *emredici hükümlere aykırılık* (BK.m.19/f2), *hukuka aykırılık* (BK.m.20/f1), *kamu düzenine aykırılık* (BK.m.19/f2), *ahlaka aykırılık* (BK.m.19/f2, m.20/f1), *sözleşme konusunun imkansızlığı* (BK.m.20/f1) ve *gabin* (BK.m.21) olarak sıralamak mümkündür. Sözleşme özgürlüğünü belirleme özgürlüğünü sınırlayıcı hükümlerin ihlali halinde kısmi hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşılabileceği haller ve sonuçları çalışma konumuz açısından büyük öneme sahip olduğu için, ileriki bölümlerde bu konulara daha detaylı şekilde değineceğiz.

⁹² HÜBNER; **a.g.e.**, s.278.

⁹³ FIKENTSCHER/HEINEMANN; **a.g.e.**, s. 91; HÜBNER; **a.g.e.**, s. 278. Türk Hukukunda da sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla benzeri yasal düzenlemelerle özellikle sözleşmenin içeriğine ilişkin bazı sınırlayıcı hükümler tesis edilmiştir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK.m.5), 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK.m.9)ve 4857 sayılı İş Kanunu örnek olarak gösterilebilir. Bunun dışında Avrupa Birliğinin yayınladığı yönergeler dahilinde kapıdan satışlar, tüketici kredi sözleşmeleri, turistik gezi sözleşmeleri, devre mülk sözleşmeleri ve genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmeler ile ilgili olarak bugün birçok Avrupa ülkesinde yasal düzenlemeler getirilmiştir. FIKENTSCHER/HEINEMANN; **a.g.e.**, s.278.

⁹⁴ FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s.2. İçerik sakatlığı sebepleri **Avusturya Hukukunda**, *sözleşme konusunun imkansızlığı* (ABGB § 878), *emredici hükümlere ve genel ahlak kurallarına aykırılık*, *gabin* (ABGB § 879, Abs. 1,2,3,4), **Alman Hukukunda**, *emredici hükümlere aykırılık* (BGB § 134), *ahlaka aykırılık* (BGB § 138) ve *gabin* (BGB § 138 Abs.2) olarak belirlenmiştir. **İsviçre Hukukunda** ise *kamu düzenine aykırılık* (OR Art.19 Abs.2), *emredici hükümlere aykırılık* (OR Art.19 Abs.2), *ahlaka aykırılık* (OR Art.19 Abs.2), *kişilik haklarına aykırılık* (OR Art.19 Abs.2), *sözleşme konusunun imkansızlığı* (OR Art.20 Abs.1), *hukuka aykırılık* (OR Art.20 Abs.1). **Fransız Hukukunda**, hükümsüzlük türleri kesin hükümsüzlük (*nullité absolue*) ve nisbi hükümsüzlük (*nullité relative*) olarak ikiye ayrılır. Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarından farklı olarak, kesin hükümsüzlük *ipso iure* ortaya çıkmaz, CCF 1117 uyarınca hakim kararına ihtiyaç duyulur. Nisbi ve kesin hükümsüzlükten her ikisi arasında, hukuki işlemi hakim kararıyla geçmişe etkili olarak hükümsüz bırakılması yönünden hiçbir fark yoktur. (Fransız Hukukundaki nisbi hükümsüzlük kavramının Alman Hukukundaki BGB § 135’de öngörülen nisbi hükümsüzlük kavramından farkı için bkz: BECKMANN; **a.g.e.**, s. 115). Kesin hükümsüzlük kavramının temelinde kamu düzeninin olumsuz etkilenmesi; nisbi hükümsüzlük kavramının temelinde kişisel menfaatlerin olumsuz etkilenmesi sebebi yatmaktadır. Sözleşme içeriğine ilişkin sınırlara ise gerek nisbi gerekse kesin hükümsüzlük sebepleri arasında rastlanılmaktadır. Sözleşme içeriğinin sınırını oluşturan haller; *gabin* (CCF 1305, 1313), *kamu düzeni* (CCF 6), *konusu imkansız*, *ahlaka aykırı veya hukuka aykırı sözleşmeler ve buna bağlı her şart* (CCF 1172, 1108,1131,1133) olarak sayılabilir. Geniş bilgi için bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s.19 vd.

IV- Geçersizlik Yaptırımları

A- Yokluk

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olması halinde, o işlemin yokluğundan bahsedilir⁹⁵. Hukuki işlemin kurucu unsurları olarak kabul ettiğimiz; bir irade beyanının bulunmaması veya beyana hukukun herhangi bir sonuç bağlamaması durumunda yokluk söz konusu olur. Sözleşmeler açısından bu husus BK.m.1’de “*iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur*” şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde sözleşme varlık kazanamaz. Örneğin; evlenmede, buna ilişkin irade beyanının evlendirme memuru önünde yapılmamış olması veya evlat edinmede hakim evlat edinme kararının bulunmaması hallerinde, bu işlemler “yok”luk sebebiyle beklenen hukuki etkiyi doğurmayacaktır.

Kurucu unsurların eksikliği halinde yokluk sonucu herhangi bir hakim kararına gerek olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkar. Bir sözleşmenin yokluğu her zaman ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir. Bu hususta dava açmaya gerek olmadığı gibi, açılmış bir davada bir sözleşmenin yokluğu ileri sürülmemiş olsa dahi, hakim re’sen nazara almak zorundadır. Açılmış bir davada yokluk halinin ileri sürülmesi- bir hakkın doğumuna engel bir husus söz konusu olduğu için- *itiraz* niteliği taşır⁹⁶.

B- Kesin Hükümsüzlük (*Butlan*)

1- Kesin Hükümsüzlüğün Tanımı, Özellikleri ve Türleri

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları mevcut olduğu halde, tarafların beklediği etkiyi doğurabilmesi için, hukuk düzeninin “*ehliyet*” (MK.m.15), “*şekil*” (BK.m.11/f.2), “*içerik*” (BK.m.19, 20) ve *irade ile beyan arasındaki uygunluk* gibi hususlar yönünden öngördüğü geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi birini taşımayan işlemlere hukuk düzeni tarafından bağlanan müeyyide kesin hükümsüzlüktür. Bu şartlardan *ehliyet*, *şekil*⁹⁷ ve *muavaza*⁹⁸

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.137; JAUERNIG; § 104 BGB, Rn.16; BECKMANN; **a.g.e.**, s. 57.

⁹⁶ HATEMİ; **Fasiküller**, s.66; DURAL/SARI; **a.g.e.**, s. 178.

⁹⁷ Şekle aykırılığın yaptırımından (BK.m.11/f.2) klasik görüşe göre kesin hükümsüzlük yaptırımını anlamak gerekmektedir. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 190; Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 237; HONSELL; **Art. 11 OR**, Rn.11; GAUCH/AEPLI/CASANOVA; **Art. 11 OR**, s. 21; GAUCH;

bakımından kanunkoyucu kesin hükümsüz (butlan) tabirini kullanmamasına karşın, Türk- İsviçre doktrininde çoğunluk tarafından bu şartları taşımayan işlem veya sözleşmelere uygulanacak yaptırımın kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir⁹⁹.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının ortaya çıkması için mahkeme kararına gerek yoktur. Sözleşme herhangi bir beyana ihtiyaç duymadan sözleşmenin yapıldığı andan

OR AT, Rn. 548 vd. BGE 120 II 341. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 126; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 102; HATEMİ; **Fasiküller**, s. 41-42. Son zamanlarda Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda butlan (kesin hükümsüzlük) görüşü dışında farklı görüşler de ortaya çıkmıştır. Alman Hukukunda *Hübner*'e göre, şekil şartı öngören hükümlerde bir "uyarı fonksiyonu" (*Warnfunktion*) mevcuttur. Gayrimenkulün devri, bağışlama, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin şekil kuralları bu işlemlerin hızlı ve düşünmeden yapılmasını önlemek ve adeta işlemi yapanı "uyarmak" amacıyla tesis edilmiştir. Söz konusu uyarı fonksiyonu, işlemi yapanın taahhüt ettiği borcunu ifa etmesi ile beraber son bulur ve anlamını yitirir. Ulrich HÜBNER; "**Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm**", FS für Heinz Hübner, Berlin, 1984, s. 487, 493. Nitekim BGB § 311b/1 Abs.2 hükmünde; şekil eksikliği olan gayrimenkul devir sözleşmesinden doğan borçların ifa edilmesi ile sözleşmenin muteber hale geleceği öngörülmektedir. Alman Hukukundaki söz konusu kanun hükmüne paralel olarak gelişen İsviçre ve Türk Hukukunda "*sui generis geçersizlik*" veya "*kendine özgü geçersizlik*" görüşü olarak adlandırılan yeni bir görüşe göre, şekil kuralının amacı, tarafları korumaya yöneliktir ve onlar da bilerek ve isteyerek akdi ifaya geçmişlerse, bu ifa akde sıhhat kazandırır. Keza bu tarz hükümsüzlüğü ne hakim re'sen nazara alabilir ne de akdin tarafları dışındaki kişiler ileri sürebilir. Yine bu görüşe göre, şekle aykırılığın yaptırımdan bahseden OR. Art. 11 Abs.2 ve BGB § 311b/1 Abs.2 hükümlerinde "*Nichtigkeit* (kesin hükümsüzlük) değil; "*Ungültigkeit*" (geçersizlik) kavramına itibar edilmiştir. GIGER; **a.g.e.**, s.94; BUCHER; **OR AT**, s. 169; SCHÖNENBERGER/JÄGGI; **Art. 11 OR**, Rn.73; Hans MERZ; **Vertrag und Vertragschluss**, 2.Aufl., Freiburg Schweiz, 1992, s. 195, 242; J. SCHMID; **a.g.e.**, s. 197, 262; EREN; **a.g.e.**, s. 262; kısmen bu görüşte SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 31.36; KOLLER; **OR AT**; § 12 Rn. 99 vd. Fransız Hukukunda da *Ghestin*'e göre, şekle aykırılıktan zarar göreni koruma amacına sahip nitelikteki emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı, yalnızca bu hüküm ile korunan tarafa ait ve onun tarafından kullanılabilir bir irade beyanı ile gündeme gelen geçersizlik halidir (*nullité relative-Nisbi hükümsüzlük ya da tek taraflı bağlamazlık görüşü*). GHESTIN; **a.g.e.**, Rn. 785-787 s. 939-940. Yazar buna örnek olarak, şekle aykırı olarak yapılan bağışlama sözleşmesine bağışçının mirasçıları tarafından verilen icazet ya da ifasının "*..confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation..*)" şekle aykırılığı ileri sürmekten vazgeçtiği anlamına geldiğini öngören CC 1340 hükmünü göstermektedir. Yazara göre, bağışlama sözleşmesinin noterde düzenlenmesi esasını getiren CC 931 hükmü, bağışçının düşünmeksizin bağışlama taahhüdünde bulunmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Ancak İş Kanunundaki çalışma izni olmaksızın çalıştırılan yabancı işçilerin hizmet sözleşmesinin geçersiz olacağını düzenleyen L-341-2 hükmünün kamu düzenini korumak amacını taşıdığını ve buradaki geçersizliğin kesin hükümsüzlük (*nullité absolue*) olacağını, geçersizliği her iki tarafın da ileri sürebileceğini savunmaktadır. *Hatemi*, sui generis ya da nisbi hükümsüzlük (tek taraflı bağlamazlık) görüşü "isteğe bağlı şekil"de savunulabilir. Zira mecburi şekilde hakkın kötüye kullanılması olgusuna ifa davası açabilme sonucu istenen korumayı sağlamaktadır. HATEMİ; **Fasiküller**, s.42; HATEMİ/AYBAY; **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 174. Şekil konusunda farklı görüşler de ileri sürülmüş olup bu görüşler doktrinde fazla taraftar bulamamıştır. Fiili sözleşme görüşü için bkz: GIGER; **a.g.e.**, s. 94 vd. Yokluk görüşü için bkz: KELLER/SCHÖBI; **a.g.e.**, s. 25 vd.

⁹⁸ Muvazaa halinde "yokluk" olacağı görüşünde bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 355; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.1019.

⁹⁹ Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 294; HONSELL/VOGT/WIEGAND; **Basler Kommentar-Obligationenrecht I- Art.1-529 OR**, Basel, 2007, **Art. 18 OR**, Rn.126; OĞUZMAN/ ÖZ; **a.g.e.**, s. 137; REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 139.

itibaren (*ex tunc*) hüküm ve sonuçlarını doğurmaz Açılmış bir davada kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, hakkın doğmamış olduğu itirazını oluşturur. Kesin hükümsüz bir işlem, belli bir sürenin geçmesi, kesin hükümsüzlük sebebinin sonradan ortadan kalkması, batıl sözleşmeden doğan borçların ifa edilmiş olması¹⁰⁰ veya sonradan verilen bir icazet ile de düzelmez¹⁰¹. Taraflar ulaşmak istedikleri amacı, geçerli ve yeni bir sözleşme kurarak elde edebilirler. Borçlandırıcı sözleşmeler bakımından kesin hükümsüz bir işlem, sadece alacak hakkının değil, fer'i hakların (*rehin, kefalet vb.*) da doğmasına engel olur¹⁰². Eğer taraflardan biri edimini önceden ifa etmişse, ifa ettiği edimini somut olaya göre mülkiyet davası (*MK.m.683 ve m.1025*) ya da sebepsiz zenginleşme davasıyla (*BK.m.61 vd.*) iadesini isteyebilir¹⁰³.

¹⁰⁰ Şekil kurallarına aykırılıkta “sui generis” geçersizlik görüşü gereğince, borç ifa edildikten sonra sözleşme geçerlilik kazanır. Bkz: dn.96.

¹⁰¹ Nicolas ROUILLER; **Die widerrechtliche Vertrag: die verbots-durchsetzende Nichtigkeit**, Stämpfli Verlag, Bern, 2002; s. 48; Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s 264; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.138; EREN; **a.g.e.**, s.301; DURAL/SARI; **a.g.e.**, s.181; SCHWENZER; **OR AT**, Rn.32.35. Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olan kanuni yasağın sonradan ortadan kalktığı veya toplumdaki değer yargılarının sözleşmenin yapıldığı zamandan sonra değiştiği hallerde, sözleşmenin geçerli hale geldiği görüşünde bkz: Ernst KRAMER; **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band VI:Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art.19-22, Bern, 1991, **Art. 19/20 OR**, Rn.319. Alman Hukukunda bir görüş de, şekil eksikliğine bağlı olarak kesin hükümsüz sayılan bir sözleşmenin tasdikinin BGB § 141/I’de ifade edildiği üzere bazı şartlarla sözleşmenin yeniden yapıldığı anlamını taşıdığını savunmaktadır. JAUERNIG; **§ 141 BGB**, Rn.3. Türk Hukuku bakımından bu görüşün değerlendirilmesi için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 582.

¹⁰² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 376.

¹⁰³ Kesin hükümsüz sözleşmelerin çoğu zaman “hukuken hiç meydana gelmemiş” yalnız “fiili bir görünüş” olduğundan bahsedilir. Hans M.PAWLOWSKI; **Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärung**, Göttingen, 1966, s. 11. Ancak bu görüş, ani edimli sözleşmelerde icra edilmiş edimlerin iadesi meselesinde, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ile aynı hukuki sonucu öngördüğü için eleştiriye uğramıştır. Özer SELİÇİ; **Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 44. Zira, sürekli edimlerin çoğunluğunu teşkil eden “kullanma” ve “iş görme” edimleri bir defa icra edildikten sonra geri verilme imkanı yoktur. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından kanun koyucunun *de lega feranda* olarak geçersizliğin ileriye etkili hüküm doğurmasını hüküm altına alması önerilmektedir. SELİÇİ; **a.g.e.**, s. 46; 56 vd. İsviçre Hukukunda da OR.Art. 320 Abs.3. hükümünde, işçinin iyi niyetli olması halinde hizmet sözleşmesindeki kesin hükümsüzlüğün ileriye (*ex nunc*) etkili olacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak bu hükmün sadece işçinin iyiniyetli (*hükümsüzlüğü bilmediği veya bilmesi gerekmediği*) olduğu durumlarda değil; kamu düzenine ilişkin yasaklara aykırı yapılmış bütün sözleşmeleri de kapsamına alarak geniş bir şekilde uygulanması önerilmiştir. Bu imkân özellikle çalışma izni olmayan yabancı uyruklu işçiler bakımından gündeme gelmiştir. Daha teknik bir ifade ile, kamu düzenine ilişkin nisbi emredici hükümlere aykırılık olduğu hallerde, BK.m.20 çerçevesinde gerçekleştirilecek kesin hükümsüzlüğün, söz konusu yasağın anlam ve koruma amacına uygun olarak ileriye etki doğurması kabul edilmelidir. Susanne POLYDOR-WERNER; **Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge**, Schultess, Zürich, 1988, s.20.

Kesin hükümsüzlük, herkes tarafından geçersiz işleme dayanarak hak sahibi olduğunu ileri süren bütün üçüncü kişilere karşı herhangi bir süre ile bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir¹⁰⁴. Kesin hükümsüzlüğü ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmadığı sürece, ne sözleşme taraflarının ne de ilgili üçüncü kişilerin kesin hükümsüz sözleşme nedeniyle herhangi bir hak elde etmeleri mümkün değildir. Kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması hallerinde kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmaz. Bu konuya en sık verilen örnek de, tarafların borçlarını ifa etmelerinden sonra şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hali ve şekil noksanına hükümsüzlüğü ileri süren tarafın kasden sebep olmuş bulunması halidir¹⁰⁵.

Genel olarak kesin hükümsüzlüğe sebep olan geçerlilik şartlarını tekrar edecek olursak; hukuki işlemi yapanların hak ve fiil ehliyetine sahip olmamaları (MK.m.15), sözleşmenin içeriğinin emredici hükümlere, genel ahlaka, kişilik hakkına aykırı ve konusunun imkansız olması¹⁰⁶ (BK.m.20/f.1), sözleşmenin muvazaalı olması ve sözleşmenin sıhhati için aranan şekle uyulmaması (BK.m. 11/f.2) dır. Doktrindeki ifadeyle *geçerlilik şartlarından* bir kısmını oluşturan bu şartlardan çalışma konumuz açısından önem arz eden BK.m.20/f.1’de belirtilen ve sözleşmenin içeriğine ilişkin olan şartları “*içerik sakatlığı sebepleri- (Inhaltsmangel)*” olarak adlandırmayı tercih ediyoruz¹⁰⁷. Sözleşmenin içeriğine ilişkin geçerlilik şartlarının ihlalinin kısmi hükümsüzlük yaptırımına sebep olduğu ölçüde arz ettiği önem dikkate alınarak, bu şartların niteliği ve sınıflandırılmasına ilişkin detaylı bilgilere üçüncü bölümde daha geniş şekilde yer vermeyi tercih ettiğimiz için burada sadece bu sebepleri anmakla yetiniyoruz.

Bir sözleşmenin BK.m.20 gereği kesin hükümsüz olabilmesi için tarafların hukuka veya ahlaka ayrılığın bilincinde olması şartı aranmaz¹⁰⁸. Hukuka veya ahlaka

¹⁰⁴ KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 315. Von TUHR/ PETER; **a.g.e.**, s.226. ENGEL; **a.g.e.**, s. 294.

¹⁰⁵ Y. 13. HD. T. 3.1980, E. 1980/1267; K. 1980/1669 (YKD. 1981/2, s.202). OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 129.

¹⁰⁶ Doktrinde yapılan farklı sınıflandırmalar ve bu konuya ilişkin geniş açıklamalar için bkz: aşa: s. 99 vd.

¹⁰⁷ Kavram için bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 24. Roland HÜRLIMANN; **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen**, Diss., Freiburg/Schweiz, 1984, s. 21.

¹⁰⁸ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 586–587.

aykırılığı “bilme” ve hatta bu sonucu isteme şartı, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi bakımından önem kazanır.

Kesin hükümsüzlük hallerinde taraflarca arzu edilen hukuki sonuca yönelik işlem görünürde ilk baştan gerçekleşmiş olduğundan buna bağlı olarak kanun gereği bir takım sonuçların doğması mümkündür. Örneğin, böyle bir işlemin yapılması taraflardan biri için bir *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açabilir; bir kanuni yasak çiğnenmiş ise cezai bir yaptırım ile karşılaşılabilir veya yukarıda da belirttiğimiz gibi geçersiz bir sözleşmeye dayanarak verilen şeyin geri alınması amacı ile istihkak veya sebepsiz zenginleşme davası açmak gerekebilir. Ne var ki, bunlar kesin hükümsüz işlemin doğrudan sonuçları değildir.

Son olarak kesin hükümsüzlük, içeriğe ilişkin geçerlilik şartlarından bir veya birkaçının bulunmaması sebebiyle ortaya çıkacak hükümsüzlük hallerine göre, sözleşmenin tamamına veya bir kısmına ilişkin olabilmektedir. Biz de içeriğe ilişkin geçerlilik şartlarının sözleşme üzerinde yarattığı etkiyi dikkate alarak, kesin hükümsüzlüğü tam hükümsüzlük ve kısmi hükümsüzlük olmak üzere ikiye ayırarak incelemekteyiz.

2- Tam Hükümsüzlük

a- Genel Olarak

Türk Özel Hukukunda *tam hükümsüzlük* kavramı kanunda yerleşmiş teknik bir kavram olarak yer almamakla beraber doktrinde kullanıldığı görülmektedir¹⁰⁹. Kanaatimizce tam hükümsüzlük kavramı, geniş ve dar anlamıyla olmak üzere iki anlamda incelenmelidir. Dar anlamıyla tam hükümsüzlük, BK.m. 20/f.2 c.2'nin lafzı dikkate alındığı zaman, *tarafların farazi iradesinden, sözleşmenin bir kısmındaki sakatlık olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağını anlaşıldığı hallerde, sözleşmenin tamamına etkili olan kesin hükümsüzlüğü* ifade etmektedir. Bu anlamda tam

¹⁰⁹ **Başpınar** tam hükümsüzlük kavramını, sakatlığın sözleşmenin tamamını ilgilendirip; onun içeriğini tümüyle geçersiz kılması şeklinde tanımlamıştır. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 25, **Kocayusufpaşaoğlu** ise tam hükümsüzlük kavramını, sözleşmenin bir veya birkaç hükmünü etkileyen geçersizliğin bütün sözleşmeye yayılması şeklinde tanımlamıştır. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; “**Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler**”, Prof. Dr. Selim KANETİ'ye Armağan, İstanbul, 1996, s.25.

hükümsüzlük, tarafların sakat kısım olmadan sözleşmenin yapılmayacağı yönündeki farazi iradelerinin¹¹⁰ etkisiyle ortaya çıkan bir hükümsüzlük türüdür¹¹¹.

Geniş anlamıyla tam hükümsüzlük ise, sakatlığın, sözleşmenin esaslı unsurlarında ortaya çıkması halinde, hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamına yayılması halidir¹¹². Bu anlamda sakatlık, sözleşmenin bir kısmına ilişkin olmakla beraber; hükümsüzlük, tarafların farazi iradelesine başvurulmaksızın doğrudan sözleşmenin tamamına yayılmaktadır. Buna en güzel örnek İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1986 tarihli kararı oluşturmaktadır. Kararda zaman ve konu itibarıyla sınırlanmamış olan ileride doğacak her türlü alacak hakkının başkasına toptan temlikine ilişkin bir kayıt içeren sözleşmenin kişilik hakkına aykırılık (BK.m.27) oluşturması nedeniyle, sözleşmenin tamamen hükümsüz olacağı vurgulanmakla beraber, BK.m.20/f.2'nin uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ile ilgili olarak *“ekonomik özgürlüklerin ihlali sebebiyle OR. Art.27 Abs.2 (MK.m.23/f.2) hükmüne aykırı olan bir alacağın temlikinin kısmen değil ancak tamamen hükümsüz olabileceği, çünkü kısmi hükümsüzlüğün kabulü halinde, geçerli alacak miktarının belirlenmesinin mümkün olmayacağı ve bu durumun hukuki güvensizlik yaratacağı”* ifade edilmiştir¹¹³. Yine örneğin yasal olarak belli bir işlem için verilmesi gereken miktarın belli olmasına rağmen, bu miktardan fazla bir bedelin rüşvet olarak verilmesi halinde bedelin yasal sınıra indirilmesi söz konusu olamaz. İşlem tamamen geçersizdir¹¹⁴.

BK.m.20/f. c.2'ye göre tarafların farazi iradesinin etkisiyle tam hükümsüzlük sonucunun doğması kuralı mutlak değildir. Bir başka deyişle, sözleşmenin içeriğinin bir kısmının geçerlilik şartlarından bir kısmını ihlal ettiği durumlarda, tarafların da geçersiz kısım olmadan sözleşmenin yapılmayacağı yönündeki farazi iradesinin

¹¹⁰ Farazi irade kavramı ile ilgili açıklamalarımız için bkz: aşa. s.130 vd.

¹¹¹ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 32. Hüseyin HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 574. Yazar, sözleşmenin BK.m.20/f.2 c.2 gereği tam hükümsüz olduğu sonucuna varıldığı takdirde, iade taleplerinin BK.m.65 ile engellenemeyeceği görüşündedir. Zira burada sözleşmenin tamamen geçersizliği kamu yararından değil, ferdin yararı ve isteğinin üstün tutulmasından ileri gelmiştir. Geniş bilgi için bkz: IV. Bölümdeki açıklamalarımız.

¹¹² BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 66. Bölünebilirlik ile ilgili açıklamalarımız için bkz. aşa: s.75 vd.

¹¹³ BGE 112 II 433.

¹¹⁴ Tanja FRICK; **Auswirkungen einer Bestechung auf ein Vertragsverhältnis**, Diss., Zürich, 2004, s. 57-58.

varlığına rağmen, sözleşmenin tamamının değil yalnızca sakat kısmın geçersiz olduğu haller mevcuttur. Tam hükümsüzlüğün uygulanmayacağı halleri bir sonraki başlık altında incelemekle beraber, ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız için bu hallerden biri olan butlan anlaşmasının yapıldığı halleri bu başlık altında inceleme alanı dışında tutuyoruz¹¹⁵. Son olarak ifade etmek gerekir ki; burada bahsi geçen hükümsüzlük hali, elbette ki kesin hükümsüzlüğün özelliklerini barındırır. Bu özellikler bir önceki başlık altında açıklandığı için tekrar burada bahsedilmeyecektir.

b- Tam Hükümsüzlüğün Uygulanmayacağı Haller

(1)- Tam Hükümsüzlüğün İhlal Edilen Normun Koruma Amacına Aykırı Olması Durumu

i. Genel Olarak

Alman Hukuk doktrinde *Burckhardt* tarafından emredici hükümler arasında niteliklerine göre bir ayırım yapılmaktadır¹¹⁶. Bu ayırma göre, bir kısım emredici hükümler doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendiren ve belli bir davranışı ilgililerin iradelerini hiçbir suretle dikkate almaksızın yasaklayan mutlak anlamda emredici hükümlerdir (*örneğin MK.m.23, 92 vb.*). Mutlak emredici nitelikte olmayan ve nisbi emredici hükümler denilen diğer emredici hükümlerle doğrudan doğruya kamu düzeni değil, özel menfaatler korunmaktadır¹¹⁷. Kanun koyucu özellikle iktisadi, sosyal vb. bakımdan zayıf olan (genellikle tüketici, işçi, kiracı vb.) tarafı korumak ve güvence altına almak amacıyla bu tarz hükümleri koymuştur¹¹⁸. Ancak bizce böyle bir ayırma gitmek sakıncalı olabilir. Aslında zayıf tarafı koruma amacı geniş anlamda “ahlak” veya “ekonomik kamu düzeni” başlığı altında değerlendirilebilir. Kaldı ki, bütün emredici hükümler sonuçta kamu düzenini

¹¹⁵ Tarafların sözleşmenin bir kısmının sakat olması halinde, bu kısmın hükümsüzlüğünün sözleşmenin diğer kısımlara etkisini düzenlemek üzere yaptıkları anlaşmaya “butlan anlaşması” denir. Geniş bilgi için bkz.: aşa. s. 149.

¹¹⁶ Walther BURCKHARDT; *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936, s. 176. İsviçre Hukukunda da benzer yönde ayırım için bkz: BUCHER; *a.g.e.*, s. 245; Alfred KOLLER; *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 2. Aufl., Bern, 2006, § 13, Rn. 109.

¹¹⁷ BURCKHARDT; *a.g.e.*, s. 177, 209; Eva Maria BELSER; *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, Freiburg Schweiz, 2000, s. 372.

¹¹⁸ BECKMANN; *a.g.e.*, s. 222-223.

korumaktadır¹¹⁹. Zayıf tarafı koruyan hükümlere aykırılığın yaptırımını doktrinde bazı yazarlar tarafından **nisbi hükümsüzlük** olarak adlandırılmaktadır¹²⁰. Yani korunması amaçlanan kişinin dezavantajına olan sözleşme hükümleri onun lehine olarak hükümsüz kalır (örnek olarak; TTK.m.1116 ve 1264/4; TKHK. m. 6/f.2). Bu çerçevede, lafzından emredici nitelikte olduğu anlaşılmayan hükümleri tespit etmeye yarayan ve BK.m.19/f.2’de belirtilen kişilik hakkı, ahlak, kamu düzeni kavramlarının yanında, zayıf tarafı koruma amacını taşıyan hükümleri de saymaya gerek bulunmamaktadır¹²¹. İçerik sakatlığı sebeplerini incelerken de değineceğimiz üzere aslında, hukukumuzda genel anlamda yasaklayıcı hükümler ve emredici nitelikteki hükümlerin uygulama alanı ve sınırlarına ışık tutan monografik bir çalışmaya ihtiyaç bulunduğunu da ifade etmemiz gerekir.

Konumuza geri dönecek olursak, sözleşmenin bir kısmının, koruma amacına sahip hükümlere aykırı olması nedeniyle sözleşmenin tam hükümsüz sayılması, korunması amaçlanan tarafa emredici nitelikteki hüküm ile tanınan korumadan mahrum kalması sonucunu doğuracaktır¹²². Bu nedenle koruma amacına sahip olan hükümlere aykırılık halinde, ihlal edilen normun anlam ve amacına uygun olarak geçersiz kaydın yerini emredici hükmün alması ve sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulması gerektiği genellikle kabul edilmektedir¹²³. Bu çerçevede, geçersiz sözleşme hükmü başta hiç kabul edilmemiş olsaydı, sözleşme nasıl olsa anılan emredici hukuk

¹¹⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX; **Les Obligations- L’acte Juridique**, Dalloz, Paris, 2002, s. 210. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa: s.99.

¹²⁰ Fahiman TEKİL; “**Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları**”, Prof.Dr. M.Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1094. Fransız Hukukunda başlangıçta geçerli bir şekilde doğup da sonradan sözleşmenin taraflarından birinin ileri sürebildiği hükümsüzlük hali için kullanılan “nisbi etkisizlik (nullité relative- İsviçre-Türk Hukukundaki karşılığı iptal edilebilirlik” kavramının (GÜRAL; **a.g.e.**, s.182), başlangıçtan beri zayıf tarafın aleyhine konulan kaydın hükümsüz olması hali olan “nisbi hükümsüzlük” ile karıştırılmamalıdır. Böyle bir hükümsüzlük kanunda açık olarak da öngörülmüş olabilir. İsviçre Hukukunda bir örnek vermek gerekirse, genel işlem şartları olarak akdedilen kira sözleşmesinde kiracı aleyhine olan kayıtlar geçersizdir (OR Art. 256 Abs.2/a). Nisbi emredici hükümlere aykırılığa tazminat hukukunda şöyle bir sonucun bağlandığını görmekteyiz. Bu hükümlere aykırılık halinde, bu düzenlemelerle korunmak istenen taraf, sözleşmenin geçersizliğinden ötürü diğer yanın uğradığı olumsuz zarardan sorumlu tutulamaz; meğerki korunmak istenen taraf, sözleşmeyi geçersiz kılmak amacıyla nisbi emredici hükümden haberdar olmayan diğer sözleşeni bu yönde hareket etmeye sevkemiş olsun. Mehmet Serkan ERGÜNE; **Olumsuz Zarar**, Beta, İstanbul, 2008, s. 229.

¹²¹ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.74. Yazarlar, zayıf tarafı koruma amacı taşıyan hükümleri BK.m.19/f.2 kapsamında bağımsız ayrı bir sınıf olarak ele almaktadırlar.

¹²² SCHWENZER; **OR AT**, Rn.32.38.

¹²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 536.

kuralı uygulanmak üzere meydana gelecek ve taraflar, bu kanun hükmünün uygulanacağını bilselerdi sözleşmeyi hiç yapmamış olacakları yolunda bir iddia öne süremeyeceklerdi¹²⁴. Bu görüşün bir sonucu olarak, ihlal edilen emredici nitelikteki normun koruma amacına sahip olması halinde, makul ve dürüst sözleşenlerin sözleşmeyi emredici hüküm ile düzeltilmiş haliyle yapmayacakları ya da sözleşmeyi hiç yapmayacakları gibi bir durumun tasavvur edilmesi mümkün olmadığından, tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın kısmi hükümsüzlük yaptırımını (**zorunlu kısmi hükümsüzlük**) uygulanacaktır¹²⁵.

Şimdi, bu tarz hükümlere aykırılığa örnek oluşturması ve dar anlamda tam hükümsüzlüğün daha iyi anlaşılabilmesi için koruma amacına sahip olan emredici hükümlere aykırılık oluşturan hallerden bahsetmekte fayda görüyoruz.

ii. Kanunda Üst Sınırın Tayin Edildiği Haller

Kanunkoyucu; iktisadi, sosyal vb. birtakım sebeplerle bazı işlemler bakımından tam hükümsüzlüğün mutlak şekilde uygulanmasını, genellikle sözleşmenin iktisadi vb. sebeplerle zayıf olan tarafının menfaatlerine uygun düşmeyeceği nedeniyle engellemek istemiştir. Bu hallerde, tarafların farazi iradelerini dikkate alarak tam hükümsüzlüğün uygulanması, üst sınırı koyan ya da hakime caiz olan sınıra indirme görevi veya yetkisi veren emredici nitelikteki hükümlerin koruma amacına aykırı bir sonuç doğurabilir¹²⁶. İşte bu sonucu engellemek maksadıyla kanun koyucu bazı işlemleri, koyduğu en yüksek sınır üzerinden geçerli tutmaya çalışmayı amaçlamaktadır. Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarında terminolojik olarak

¹²⁴ HURLIMANN; **a.g.e.**, s.84-86; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.712. Aksi yönde bkz: KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn.355.

¹²⁵ Alman Hukukunda da ihlal edilen normun sözleşenlerden birini koruma amacının varlığı anlaşılıyorsa, doğrudan kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı kabul edilmektedir. BECKMANN; **a.g.e.**, s. 221. **Canaris**'e göre bu sonuç, "*Kanuni bir yasağı (gesetzliche Verbot) ihlal eden hukuki işlem, kanundan başka bir çözümün benimsendiği anlaşılmadıkça, batıldır*" diyen BGB § 134'nin ikinci cümlesinin yorumundan açıkça ortaya çıkmaktadır. Claus Wilhelm CANARIS; "**Gesamtunwirksamkeit und Teilungültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen**", Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag, Berlin, 1990, s. 530. Bkz aynı yönde: RGZ 146, 116, 118; BGHZ 18, 340, 349; BGH JZ 1962, 369, 370; BGH NJW 1980, 2407, 2408. (BECKMANN; **a.g.e.**, s.221, dn. 28). Bu konuya kısmi hükümsüzlüğün türleri arasında geniş bir şekilde tekrar yer vereceğiz. Bkz: aşa: s. 141 vd.

¹²⁶ SCHWENZER; **OR AT**, Rn.32.38.; KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn.370; Claire JACOBS HUGUENIN; **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR**, Basel, 2003, **Art.19/20 OR**, Rn.55.

geçerliliği koruyan indirim yaptırımı (geltungserhaltende Reduktion) olarak ifade edilen bu yaptırım kanaatimizce düşey kısmi hükümsüzlük türü olup, hukuki niteliği itibariyle *-ihlal edilen normun bünyesinden kaynaklanan istinalar hariç olmak üzere-*¹²⁷ kısmi hükümsüzlüğün özelliklerini barındırmaktadır¹²⁸. Pozitif hukukumuzda bu tarz hükümler arasında en bilinen örnek *TTK.m.1466* hükmüdür¹²⁹. Madde hükmüne göre, kanun koyucu tarafından belirlenen en yüksek sınırın aşıldığı sözleşmeler “en üst sınır (*had*)” üzerinden geçerli sayılacak ve bu sınırdan fazla olarak yapılan edalar iade edilebilecektir. Şu halde madde hükmünün açık emredici lafzı gereği, üst sınırı aşan sözleşmelerde uygulanacak indirim yaptırımında BK.m.20/f.2 c.2’deki tarafların farazi iradelerinin dikkate alınması söz konusu olmayacaktır.

Madde hükmünün uygulama alanı doktrinde tartışmalı olmakla beraber, kanaatimizce *TTK.m.1466* hükmünün ticari işler bakımından doğrudan uygulanmasının yanında, *niteliğine uygun düştüğü ölçüde* adi işler bakımından da kıyasen uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır¹³⁰. Bu kanata ilişkin sebep ve sonuçlara ileriki bölümlerde değinmekle beraber, burada ifade etmeliyiz ki; *TTK.m.1466* hükmünün *ratio legis*inin, bazı adi işler bakımından üst sınır koyan kanun koyucunun koruma amacı ile bağdaşması dolayısıyladır ki; bu amaç, anılan hükmün adi işler bakımından da *kıyasen* uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Üstelik üst sınır koyan normun adi işlere ilişkin bulunması halinde, anılan madde hükmünün adi işler bakımından kıyasen uygulanmasını engelleyecek haklı bir neden bulmak da zordur. Bu konuya

¹²⁷ Bu konuyu da ileride daha detaylı anlatacağımız için, şimdilik bu istisnaya açıklık getirmenin faydalı olduğunu düşünüyoruz. Gayrimenkul satış imkanını hazırlamak veya bunlardan birinin icrasına tasavvut etmek için yapılan tellallık sözleşmesinde kararlaştırılan fahiş ücretin *-borçlunun talebi üzerine-* hakim tarafından adilane bir surette indirilebileceğini öngören BK.m.409 hükmü de indirim müeyyidesinin öngörüldüğü hükümlerden birisidir. Ancak BK.m.409’da *“boçlunun talebi”* arandığı için, hakimin görevinden ötürü re’sen indirim yaptırımını uygulaması söz konusu olmayacaktır. Halbuki hatırlayacağımız üzere, genel olarak kesin hükümsüzlük ve buna bağlı olarak kısmi hükümsüzlük türlerinde hakim önüne gelen olayda, hükümsüzlüğü re’sen göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Sonuç itibariyle, indirimin öngörüldüğü münferit her bir norm birbirinden farklı şartlar öngörebilmektedir.

¹²⁸ Bu konuyla ilgili olarak geniş açıklamalarımız için bkz: aşa. s. 153 vd.

¹²⁹ Hükmün niteliği ve uygulanmasına yönelik geniş bilgi için bkz: aşa. s. 154.

¹³⁰ İsmail DOĞANAY; **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, III. Cilt, 2.b.s., Feryal Matbaası, Ankara, 1990, s.3404. Aksi yönde bkz: Mehmet HELVACI; **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta, 1.b.s., İstanbul, 2000, s. 26.

ileride daha detaylı değinmekle beraber, burada madde hükmünün doğrudan uygulandığı bir örnekle durumu açıklamakla yetineceğiz. TTK. m. 1466 hükmünün, ticari işler bakımından uygulama alanı bulduğu Bankacılık Kanunu'nun 54.maddesinde, bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredinin üst sınırı belirlenmiştir. Madde hükmü gereği, bir bankanın kişi başına kullandırabileceği kredilerin toplamı, istisnalar haricinde bankanın öz kaynağının %25'ini aşamaz. Söz konusu sınırı aşan kredi sözleşmesi TTK.m.1466 hükmü uyarınca, sınırı aştığı oranda indirim tabi olacak, sınırı aşan edim ifa edilmiş ise, iadesi söz konusu olabilecektir.

Kanun tarafından belli sınırların tayin edildiği bütün durumlarda, söz konusu sınırların aşılması halinde BK.m.20/f.2 c.2 dikkate alınmaksızın, TTK.m.1466'nın lafzına bağlı kalarak indirim yaptırımının uygulanması düşünülebilir¹³¹. Zira kanunda üst sınırın tayin edildiği bütün durumlarda, normun koruma amacının varlığından bahsetmek gerekmektedir. Örneğin, paylaşmayı isteme hakkının 10 yıldan fazla süre ile sınırlandırılmayacağına ilişkin MK.m.698/f.2 hükmünde kanunun üst sınır tayin etmesinin amacı, paylı mülkiyetin kendine özgü yapısını, bu yapıda tarafların uzun süreli paylaşmayı isteme hakkını sınırlandırmaları sonucu meydana getirecekleri değişikliğe karşı korumaktır¹³². Yine bu tarz üst sınırın tayin edildiği kanun hükümlerine; taşınmaz yükünün 30 yıldan daha fazla süreli olamayacağı (MK.m.845), tüzel kişilere intifa hakkının en fazla 100 yıl süre ile tanınabileceği (MK.m.797), taksitle satışlarda, tüketici kredi sözleşmelerinde ve kredi kartlarına sözleşmede belirlenen faiz oranının %30'dan fazlasına temerrüt faizi kararlaştırılmayacağına ilişkin (TKHK m. 6/A) hükümler örnek olarak gösterilebilir. Bu hükümlerde kanunun cevaz verdiği sınırların aşılması; emredici hükümlere aykırılık olarak değerlendirilecek ve BK.m.20/f.2 c.2 dikkate alınmaksızın sözleşme üst sınır üzerinden geçerli sayılacaktır¹³³.

Kanunkoyucu tarafından öngörülen üst/alt sınırlardan bir çoğu nisbi emredici nitelikte, bir kısmı da tamamlayıcı hüküm niteliğindedir. Bu konuyu ileride detaylı

¹³¹ Karş: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.220, dn.112; SIMLER; **a.g.e.**, s.10. Burada bahsedilen "indirim yaptırımı"nın hukuki niteliği ile ilgili geniş bilgi için bkz. aşa: s.159 vd.

¹³² Zekeriya KURŞAT; **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, Arıkan, İstanbul, 2008, s.206, dn.172.

¹³³ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 219-220.

bir şekilde inceleyeceğimiz için burada üst sınır içeren hükümler bakımından varılacak çözümü şu şekilde ortaya koymaya çalışacağız: Kanunda üst/alt sınırın tayin edildiği bütün durumlarda, kanun koyucunun üst/alt sınır tayin etmekle belli bir yapıyı veya ekonomik, sosyal vb. yönden zayıf olan belli bir kesimi korumayı hedeflediği açıktır. Bu anlamda üst veya hatta alt sınır getiren hükümler, hukuki ilişkiler bakımından bir düzen işlevi görmektedir. Bu noktada, tarafların üst sınırın tayin edildiği durumlar bakımından sözleşmede herhangi bir sınır tayin etmeyerek sözleşmenin bu kısmını boş bırakmış olmaları ile üst sınırı aşan bir sınır tayin etmeleri durumunu birbirinden ayırt etmek gereklidir. Tarafların herhangi bir süre öngörmediği hallerde, bir sözleşme boşluğundan bahsedilecek olup, hakim bu boşluğu tarafların gerçek ve farazi iradelerini, dürüstlük kuralı ve örf-adet kurallarını dikkate alarak doldurmaya çalışacaktır¹³⁴. Hakim boşluğu doldururken öncelikle tarafların gerçek iradesini (BK.m.18) dikkate alacağı için, üst sınır içerisinde kalan herhangi nicel bir kayıt ile sözleşmeyi tamamlama faaliyetini icra edecektir. Ancak tarafların üst sınırı aşan bir süre ya da meblağ belirlemeleri halinde TTK.m.1466'daki yaptırım uygulanacak ve geçersiz süre ya da meblağ doğrudan emredici ya da tamamlayıcı hükümlerle doldurulacaktır.

Son olarak, zayıf tarafı koruma amacına sahip olmakla birlikte, özellik arz eden bir hükümden bahsetmekte fayda vardır. Bir hizmet sözleşmesinin bir tarafın yaşam süresi ya da 10 yıldan fazla bir süre ile yapılmış olması halinde BK.m.343 hükmü, hükümsüzlük konusunda suskun kalmakla beraber, işçi bakımından bazı imkanlar öngörmektedir¹³⁵. Zira bu halde anılan hükme göre, bir tarafın yaşam süresi ya da 10 yıldan fazla bir süre ile akdedilen hizmet sözleşmesini işçi, her zaman veya bir aylık ihbar müddetine uymak şartıyla tazminat ödemeksizin feshetme hakkına sahiptir. Ancak bu madde hükmünde de özellikle bir üst sürenin öngörülmüş olması, normun koruma amacına uygun olarak işçi lehine bir indirim imkânının bulunduğu da kabul etmeyi gerektirir¹³⁶. Yani, hakim önüne gelen olayda, işçi sözleşmeyi feshetme

¹³⁴ Sanem AKSOY DURSUN; **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, On İki Levha, 1.b.s., İstanbul, 2008, s. 85 vd.

¹³⁵ Uzun süreli sözleşmelerde düşey kısmi hükümsüzlük ile ilgili açıklamalarımız için bkz. a.ş.a.s. 220 vd.

¹³⁶ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 223, dn. 114. Yazar, bu halde indirim yaptırımının etkisini kendiliğinden göstermesini ve 10 yılı aşan kısım için sözleşmenin bağlayıcılığını yitirmesi gerektiğini ifade etmektedir.

yoluna gitmediği sürece, hizmet sözleşmesinin süresini madde hükmünde öngörülen 10 yıla indirecektir. Böyle bir halde ise, TTK.m.1466 hükmünü uygulamak somut olayın niteliğine uygun düşmeyeceği açıkça ortadadır. Ancak bu halde de, BK.m.20/f.2 c.2'den kaynaklanan tam hükümsüzlük işçi sözleşmeyi feshetmediği sürece uygulanmayacaktır.

iii-Sorumsuzluk Anlaşmaları:

İhlal edilen normun koruma amacının bulunduğu durumlardan bir diğeri, ekonomik yönden üstün durumda olanların veya fiili bir tekel durumu arz edenlerin yaptıkları sözleşmelere, tarafların eşitliği ilkesini zedeleyecek şekilde *sorumsuzluk şartları* koymaları halinde söz konusudur¹³⁷. BK. m.99/f.1 hükmü, borçlunun sadece hafif kusuru için sorumsuzluk anlaşması yapmasına izin vermiştir. Gerçekten BK.m.99/f.1'e göre; *“hile veya ağır kusur halinde düçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraatini tazammun eden her şart batıldır”* denmektedir. BK.m. 99 ve 100 hükümlerinin temelinde toplumdaki konumları itibariyle sosyo-ekonomik açıdan zayıf olan tarafı, bu konumu itibariyle güçlü olan tarafa karşı koruma yolunda etik bir ilke yatmaktadır¹³⁸. Hayatın doğal akışı içerisinde hiçbir alacaklı, eğer sözleşmenin zayıf tarafı durumunda değilse, borçlunun kendisine dikte etmeye çalıştığı bu gibi sorumsuzluk kayıtlarını kabul etmez. Bu nedenle sorumsuzluk şartlarının akıbetini düzenleyen emredici hükümlerden olan BK.m.99 ve 100 hükümleri ile, kamu düzenini korumak, sözleşmenin zayıf olan tarafının korunması ve kişinin ekonomik varlığını korumak amaçlanmıştır¹³⁹. Türk- İsviçre hukuk doktrininde özellikle normun koruma amacı temel alınarak savunulan görüşe göre, sorumsuzluk şartı olmadan sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılabilir, sözleşme

¹³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 602.

¹³⁸ Thomas LÖRTSCHER; **Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht**, Diss., Schultess, Zürich, 1977, s.15-16; HONSELL; **Art. 100 OR**, Rn.5.

¹³⁹ Ali ERTEN; **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1997, s.59; 77 vd. Sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşme dışı sorumluluğa etkisi için bkz: Hüseyin HATEMİ; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 2.Cilt, İstanbul, 1994, s. 77 vd. Yazara göre, sözleşme dışı sorumluluk kuralları ile sözleşme sorumluluğu kuralları yarışmakta iseler, malvarlığı zararlarında bu durum “mağdurun zarara zarara rızası” olarak yansırken, beden bütünlüğü zararı verilmiş ise bu durum belli şartlarla hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir; aksi taktirde tazminattan indirim sebebi sayılabilir. Farklı görüşler için bkz: ERTEN; **a.g.e.**, s.131 vd.

tamamen geçersiz sayılmayacaktır¹⁴⁰. Bununla beraber, doktrinde savunulan bir görüşe göre, borçlunun hiçbir kusurundan sorumlu olunmayacağına ilişkin kayıt, - *BK.m.20/f.2 gereği tarafların aksi yöndeki farazi iradeleri dikkate alınmaksızın*- caiz olan sınıra indirim (*geltungserhaltende Reduktion*) yoluyla hafif kusur olarak düzeltilerek geçerli sayılacaktır¹⁴¹. Aksi kabul edildiği takdirde borçlu, kanunun ağır kusur halinde sorumsuzluk şartını batıl sayan hükmünden dolayı bir şekilde yararlanarak, sözleşmenin tam hükümsüzlüğü sebebiyle sorumsuzluğa ulaşmış olacaktır. Bu hükme aykırı olarak, borçlunun kast veya ağır kusurundan sorumlu olmayacağı tarzında konulan kaydın, BK.m.20/f.2 c.2 dikkate alınmaksızın hükümsüz olacağı kabul edilmektedir¹⁴².

Aynı şekilde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen BK.m.100/f.2'ye göre, bu kişilerin ağır kusurundan sorumlu olmayacakları kararlaştırılabilir¹⁴³. Ancak bu kuralın istisnası olan üçüncü fıkraya göre, alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle

¹⁴⁰ Von TUHR/ESCHER; **a.g.e.**, s. 119; LÖRTSCHER; **a.g.e.**, s. 161; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.710-714; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 360; TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP; **a.g.e.**, s. 885-886; ERTEN; **a.g.e.**, s. 274; EREN; **a.g.e.**, s. 306; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 155-156.

¹⁴¹ Ingeborg SCHWENZER; “**Beschränkung und Modifikationen der vertraglichen Haftung**”, Alfred Koller –Haftung aus Vertrag, Verlag Institut für Versicherungswirtschaft, St.Gallen, 1998, s. 121; HONSELL; **Art.20 OR**, Rn.19; **Art. 100 OR**, Rn.7; Andreas ABEGG; **Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts**, Schultess, Freiburg Schweiz, 2004, s. 152; SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 24.08; HONSELL/VOGT/WIEGAND; **Art. 100 OR**, Rn.4; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 360; GIGER; **a.g.e.**, s. 32-33; STAUDINGERS; **§ 139 BGB**; Rn. 14; SIMLER; **a.g.e.**, s. 105-106. Salt hafif kusurdan sorumsuzluk şartının ikame edilmesi doğrudan doğruya yasak koyan normun sonucudur ve uygun farazi taraf iradesi, sözleşme kaydının hafif kusurdan sorumsuzluk şartı olarak düzeltilmesi için şart değildir. HONSELL; **Art.20 OR**, Rn.19. Alman Hukukunda da benzer bir eğilim GİŞ bakımından sorumluluğun aykırı şekilde sınırlandırılmış olması halinde görülmektedir. Söz konusu kaydın geçersizliğini tespit ettikten sonra, geçersiz kaydı sözleşmeye koyarak belli bir risk almış olan kullanıcının (*Vertreter*) farazi iradesinin hesaba katılmayarak, emredici hukuk kuralında yer alan “hafif kusur” sınırının ikame edilmesi savunulmaktadır. Bu görüşe göre, “kast veya ağır kusurdan sorumsuzluk” kaydı, objektif tamamlayıcı yorum yardımıyla “hafif kusur”dan sorumsuzluk şeklinde düzeltilerek sözleşmenin geçerliliği sağlanabilir. CANARIS; **a.g.m.**, s.546 vd. Benzer yönde mahkeme kararı için bkz: OLG Köln NJW-RR 2001, 1302. Genel işlem şartlarında kullanılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği meselesine ilişkin tartışmalar için bkz: Hein KÖTZ; “**Zur Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln**”, NJW 2.Hb., 1984, s. 2447 vd.; Herbert ROTH; **Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1994, s.59. Avusturya Hukukunda da aynı çözüm benimsenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: BECKMANN; **a.g.e.**, s.101; ERTEN; **a.g.e.**, s. 213.

¹⁴² ERTEN; **a.g.e.**, s.274 ve özellikle dn.157.

¹⁴³ Asıl müteahhidin vaat ettiği edimi yerine getirirken taşeron görevlendirmesi halinde, bu taşeronun fiillerinden sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz: Halil AKKANAT; **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 169 vd.

verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa, borçlu bu kişilerin sadece hafif kusurundan kendisini muaf tutabilir. Bu şartlar altında, yardımcı kişilerin hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağına dair sözleşme kaydı hükümsüz olacak ve böyle bir kayıt yalnızca hafif kusurdan sorumluluğu bertaraf etmek üzere hüküm ifade edecektir.

Genel hükümlerden yola çıkarak yaptığımız bu açıklamalar, zapta ve ayıba karşı tekeffüle ilişkin BK.m.189/f.3 ve m.196, artırma yoluyla satıma ilişkin m.230/f.3, otelcinin sorumluluğuna ilişkin m.480, taşıma akitlerinde taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin TTK.m.766 ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.111 gibi özel hükümler bakımından da geçerli olacaktır¹⁴⁴.

Alman Hukukunda BGB § 276'ya göre borçlunun ağır ihmali için de sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesine rağmen, Avusturya Hukukunda gerek borçlunun gerekse yardımcı kişinin kast ve ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapılması kesin olarak yasaklanmıştır¹⁴⁵.

iv. Lex Commisoria Yasağına Aykırılık

Taşınır ve taşınmaz rehinlerinde, teminat altına alınmış alacağın muacceliyetinden önce, rehin veren ile rehin alacaklısı arasında, rehinle teminat altına alınan borcun vadesinde ödenmemesi halinde rehin konusu eşyanın mülkiyetinin rehin alacaklısına devredileceğine dair sözleşme, *lex commisoria*

¹⁴⁴ Taşıma sözleşmelerine taşıyıcının hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair konulan kayıtlar TTK.m.766 gereğince hükümsüzdür. Karayolları Trafik Kanunu'nun 111.maddesinde "bu kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersiz" olduğu esasına yer verilmiştir. Satıcının üçüncü şahsa ait olan hakkı bilerek gizlediği hallerde, sorumluluğunu sınırlama ya da kaldırma yolundaki sözleşme hükmü BK.m.189/f.3 gereğince hükümsüzdür. Yine satıcının, satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlediği satımda tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme hükümleri BK.m.196 gereğince hükümsüzdür. Adi satımda tekeffüle ilişkin bu hükümlerin artırma yoluyla satımda da uygulanacağını söyleyen BK.m.230'a göre, ihtiyari veya aleni müzayedelerde, hilenin bulunduğu hallerde sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran sözleşme kaydı hükümsüzdür. Otelcinin, yolcuların eşyalarının telef olmasından veya hasara uğramasından dolayı BK.m.478 vd. devamı maddeler gereği, otelcinin sorumluluğunu kaldıran sözleşme kaydı hükümsüzdür (BK.m.480).

¹⁴⁵ Genel işlem şartları kullanılarak yapılan kira sözleşmelerinde kiraya verenin ağır kusurundan sorumluluğunu kaldıran kayıtlar, kiracının durumunu ağırlaştırıcı olduğundan BGB § 307 karşısında geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Siegbert LAMMEL; "Unwirksamkeit von Klauseln zur Freizeichnung des Vermieters von der Haftung für Schäden durch Mängel der Mietsache", LMK-H, 6/2002, Nr.47; Willi E. JOACHIM; "Mietrechtliche Haftungsausschluss- und -begrenzungsvereinbarungen nach der Schuldrechtsreform", WM 2003, s. 183; JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 15 vd.; DITTRICH/TADES; § 879 ABGB, E.345 vd. Yazarlara göre, sözleşme dışı sorumluluk ile sözleşme sorumluluğu yarışma halinde ise, yapılan hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşması beden bütünlüğü zararları söz konusu olduğunda geçersiz olacaktır.

(*Verfallklausel, Verwirkungsklausel*) yasağını düzenleyen emredici nitelikteki MK.m.873/f.2 aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır. Ancak *lex commisoria* yasağına aykırı bir kayıt içeren sözleşmeler bakımından da kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceği yaygın olarak kabul edilmekle beraber, BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tam hükümsüzlük yönünde tarafların farazi iradelerine başvurulup başvurulamayacağı hususu tartışmalıdır¹⁴⁶.

Bazı yazarlar, tarafların *lex commisoria* anlaşmasını rehin sözleşmesi ile aynı anda yapmaları halinde, bu anlaşmanın rehinli alacaklı için rehin sözleşmesinin *olmazsa olmaz* koşulu olabileceği için, bu gibi hallerde rehin sözleşmesinin tamamının hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, *lex commisoria* anlaşmasının rehin sözleşmesinden sonra yapıldığı hallerde, sadece söz konusu anlaşmanın geçersiz, geri kalan kısmın ise geçerliliğini koruyacağını ileri sürmektedirler¹⁴⁷.

Bir diğer görüşe göre de, rehin sözleşmesinin sadece yasağı ihlal eden kayıt tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın hükümsüz olacaktır. Bu durumda bir nevi “**zorunlu kısmi hükümsüzlük**” söz konusudur¹⁴⁸. Bu görüşün gerekçesi olarak, *lex commisoria* yasağını öngören hükümlerin *ratio legis*inin, borçluyu koruma amacına dayanması gösterilmektedir.

Kanaatimizce de, *lex commisoria* kaydı içeren sözleşmelerde sözleşmenin farazi iradeleri dikkate alınmaksızın sadece kaydın geçersiz sayılarak, sözleşmenin geri kalanının geçerliliğini koruyacağını kabul etmek normun koruma amacının gereğidir. Zira, *lex commisoria* yasağını tesis eden emredici normun *ratio legis*

¹⁴⁶ İlhan HELVACI; **Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commisoria Yasağı**, Alfa, İstanbul, 1997, s. 102 vd; İlhan HELVACI; **Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, On İki Levha, İstanbul, 2008, s. 265, dn.8.

¹⁴⁷ HELVACI; **Lex Commisoria**, s. 106-107, ve özellikle dn.291’de anılan yazarlar. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 127, dn. 119. *Lex commisoria* yasağına aykırı kayıt, taraflar açısından belirleyici ve yöneltici bir unsur taşıdığı taktirde, rehin sözleşmesinin tamamen hükümsüz olacağına ilişkin Fransız Yüksek Mahkemesi kararı için bkz: Cass. Civ. 1ère, 16.03.1983, Bull.civ., I.n.100. Fransız Hukukundaki görüşler için bkz: HELVACI; **Lex Commisoria**, s. 35, dn.101’de anılan yazarlar.

¹⁴⁸ Alman Hukukunda bkz: JAUERNIG; § 1229 BGB, Rn. 1; SOERGEL/HEFERMEHL; § 1229 BGB, Rn. 2. İsviçre Hukukunda aynı yönde bkz: Negib GIHA; **Le Pacte Comissoire**, Ses Rapports Avec le Droit de Gage et Les Notions Juridique Voisines: Pactum ex Intervallo, Genève, 1947, s. 93. Haluk TANDOĞAN; **La Nullité, L’annulation et la Résiliation Partielles des Contrats**; Thèse, Genève, 1952, s. 197. Fransız Hukukunda aynı yönde bkz: GOUT; **a.g.e.**, s. 407-408. Türk Hukukunda aynı yönde bkz: EREN; **a.g.e.**, s. 305; REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 135; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 601; Burcu KALKAN; **Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 155.

olarak birden çok neden saymak mümkündür. Ancak bunlardan en önemlisi, rehin ilişkisinde ekonomik olarak güçsüz olan borçluyu, sömürülme tehlikesine karşı korumaktır¹⁴⁹. Alacaklının faizde indirim yapma ya da alacağın vadesini uzatma gibi vaadlerde bulunma ihtimali düşünüldüğünde, bu tehlike rehin sözleşmesi kurulduktan sonra da ek anlaşmalar yapma ihtimalleri ile devam etmektedir. Rehin sözleşmesi yapıldıktan sonra yapılan *lex commisorica* anlaşmasının, rehinli alacaklı bakımından *condicio sine qua non* unsur teşkil ettiği gerekçesiyle sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması, normun koruduğu rehin veren açısından haksız bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Sonuç olarak, her iki halde de, normun koruma amacına uygun olarak BK.m.20/f.2 c.2'deki tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak tam hükümsüzlüğün uygulanamayacağını düşünmekteyiz.

(2)- Tam Hükümsüzlüğün Kısmen Engellenebildiği Haller:

i-BK.m.20/f.2'nin batıl kısımdan zarar gören tarafı koruma amacı

İsviçre Federal Mahkemesi¹⁵⁰ ve doktrinde çoğunluk görüşüne göre¹⁵¹ kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen BK.m.20/f.2 hükmü, kısmi hükümsüzlükten zarar gören tarafı korumak üzere kanuna konulmuş bir hükümdür. Öyle ki, bazı hallerde, BK.m.20/f.2'nin amacına uygun daraltılarak (*teleologische Reduktion*) uygulanması ile kısmi hükümsüzlükten zarar gören tarafın korunması sağlanabilir. Bu sebeple, sözleşmenin kısmen hükümsüzlüğünden zarar gören tarafın, kısmi hükümsüzlük dolayısı ile ayakta tutulan sözleşme ile bağlı kalmayı kabul etmesi halinde, hakim artık sözleşmenin tümü ile hükümsüz olduğuna karar veremez¹⁵². Örnek olarak A, B'ye piyasa değeri 900.000 TL olan bir malı 1.000.000 TL'den satmıştır. Bu görüşe göre hakim, A'nın B'ye sattığı malın bedelinde 100.000 TL indirim yapmaya hazır olduğunu beyan etmesi halinde, hakim artık tam hükümsüzlüğe karar

¹⁴⁹ HELVACI; *Lex Commisoria*, s. 72 vd.

¹⁵⁰ BGE 80 II 335; 81 II 622; 107 II 423; 109 II 244.

¹⁵¹ KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 326, 369; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 701; EREN; **a.g.e.**, s. 303; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 99.

¹⁵² HUGUENIN; **Art. 20 OR**, Rn.64; Claire HUGUENIN; **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel**, Diss., Bern, 1984, s. 45; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 701; K. SPIRO, "Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?", ZBJV 88/1952, s. 462.

veremeyecektir¹⁵³. Böyle bir durumda, kısmi hükümsüzlükten yararlananın, bir başka deyişle kısmi hükümsüzlüğün lehine olduğu tarafın “*kısmi hükümsüzlüğü bilseydim sözleşmeyi hiç yapmazdım*” şeklindeki iddiası dikkate alınmayacaktır. Burada aslında bir anlamda “**nisbi hükümsüzlük**” (*Relativierte Geltung der Teilnichtigkeit*) kurumu da akla gelebilir¹⁵⁴. Şöyle ki, böyle bir koruma amacı olmasaydı; batıl kısımdan zarar gören taraf sözleşme ilişkisine devam etmek isteseydi dahi, karşı tarafın tam hükümsüzlük yönündeki talebi doğrultusunda sözleşme tamamen geçersiz hale gelecekti. Ancak anılan maddenin koruma amacı gereği karşı tarafın farazi iradesi hesaba katılmayacak, sözleşmenin geçerli bir hüküm ile devam edip edemeyeceği korunan kişinin insiyatifinde olacaktır. Böylece BK.m.20/f.2 ile korunan kişinin yararlanabileceği ve yalnız bu tarafın kullanabileceği nisbi hükümsüzlük hakkının varlığından bahsetmek mümkündür. Ancak BK.m.20/f.2’nin koruma amacını dikkate alarak sonuca varmak, yalnızca hakkında özel koruma amacına sahip hüküm bulunmayan durumlarda mümkün olmalıdır. Örneğin bileşik faizi yasaklayan emredici nitelikteki BK.m.308/f.3 ve TK.m.8/f.2 hükümleri ile korunan taraf (*örneğin ödünç alan*) ile batıl kısımdan zarar gören taraf (*örneğin ödünç veren*) aynı değildir¹⁵⁵. Bu hükümler ile korunan sözleşmenin zayıf tarafı aleyhine, kısmi hükümsüzlükten zarar gören diğer tarafın tam hükümsüzlük talebi dikkate alınmayacaktır. İhlal edilen normun koruma amacına karşılık BK.m.20/f.2’nin koruma amacından yola çıksaydık şöyle bir sonuca varacaktık: kısmi hükümsüzlükten zarar gören taraf “*sözleşmeyi hukuka aykırı kayıt olmaksızın*” akdedeceğini bildirirse, karşı tarafın tam hükümsüzlük iddiası dikkate alınmayacaktı. Bir başka ifadeyle, kısmi hükümsüzlükten zarar gören taraf “*sözleşmeyi hukuka aykırı kayıt olmaksızın*” akdedeceğini iletmez ise, sözleşme tam hükümsüz olmaktan kurtulamayacaktır. Böyle bir sonuç ise ihlal edilen normun özel koruma amacına aykırı olacaktır.

İsviçre Hukukunda nisbi hükümsüzlük ile ulaşılan sonuca farklı bir açıklama ile ulaşan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, kısmi hükümsüzlükten zarar

¹⁵³ Örnek için bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 99; başka bir örnek için bkz: KRAMER; **Art. 19-20 OR**, Rn.368.

¹⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 701; Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 228. BGE 107 II 417, 423; 109 II 239, 244. Kavram için bkz: BECKMANN; **a.g.e.**, s. 107.

¹⁵⁵ Bkz: a.ş.a.s. 150’daki açıklamalarımız.

gören taraf aleyhine diğer tarafın tam hükümsüzlük talebinin engellenmesi ancak MK.m.2/f.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı ile mümkün olabilir¹⁵⁶. Bu konuda Alman Hukukunda “*mağduru ahlaka aykırı davranışlardan veya ekonomik olarak güçsüz olması dolayısıyla sömürülmesinden korumak*” amacıyla, BGB § 139 Abs.2’nin uygulanmasına öncelik tanınarak, “söz konusu ahlaka aykırı kaydın varlığından olumsuz şekilde etkilenen tarafın farazi iradesi”nin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁷. **Kriechbaum**’un da haklı olarak belirttiği gibi, özellikle ahlaka aykırı kayıt içeren sözleşmeye, tamamen ahlaka aykırı bir sözleşme olarak bakılmamalı ve bu ihtimalde ahlaka aykırı kayıttan olumsuz etkilenen tarafı korumak amacıyla kısmi hükümsüzlüğün uygulanması düşünülmelidir. Sözleşmede ahlaka aykırı kaydın varlığının tespit edildiği hallerde, ahlaka aykırı kaydın tam hükümsüzlüğe sebep olması ihtimalinden dolayı sözleşmeye olan menfaatini kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya olan tarafın korunması ve yalnızca bu tarafın farazi iradesinin dikkate alınması gerektiği de savunulmaktadır¹⁵⁸. Zira “*ahlaka aykırı bir şart, kendi yararına konulmuş olan tarafı korumaz*” ilkesi tam da buna işaret etmektedir¹⁵⁹. Buradaki hukuki koruma, kendi lehine ahlaka aykırı konulmuş olan tarafın tam hükümsüzlük iddiasının “hakkın kötüye kullanılması” itirazı ile engellenebilmesinde kendisini göstermektedir.

Alman Hukuk doktrinde de BGB § 139 uyarınca tam hükümsüzlüğün uygulanmasının, dürüstlük ve doğruluk kuralı (*Treu und Glauben*) yardımıyla sınırlanabileceğini savunanlar bulunmaktadır¹⁶⁰. Uygulamada da Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin tarafların farazi iradelerini hesaba katmaksızın kısmi hükümsüzlüğe hükmettiği kararların birinde, bir kaydın geçersizliğinin taraflardan birinin lehine olduğu durumlarda, karşı tarafın zararına olarak tam hükümsüzlüğü talep eden diğer

¹⁵⁶ GIGER; **a.g.e.**, s. 92-94; LAMP; **a.g.e.**, s. 122; HONSELL/VOGT/WIEGAND; **Art.19/20 OR**, Rn.64; HUGUENIN; **Art. 19/20 OR**, Rn.64; GUHL/MERZ/KOLLER; **OR AT**, § 7, s.43-44.

¹⁵⁷ KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 58, 63. Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin 1909 yılında kooperatif ile üye arasında yapılan sözleşmede kanuni sınırnın üstünde bir fesih süresi belirlendiği için sözleşmenin tam hükümsüzlüğüne yönelik verdiği kararın eleştirisi için bkz: KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 63.

¹⁵⁸ KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s.74.

¹⁵⁹ BECKMANN; **a.g.e.**, s. 232-233.

¹⁶⁰ BECKMANN; **a.g.e.**, s. 215-216; SOERGEL/HEFERMEHL; § 139 BGB, Rn. 34; LARENZ/WOLF; **AT § 45**, Rn. 26.

tarafın bu talebini dürüstlük ve doğruluk kuralına aykırı bulmuştur¹⁶¹. Mahkeme 1983 tarihli bir kararında da şöyle demektedir: “Sözleşmenin kısmi olarak geçersizliğinin taraflardan biri lehine olduğu durumlarda, karşı taraf kendi borçlarından kurtulmak amacıyla § 139’a dayanarak tam hükümsüzlüğü talep etmesi halinde, diğer taraf kötü niyet itirazında bulunarak tam hükümsüzlüğü engelleyebilir”¹⁶². Doğruluk ve dürüstlük kuralının yardımıyla geliştirilen bu anlayış, doktrinde *kişinin korunması amaçlı bakış açısı (personalistisch orientierten Schutzzweckgesichtspunkt)* olarak ifade edilmiş ve büyük kabul görmüştür¹⁶³.

Türk Hukukunda bu duruma çeşitli örnekler vermek mümkündür. Örneğin, bir ödünç akdinde, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un¹⁶⁴ 3.maddesindeki “Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez” hükmüne aykırı şekilde bir kayıt yer alıyorsa, burada kısmi hükümsüzlükten zarar gören taraf aleyhine, sözleşmedeki borçlarından kurtulmak maksadıyla karşı tarafın tam hükümsüzlüğü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile engellenebilmelidir¹⁶⁵. Zira söz konusu bileşik faiz kaydı olmaksızın da sözleşmenin geri kalanının geçerliliğini koruyacağı ve sözleşmenin bileşik faiz kaydı bakımından bölünebilir olduğu muhakkaktır. Sözleşmenin bir kısmındaki hükümsüzlüğün sözleşmenin esaslı olmayan unsuruna ilişkin olması ve sözleşmeden çıkarıp ayrılabilir niteliğe sahip olmasının yanında, bu kısmın emredici bir hukuk

¹⁶¹ RGZ 121, 80, 84; BGH NJW 1967, 245; BECKMANN; **a.g.e.**, s. 219.

¹⁶² Yüksek Mahkeme BGB § 139 hükmünü, normun koruma amacı ile sınırlandırarak uygulamaktadır. BGH NJW 1983, s.267, 268. Rekabet yasağına ilişkin kayıtlar ile ilgili olarak bkz: RGZ 146, 116,118; BGHZ 18, 340, 349.

¹⁶³ BECKMANN; **a.g.e.**, s. 218- 220 vd; JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 13; LARENZ/WOLF; § 44, Rn.40; SOERGEL/HEFERMEHL; § 139 BGB, Rn.46; Peter ULMER; “Offene Fragen zu § 139 BGB”, Festschrift für Ernst Steindorf zum 70.Geburtstag, Berlin, 1990, s. 799, 811. BGH NJW 1967; 245; BGHZ 112, 288, 295.

¹⁶⁴ RG. T.19.12.1984. S.18610.

¹⁶⁵ **Başpınar**, geçersizliğin taraflardan yalnız birine ilişkin olması halinde, bu tarafın tam hükümsüzlük yönündeki iddiasının dikkate alınamayacağını belirtmiştir. Yazar örnek olarak, 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 3182 sayılı Bankalar Kanununun, bankaların mevduata peşin faiz alamayacağını söyleyen m.37/f.3’e göre aykırı olan sözleşme kaydı olmaksızın da sözleşmenin geçerli şekilde ayakta kalmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 26-27. Yazarın verdiği örnekte, emredici hükme aykırı olup da sözleşmenin tali nitelikteki bir unsuruna ilişkin olan kaydın geçersizliğinden sonra söz konusu kaydın lehine konulduğu tarafın tam hükümsüzlük iddiası, kanaatimizce de hakkın kötüye kullanılması yoluyla engellenebilmelidir.

kuralına aykırı olması sebebiyle zorunlu basit kısmi hükümsüzlük söz konusu olacaktır¹⁶⁶.

ii. Genel İşlem Şartlarında:

Günümüzde bankacılık, sigortacılık ve taşıma işleri olmak üzere pek çok alanda, aynı konuya ilişkin olarak pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmenin şartları standardizasyon gibi amaçlarla önceden tek taraflı hazırlanarak ve herhangi bir müzakere imkânı kalmaksızın karşı tarafın önüne konulmaktadır. Genel işlem şartları (*GİŞ*) adı verilen ve genellikle banka veya işletmelerin müşterileri arasında sözleşmenin içeriğine dahil edilerek kullanılan şartların içerik denetimi sonucu ortaya çıkabilecek kısmi hükümsüzlük ihtimalinde BK.m.20/f.2 c.2'nin uygulanıp uygulanamayacağı meselesi önem arz etmektedir¹⁶⁷.

¹⁶⁶ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 197.

¹⁶⁷ Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediğini tespit etmek için yapılan denetime “*yürürlük denetimi*” denir. Yeşim ATAMER; **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2.b.s., Beta, İstanbul, 2001, s. 81. Ömer ÇINAR; **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, On iki Levha, İstanbul, 2009, s. 67. GİŞ, ya işletmenin gereği gibi bunlara atıf yapmaması ve müşteriye bunların içeriğini öğrenme imkanı vermemesi nedeniyle ya da içinden sadece bazı hükümler beklenmeyen hüküm olarak nitelendirildiği için sözleşme kapsamında kabul edilmeyecektir. Doktrinde yürürlük denetimi sonucunda genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olamaması hallerinin hiçbirinde BK.m.20/f.2'nin uygulama alanı bulamayacağı, zira henüz ortada tamamlanmaya muhtaç bir sözleşmenin bulunduğu kabul edilmektedir. ATAMER; **a.g.e.**, s. 120. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısında bu konuda farklı bir çözüm getirilmiştir. Şöyle ki; Tasarının 21.maddesinde, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmenin kurulması aşamasında bu koşulların varlığı hakkında bilgi verilmediği, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlanmadığı ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmediği durumda genel işlem koşullarının **yazılmamış sayılacağı** hükme bağlanmıştır. Burada sözü edilen yazılmamış sayılma ifadesi, tıpkı BGB § 306'daki “bağlayıcı olmama” ifadesi gibi doktrinde kesin hükümsüzlük olarak anlamayı gerektirmektedir. Zira dış dünyada hukuken görünür hale gelen kayıtları yok saymak hükümsüzlük sistemimize yabancıdır. **Atamer**, BGB § 306'nın sadece yürürlük denetimi hali için uygulandığını ve hükümde geçen ve hakim “karşı tarafın menfaatine aykırı” GİŞ'leri denetlemesinin yürürlük denetimini öngören bu madde kapsamında yer almaması gerektiği görüşündedir. Bkz: Yeşim ATAMER; **“Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”**, HPD, S.06, Mayıs 2006, 15. Tasarının, yürürlük denetimi sonrasında kesin hükümsüz hale gelen genel işlem şartlarına rağmen, sözleşmenin geri kalanının akıbetini düzenleyen 22.maddesinde ise “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez*” denilmektedir. Bu maddenin gerekçesinde ise “*...sözleşmeyi düzenleyen Tasarı'nın 27.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanmasa önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur*” ifadelerine yer verilerek, yalnızca mağdur olan tarafa kısmi hükümsüzlük yerine tam hükümsüzlük yoluna gidilme imkânı tanınmıştır. Tasarıdan sonra **Atamer** böyle bir düzenlemeye gerek olmadığını, zira ortada kısmi hükümsüzlük sorunu değil, sözleşmeyi tamamlama sorunu olduğunu tekrar savunmuştur. ATAMER; **a.g.m.**, s. 16. Bu konuya ilişkin Alman Hukukunda hem yürürlük hem de içerik denetiminde uygulama alanına

Bu anlamda bahsedeceğimiz kısmi hükümsüzlük ihtimali özellikle tüketicilerle yapılan gerek bireysel sözleşmeler gerekse de genel işlem şartlarında yer alan “*haksız şart*”ların akıbeti konusunda ön plana çıkmaktadır¹⁶⁸. Sözleşmede yer alan bir kayıt, şartları olduğu takdirde “haksız şart” olarak nitelendirildikten sonra¹⁶⁹ uygulanacak yaptırımın niteliği hususu önem arz etmektedir. Hatırlanacağı üzere, TKHK’da 4822 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile beraber tüketicileri tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlara karşı korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu koruma sayesinde harekete geçecek olan tüketici, “ahlaka aykırılık”, “kişilik hakkına aykırılık” gibi kavramlara başvurmaksızın *–adı geçen kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça– haksız şart* denetimi çerçevesinde söz konusu şartın hükümsüzlüğünü sağlama imkânını elde etmiştir¹⁷⁰.

Bu hususta 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)’ nun 2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olan 6.maddesinin ilk fıkrasında “*haksız şart*”a ilişkin çerçeve bir tanım verildikten sonra¹⁷¹, haksız şartın akıbeti ile

sahip olan BGB § 306 hükmü bakımından yürürlük denetimi sonrasında da sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulması prensibi benimsenmiştir. Bu amaçla doktrinde çoğu zaman özellikle tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde hakimın yürürlük denetimi bakımından da tüketici lehine geçerliliği koruyan indirim (*geltungserhaltende Reduktion*) yaparak sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutması önerilmiştir (ROTH; **a.g.e.**, s. 41). Alman Yüksek Mahkemesi’nin böyle bir uygulamayı bireysel sözleşmeler (BGH NJW 98, 2286, BGH 124, 262) ve tacirler arasındaki sözleşmeler (BGH NJW 96,1407) bakımından reddederken, tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler (BGH 143, 119) bakımından uygulanabileceğini ifade etmiştir. Ancak böyle bir uygulamanın içerik denetimi sonucunu doğurabileceği tehlikesinden hareketle doktrinde haklı olarak genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olmaması durumu için sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin BGB § 305 hükmüne yollama yapılmaktadır. JAUERNIG; **§ 306 BGB**, Rn. 2. Rolf KASSELMANN; **Salvatorische Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Diss., Münster, 1986, s. 6. Yazar geçerliliği koruyan indirim imkanının, sözleşme içeriği haline gelememiş şartlar bakımından uygulanması görüşündedir. Zira indirim yaptırımının uygulanması, tamamlayıcı yorumun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. BGB § 139’un kıyasen uygulanmasıyla ulaşılan indirim yaptırımının uygulanması aslında, söz konusu madde hükmünün bir yorum kuralı olmasından kaynaklanmaktadır. KASSELMANN; **a.g.e.**, s. 16, 19. **Canaris**’e göre tamamlayıcı yorum kuralının, geçerliliği koruyan indirim ya da sınırlama yaptırımı sonucunu verecek dolaylı bir yol olarak telakki edilmesi yanlıştır. Bu husus söz konusu yaptırımın, bir sözleşme kaydının hükümsüz kalması üzerine doğan bir ihtiyaçtan kaynaklandığını kabul etmekle kolay anlaşılır. CANARIS; **a.g.m.**, s.549-551.

¹⁶⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 240-241.

¹⁶⁹ Sözleşmede yer alan bir kaydın hangi kriterlere göre haksız şart olarak nitelendirileceğine ilişkin geniş açıklamalar için bkz: ÇINAR; **a.g.e.**, s. 143 vd. 143 vd.

¹⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s.563.

¹⁷¹ Haksız şarta ilişkin TKHK.m.6’nın verdiği tarif şöyledir: “*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır*”. Yönergede ve Yönetmelikte ek bir liste ile haksız

ilgili olarak ikinci fıkrada “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir*” denilmektedir¹⁷². 2003 tarihli “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”¹⁷³’in 7.maddesinde de “*Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur*” denilmektedir¹⁷⁴. TBMM Adalet Komisyonu’nun 25.12.2008 karar tarihli ve 1/499 Esas numarası ile hazırladığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın¹⁷⁵ 25.maddesinde “*Genel işlem koşullarına, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı hükümler konulamaz*” denilmekle beraber, içerik denetimi sonucunda yaptırımın ne olacağı belirtilmemiştir¹⁷⁶.

Yönetmelik’te haksız şart sayılan sözleşme kaydının kesin olarak hükümsüz olduğu ve bu geçersizlik sonrasında sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı düzenlenmiş olmasına karşın, sözleşmenin tamamen hükümsüz kalması sonucunun doğması için *sözleşmenin ayakta tutulamaması* kriteri arandığı görülmektedir. Bu ifadenin esasen Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen 93/13 sayılı *Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Yönerge*¹⁷⁷’nin 6.maddesi ile de uyum içerisinde olduğunu belirtmek gerekir. Madde

şart olarak nitelendirilebilecek bazı şartlar yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere sayılmıştır. Haksız şartın unsurlarına ilişkin geniş bilgi için bkz: ÇINAR; **a.g.e.**, s. 24, 201 vd.

¹⁷² Madde hükmündeki “*tüketici için bağlayıcı değildir*” ifadesi, tek yanlı bağlamazlık olduğu izlenimi uyandırır da, esasında burada ifade edilmek istenen kısmi hükümsüzlüktür. ÇINAR; **a.g.e.**, s. 185; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 252.

¹⁷³ RG.13.6.2003, S.25137.

¹⁷⁴ Hükümde geçen “yok sayılan” ifadesi Alman Hukukunda ifade ettiği anlamıyla “kesin hükümsüzlük” yaptırımı olarak anlaşılmalıdır. PALANDT/HEINRICH; § 306 BGB, Rn.1-2; JAUERNIG; § 306 BGB, Rn.2-6; BECKMANN; **a.g.e.**, s. 349.

¹⁷⁵ Bkz: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=60358

¹⁷⁶ BGB § 306 hem yürürlük hem de içerik denetimlerinin hukuki sonuçları düzenlenmiş ve her iki denetim sonucunda da haksız kaydın geçersizliğine rağmen sözleşmenin geri kalan hükümlerinin kural olarak geçerli olacağı kabul edilmiştir. JAUERNIG; § 306 BGB, Rn. 6. BGB § 306 Abs.3 hükmünde, “*Art.1- Genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dahil olamamışsa veya hükümsüz ise, sözleşme kalan muhtevası ile devam eder.Art.2- Genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü veya sözleşmeye dahil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir. Art.3- İkinci fıkrada öngörüldüğü biçimde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir*” denilmektedir.

¹⁷⁷ (Council Directive on unfair terms in consumer contracts). Official Journal 1993 L 095/29. Bundan sonra Yönerge olarak kısaltılacaktır.

hükmüne göre “Üye devletler ayrıca, kötüye kullanılabilir kayıtlar olmaksızın sözleşmenin ayakta tutulması mümkünse, iki taraf için de aynı şartlarla bağlayıcılığını sürdürmesini öngörürler”. Haksız şartların hükümsüzlüğünden sonra sözleşmenin geri kalanın geçerliliğini koruması için “sözleşmenin ayakta tutulabilmesi” kriterinin tam olarak neyi ifade ettiği hususuna kanun koyucu açıklık getirmemiştir. Burada madde hükmünün Borçlar Kanunundaki yerini dikkate alarak, BK.m.20/f.2’nin kıyasen uygulanabileceğini düşünürsek, sözleşmenin geri kalanının ayakta kalabilmesi için tarafların farazi iradelerine başvurmak gerekecektir. Ancak böyle bir çözümün TKHK’nun tüketiciyi koruma amacı ile bağdaşmayacağı da ortadadır¹⁷⁸. İşte bu noktada TKHK ile Yönetmelik arasındaki fark dikkat çekicidir. TKHK.m.6’da bu şartların “tüketici açısından bağlayıcı olmadığı” ifade edilirken, Yönetmeliğin 7.maddesinde sözleşmenin hükümsüzlüğü için yalnızca “sözleşmenin ayakta tutulamaması” kriteri aranmaktadır. Doktrinde de Yönerge ve Yönetmeliğin yapılmasındaki amaç doğrultusunda yorum esas alınarak (*amaca uygun yorum*), kısmi hükümsüzlük durumunda girişimcinin sözleşmenin geçersiz kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmeyi tamamen geçersiz kılma imkânının olmaması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁹.

Alman Hukuk doktrininde, GİŞ içeren sözleşmelerde sözleşme kaydının hükümsüz kalması meselesi, sözleşmenin tamamlanması, indirim yaptırımı ve tahvil gibi kurumlarından hangilerinin hangi esaslara göre kullanılacağı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir¹⁸⁰. Ancak BGB’de 26.11.2001 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu (Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts) ile kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin sonucu olarak, GİŞ’lerin hem yürürlük hem de içerik denetimini düzenleyen BGB § 306 hükmü, tam hükümsüzlüğün kural olarak uygulanmasını düzenleyen BGB § 139’un karşısında istisna durumuna düşmüştür¹⁸¹. Sözleşmenin geri kalan kısmının hangi kriterler göz önüne alınarak ayakta

¹⁷⁸ ÇINAR; a.g.e., s. 194.

¹⁷⁹ ÇINAR; a.g.e., s. 195; ATAMER; a.g.e., s.224; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; *Borçlar Hukuku*, s. 251-252; CANARIS; a.g.m., s. 552-557.

¹⁸⁰ Geniş bilgi için bkz: Peter-Hubert NAENDRUP; *Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Untersuchungen zu Grundproblemen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld, 1966, s.48.

¹⁸¹ CANARIS; a.g.m., s. 525 vd.

tutulabileceği meselesine ilişkin olarak; Alman Hukukunda GİŞ'ler açısından kanunun amacına en uygun çözüm olarak, *nicelik* itibariyle fahiş meblağ ve süre içeren kayıtların caiz sınıra indirilmesi; *nitelik* itibariyle uygunluğu bulunmayan kayıtların da hükümsüz sayılarak, sözleşmenin tamamlayıcı yorum ile ayakta tutulmaya çalışılması genellikle kabul görmektedir¹⁸². Tamamlayıcı yorumda hakimin yararlanacağı kural ve ilkelerin neler olduğu hususunda BGB § 306 hükmü hakim açısından yol gösterici bir hüküm olup, sözleşmenin içeriğinin öncelikle yasal düzenlemelere göre tayin edilmesini öngörmektedir. Buna göre hakim kısmi hükümsüzlük sonucu oluşacak boşluğu öncelikle emredici veya yedek hukuk kuralları ile doldurmaya çalışacaktır. Burada bir hüküm bulamaması halinde boşluğu, sözleşme adaletini gerektiren bir kural yaratarak doldurmaya çalışacaktır¹⁸³. Hakimin sözleşmeye müdahalesine rağmen sözleşmesel adaletin kurulamaması ve geri kalan kısmın taraflardan biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratması halinde ise *sözleşmenin ayakta tutulamadığının* tespiti yapılarak, sözleşmenin tamamen hükümsüz olacağına karar verilecektir. Ancak tüm bu ihtimaller, tarafların her ikisinin de, geçersiz kısım olmadan sözleşmeyi yapmayacakları yönündeki farazi iradelerinin dikkate alındıktan sonra söz konusu olacaktır¹⁸⁴. Alman Hukukundaki bu yorumlar ve söz konusu madde hükmü, Yönerge'nin "*Üye ülkeler...iki taraf için de aynı şartlarla bağlayıcılığını sürdürmesini öngörürler*" diyen 6.maddesi ile uyum içerisindedir.

Türk Hukuku bakımından ise, Yönetmeliğin TKHK karşısındaki farklı düzenlemesi karşısında doktrinde yönetmeliklerin kanuna aykırı olamayacağı ilkesi gereğince tam hükümsüzlük konusunda yalnızca tüketicinin farazi iradesinden yararlanılması gerektiği prensibini benimseyen TKHK m.6/f.2 hükmünün uygulanmasına öncelik tanınmaktadır¹⁸⁵. Maddede geçen "*bağlayıcı değildir*" ifadesi, hükümsüzlüğün sırf tüketici açısından geçersiz olduğu, yani hükümsüzlüğe

¹⁸² BGH NJW-ZR 220/2002, 1137. KASSELNANN; **a.g.e.**, s. 21; JAUERNIG; § 306 BGB, Rn.4 vd.

¹⁸³ Alman Hukukunda GİŞ'in içerik denetimi sonucunda geçersiz kısma rağmen sözleşmeyi ayakta tutma prensibi gereği indirim müeyyidesinin doğrudan değil; daraltıcı yorum (*Restriktionprinzip*) ve tamamlayıcı yorum vasıtası ile uygulanması kabul edilmektedir. CANARIS; **a.g.m.**, 527 vd; JAUERNIG; § 305c BGB, Rn.8.

¹⁸⁴ ÇINAR; **a.g.e.**, s. 195.

¹⁸⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 251.

sadece tüketicinin dayanacağı (*sınırlı esneklik görüşü*¹⁸⁶); hakim ise onun lehine olarak re'sen göz önünde tutulabileceği bir hükümsüzlük halinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu halde satıcı ve sağlayıcının bu kaydın geçersiz olduğunu bilseydi, sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğu yönündeki farazi iradesi dikkate alınmayacaktır¹⁸⁷. Gerçekten de, GİŞ kullanılarak yapılan sözleşme hükümleri çoğu zaman sözleşmenin ekonomik olarak üstün tarafı dikkate alınarak düzenlendiği için hakime, tarafların farazi iradelerini tespit etmek açısından yol gösterici olamazlar. Bu halde hakim, taraf menfaatlerini dengeleyecek tarzda ve tarafların korunma ihtiyacını da dikkate alarak tamamlama faaliyetinde bulunmalıdır. Buraya kadar olan açıklamalarımızı özetleyecek olursak; genel işlem şartında yer alan bir haksız şartın geçersiz olmasına rağmen, sözleşmenin geri kalanı kural olarak geçerliliğini koruyacaktır. GİŞ kullanan tarafın “şartın varlığını bilseydim sözleşmeyi hiç yapmazdım” şeklindeki iddiası veya farazi iradesi dikkate alınmadan, haksız şartın yerine emredici ya da tamamlayıcı kural ile geçerli bir kayıt ikame edilmeye çalışılacaktır. Burada görüleceği üzere, tam hükümsüzlük GİŞ kullanan tarafın farazi iradesinden bağımsız olarak kısmen engellenbilmiş durumdadır.

Gerek tüketicilerin taraf olduğu GİŞ içeren sözleşmeler, gerekse tüketicilerin taraf olmadığı sözleşmelerde emredici hükümlere aykırı tarzda bir kayıt bulunması halinde ise sadece bu kayıt hükümsüz olacaktır¹⁸⁸. GİŞ'in içeriğinden biri ya da bir kısmının *emredici kurallara* aykırı olması durumunda, BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tarafların farazi iradelerine başvurulmaksızın geçersiz kaydın yerini emredici hukuk

¹⁸⁶ Alman Hukukunda *Flume*'nin ortaya attığı esneklik görüşü, geleneksel kesin hükümsüzlük kurumunun uygulanmasında şöyle bir esneklik getirmektedir: Lafzından kesin hükümsüzlük sonucu çıkmayan yasaklayıcı hükümlere veya emredici hükümlere aykırı olmakla beraber aynı zamanda ahlaka aykırılığın da gerçekleştiği öyle bazı haller vardır ki; bu hallerde hükümsüzlük sebebinin kendi şahsında doğan kimsenin hükümsüzlüğe dayanması doğruluk ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Hükümsüzlüğe sebep olan vakıanın ortaya konulması ile birlikte çoğu zaman, sözleşmenin geçerliliğine güvenen tarafın bu güvenini korumak gerekmektedir. İşte, hakim kesin hükümsüzlüğü uygularken BGB § 242 hükmünü göz önünde tutarak esnek bir tutum içerisine girebilmelidir. FLUME; *Das Rechtsgeschäft*, s.556-557.

¹⁸⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; *Borçlar Hukuku.*, s. 252, 591.

¹⁸⁸ Tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler bakımından emredici hükümler olarak TKHK'de yer alan bir aybın varlığı halinde alıcının seçim hakkının sınırlanamayacağına ilişkin m.4/f.2, satıcının ödenen miktara göre gerekli faiz indirimini yapma yükümlülüğünü ortadan kaldıramayacağına ilişkin m.6/f.1, kredi şartlarında, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değişiklik yapılamayacağına ilişkin. m.10/f.1 ve m.10/f.4 hükümleri söylenebilir.

kuralının alacağı İsviçre-Türk doktrininde yaygın olarak kabul görmektedir¹⁸⁹. Bu görüşün temel nedeni, genellikle sözleşmenin zayıf tarafı olan müşterinin, batıl hüküm olmasa dahi sözleşmeyi akdedeceği yönündeki farazi iradesinin, işletme ya da bankanın batıl hüküm olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği yönündeki farazi iradesi karşısında korunmaya muhtaç görülmesidir. Sözleşmenin zayıf tarafının korunması, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan emredici normun amacı ve önceliğidir¹⁹⁰.

Son olarak, TTK. m.1266/f.2 sigorta şartlarının ilgili bakanlıkça tasdikine veya bu şartların baskısına ilişkin kurallara uyulmaması halinde müşteri aleyhine olan GİŞ hükümleri yerine yasal düzenleme uygulanır ve sigorta şirketine sözleşmenin tümünü hükümsüz kılma imkânı verilmez¹⁹¹.

3- Kısmi Hükümsüzlük

Kısmi hükümsüzlük, Borçlar Kanunumuzun 20.maddesinin 2.fikrasında şu şekilde yer almaktadır: “*Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu taktirde akitler tamamiyle batıl addolunur*”. Alman, Fransız ve Türk pozitif hukuklarında kanun koyucu tarafından isabetli olarak kısmi hükümsüzlüğe ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir¹⁹². Zira bir sözleşmede hükümsüzlüğün ölçü ve şartlarının, ihlal edilen normun anlam ve amacına göre esneklik gösterebilmesi seçeneğinin “sosyal hukuk” düşünürleri tarafından desteklenir olmasıyla beraber, kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına ilişkin ölçü ve şartların da somut olaya göre değişkenlik gösterdiği ortaya çıkmıştır¹⁹³. Gerçekten de, kimi zaman kısmi hükümsüzlükten zarar görenin, kimi zaman da ihlal normun koruma amacı uğruna kısmi hükümsüzlük kuralının bazı şartlarından ayrılmak

¹⁸⁹ HONSELL/VOGT/WIEGAND; **Art.19/20**, Rn.62, 64; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 710; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.142; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s.25, 30; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 155. ÇINAR; **a.g.e.**, s. 194. Alman Hukukunda GİŞ kaydının emredici hükümlere aykırı olması halinde, BGB § 139’un etkisinden kurtararak, GİŞ’i düzenleyen maddelerin müşteriye koruma amacına uygun olarak sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutulması prensibi benimsenmektedir.BECKMANN; **a.g.e.**, s.348-351.

¹⁹⁰ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s.86..

¹⁹¹ Bu hükmün kıyas yolu ile genel işlem şartlarının kullanımı halinde de uygulanacağı kabul edilmektedir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 165; ATAMER; **a.g.e.**, s. 226.

¹⁹² Kısmi hükümsüzlüğün mukayeseli hukuktaki yerini bir sonraki başlık altında inceleyeceğiz.

¹⁹³ ROUILLER; **a.g.e.**, s.37 vd.

gerekmiştir. Bu gerekçelerle kısmi hükümsüzlüğe ilişkin bir tanımın mevzuatta yer almamasını olumlu karşılamaktayız¹⁹⁴.

Bununla beraber, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar verildiği görülmektedir. **Simler**'e göre “*sözleşmenin bir kısmının geçersiz bırakılması veya nicel olarak aşırı kısmında indirim yapılması yoluyla ortaya çıkan ve tarafların da bu sonucu onayladığı kabul edilen bir yaptırım*”dır¹⁹⁵. **Başpınar**'a göre; “*bir sözleşmenin imkansızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle sakat olması halinde, yalnız bu kısmın batıl olup, sakat olmayan diğer kısımlarının tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğinin korunması*”dır¹⁹⁶.

Kanaatimizce kısmi hükümsüzlük için teknik bir tanım verirken, kanun lafzına bağlı kalmak yerine artık varlığı kabul edilen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğü de göz önüne almak gereklidir. O halde diyebiliriz ki; kısmi hükümsüzlük, “*sakatlığın sözleşmenin yalnız bir kısmına ilişkin olması halinde, tarafların farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, sözleşmenin ya sakat kısmının çıkarılarak ya da bu kısmın uygun içerikle değiştirilmesi veyahut uygun/yasal sınıra indirilmesi/yükseltimesi suretiyle geçerliliğinin korunduğu bir yaptırım*”dır.

C- İptal Edilebilirlik

Bir sözleşme ilişkisinde, taraflardan birinin iradesinin sakat olması halinde, bu kimseye sakat iradesi ile kurmuş olduğu sözleşmeyi iptal edebilme hakkı tanınmaktadır. Bu hak, Borçlar Kanunumuzun genel hükümlerinde yer alan hata (BK.m.23 vd.), hile (BK.m. 28) ve ikrah (BK. m.29) hallerinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını sağlayan yenilik doğuran bir haktır¹⁹⁷. Ancak doktrinde söz konusu iptal hakkının hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Doktrinde büyük bir çoğunlukla irade sakatlığı bulunan bu durumlarda “*düzelebilir hükümsüzlük*” teorisinin kabul edildiği görülmektedir¹⁹⁸. Bu görüşe göre, sözleşme

¹⁹⁴ Aynı yönde bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 28.

¹⁹⁵ SIMLER; **a.g.e.**, s. 10.

¹⁹⁶ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 29.

¹⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.** s. 100-101.

¹⁹⁸ Zekeriya KURŞAT; **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı, İstanbul, 2003, s. 65; “*Gerçek olmayan anlamda iptal*” kavramı için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar**

baştan itibaren her iki taraf için de geçersiz olup, kanundaki sürenin geçmesi sonucu geçerli hale gelebileceği gibi bu süre içerisinde iradesi sakatlanan kişi tarafından iptal hakkının kullanılması ile beraber, sözleşme baştan itibaren kesin olarak hükümsüz hale de gelebilir.

Azınlıkta kalan bir görüşe göre de; sözleşme, iradesi sakatlanan taraf bakımından hükümsüz olup; diğer taraf açısından geçerlidir (*nisbi butlan görüşü*)¹⁹⁹. Bu görüşe göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde iradesi sakatlanan tarafın edimini ifa yükümlülüğü bulunmazken, diğer tarafın böyle bir yükümlülüğü mevcuttur²⁰⁰.

Son olarak bir diğer görüşe göre, sözleşme baştan itibaren her iki taraf için de geçerlidir fakat yalnızca iradesi sakat olan tarafından geriye etkili olarak iptal edilebilir (*bozulabilir geçerlilik*)²⁰¹.

Yine doktrinde iptal kabiliyetinin uygulama alanı bulduğu gabin halinde uygulanacak iptal hakkının bir görüşe göre bozulabilir geçelilik²⁰²; bir diğer görüşe göre de hata, hile ve ikrahta olduğu gibi düzelebilir hükümsüzlük şeklinde uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁰³. İrade sakatlıkları ve gabinde iptal hakkını kullanma süresi 1 yıldır (BK.m.21, 31). Ancak bir noktaya dikkat çekmek gerekir ki; hata ve hilede 1 yıllık süre bunların öğrenilmesinden; ikrahta korkutulanın korkunun etkisi altından çıkmasından itibaren başladığı halde; gabinde bu süre sözleşmenin kurulduğu andan itibaren işlemeye başlar. İptal hakkı kural olarak,

Hukuku., s. 586-587; HÜRLIMANN; **a.g.e.** s. 96; “*Geçersizlik teorisi*” kavramı için bkz: GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 890 ve özellikle dn. 314’de anılan yazarlar. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemektedir. BGE 114 II 131; BGer SemJud 120 (1998), s. 227; BGE 132 III 244. Aynı yönde Bkz: Y.HGK. T., 5.4.2006, E. 2006/1-83; K.2006/143 (YKD. 2006/8, s.1201).

¹⁹⁹ Bu görüşe “bölünmüş hükümsüzlük teorisi” de denilmektedir. Bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.** s.100; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 452, 453; GUHL/MERZ/KOLLER; **OR AT**, § 17, s. 141; Von TUHR/PETER; **a.g.e.** s. 329.

²⁰⁰ Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talepleri bakımından bu görüşün diğer görüşlerden farkı için bkz: GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 1483.

²⁰¹ EREN; **a.g.e.** s. 370; FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 555; SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 39.07; BUCHER; **OR AT**, s. 210; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.** s. 100, dn. 231’de anılan yazarlar. “*Gerçek anlamda iptal*” kavramı için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 429-430.

²⁰² OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.** s. 140.

²⁰³ KALKAN; **a.g.e.**, s. 142; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 493; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 464-465. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz: Y.13.HD. T.18.3.1998, E.6539/1998, K.1578/1998 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 493, dn.53).

iradesi sakatlanan taraftan karşı tarafa yöneltilen tek taraflı irade beyanı ile kullanılır²⁰⁴. Sözleşmenin diğer tarafına ise, sözleşmeyi iptal edebilme gibi bir imkan tanınmamıştır. Son olarak iptal beyanı şekle bağlı olmadığı gibi, kural olarak şarta bağlı da yapılamaz²⁰⁵.

İptal edilebilirliğin söz konusu olduğu hallerde “kısmi hükümsüzlüğün” kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığını “İrade Sakatlarında Kısmi İptal” başlığı altında daha detaylı bir şekilde inceleyeceğiz²⁰⁶.

D- Askıda Hükümsüzlük

Bazen hukuki işlem, kurucu unsurları gerçekleştiği halde, bazı nedenlerle hükümlerini doğurmayıp, bir askı durumu içindedir²⁰⁷. Ya o eksik olan unsur gerçekleşip, sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ifade eder ya da bu unsurun gerçekleşmeyeceği kesinleşecek ve sözleşme kesin hükümsüz hale gelecektir²⁰⁸.

Bu hükümsüzlüğe doktrinde sıkça verilen örnekler şunlardır:

- Sınırlı ehliyetsizlerin (ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının) kanuni temsilcisinin izni olmadan yaptıkları işlemler (MK.m.16, 451)

- Kanun gereği vasiinin izni dışında ayrıca vesayet makamının veya vesayet makamı ile birlikte ayrıca denetim makamının da onayına bağlı tutulmuş işlemler (MK.m.462, 463)

- Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemler (BK.m. 38)

-Geçerliliği kanun gereği resmi makamın onayına bağlanmış işlemler (MK.m.166/f.3, 184/f.5).

Bu durumlarda sözleşme, kanuni temsilci sınırlı ehliyetsizin yaptığı işleme ya da temsil olunan yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verinceye kadar eksik bir sözleşme olup, icazet verildikten veya eksik unsur tamamlandıktan sonra sözleşme

²⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.** s.139.

²⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.** s. 101.

²⁰⁶ Bkz: aş. s.230.

²⁰⁷ Eksik işlemler için kullanılan askıda hükümsüzlük (*schwebende Unwirksamkeit*) kavramı aslında eksik işlemlere nazaran iptal edilebilir işlemleri de içine alan daha geniş uygulama alanına sahip bir kavramdır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 595.

²⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.132; EREN; **a.g.e.**, s. 300.

tüm hüküm ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurmaya başlar²⁰⁹. Hakim sözleşmedeki eksik unsuru re'sen nazara alır.

IV- Mukayeseli Hukukta Kısmi Hükümsüzlüğün Yeri

A- Roma Hukukunda

Roma Hukukunda “*kısmi hükümsüzlük*” kurumunu inceleyen çok az sayıda çalışma ve monografi bulunmaktadır. Konunun zorluğu, Roma Hukukunda sınırları belirgin bir hükümsüzlük sisteminin bulunmayışı ve hükümsüzlük sebeplerinin konuyu inceleyen hukukçuların görüşleriyle şekillenmesinden kaynaklanmaktadır²¹⁰. Kısmi hükümsüzlük ile ilgili olarak Roma Hukukunda Digesta’da yer alan en eski ve bilinen kural “*Utile non debet per inutile vitari*” (*Geçerli olan geçersiz olanla hükümden düşmez*) kuralıdır²¹¹. Ancak bu kural çoğunlukla, hükümsüzlüğün etki alanının sözleşmenin esaslı unsuru bakımından söz konusu olamayacağına ilişkin doğal hukuktan gelen *causa principalis* ilkesi ile beraber dikkate alınarak uygulanmıştır²¹². Roma Hukukunda rastlanan kısmi hükümsüzlük uygulamalarına kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Ulpian’dan aktarılan Digesta’da, eşlerin birbirine bağış yasağına aykırı olarak satım ve kira sözleşmelerinde fiyattan bağımsız kararlaştırdıkları kısım geçersiz sayılmaktaydı²¹³. Bir satım sözleşmesinde eşin garanti yükümlülüğünden feragat etmesi, bu sözleşmenin bağış benzeri bir sözleşme olduğunu gösterdiğinden sadece bu hüküm geçersiz bırakılırdı²¹⁴. Aynı şekilde sorumluluk doğuran bir ilişkide, *bona fide* aykırı şekilde, kötü niyet ile sorumluluklarından kurtulma kayıtları geçersiz kabul edilirdi²¹⁵. Yine *impubesin* (küçüğün), vasinin *auctoritası* olmadan yaptığı

²⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.** s.140-141.

²¹⁰ STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 16, 24. Kısmi ve tam hükümsüzlük arasındaki ayrım, bu yöndeki davaların sonuçlarından elde edilen verilere göre yapılmaya çalışılmıştır. STAFFHORST; **a.g.e.**, s.26.

²¹¹ Ulpian Digesta 45.1.1.5. STAFFHORST; **a.g.e.**, s.28.

²¹² Ulp. Digesta “*..ut acciesio deat principali*” 34.2.19.13.Gai. Digesta 33.8.2. STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 26.

²¹³ Ulpian Digesta 24.1.5.5.Neratius’dan aktarıldığı üzere ise, sözleşme bütünüyle geçerli kabul edilir, bağıştan yararlanan eş eksik kalan fiyatı ödemeye mahkum edilirdi. Papinian Digesta 24.1.52. STAFFHORST; **a.g.e.**, s.85.

²¹⁴ Pomp. Digesta 24.1.31. 4/5. STAFFHORST; **a.g.e.**, s.83.

²¹⁵ Ulp.Digesta. 16.3.1.7. STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 23 vd.

hukuki işlemlerde, işlemin kendisine alacak hakkı kazandırdığı kısmı geçerli, fakat borç altına sokan kısmı geçersizdir²¹⁶.

Roma Hukukunda aşırı yüksek faiz belirlemek yasak olduğu gibi cezai yaptırıma da bağlanmıştı²¹⁷. Bir olayda aşırı yüksek faiz belirlendiği bir *Stipulatio*'nun faize ilişkin kısmının *legitimiae usuare* (*Lex Duilia Menenia* (M.Ö. 357) *bu oran yıllık %12 olarak belirlenmişti*) uygun bir meblağa indirildiği alıntılanmıştır²¹⁸. Bu olay, Roma Hukukunda niceliğe ilişkin kısmi hükümsüzlüğün uygulandığını göstermesi bakımından önemlidir.

Roma Hukukunda prensip itibarıyla bir kısmı geçersiz olan vasiyetnameler bakımından *favor testamenti* kuralı gereği kısmi hükümsüzlük uygulanması esastır²¹⁹. Örneğin vasiyetnamenin şartlarından birinin fiziki imkansızlık taşıması halinde sadece şart geçersiz olup, geri kalanı geçerlidir²²⁰. Eğer bir köle, müşterek mülkiyete konu ise ve maliklerden biri köleyi azat ederse, bu azat etme geçersizdir²²¹. **Marcell** ve **Paulus**'tan aktarılan bir olayda bir *Stipulatio* ile biri kendi mülkiyetinde olmayan bir kölenin azat edilmesi işlemi, kendi mülkiyetinde olmayan kölenin azat edilmesi “hukuken imkansızlık” olarak değerlendirilip, yalnızca bu kısmın geçersizliği sağlanmıştı. Yine bir malikin köle sayısı ne olursa olsun azat edebileceği en fazla köle sayısı yüzü geçemezdi. Bu sayıyı aşan azat etmeler kısmen hükümsüzdü²²². Yine, ortak hukuka göre yasal olarak belli bir içerik şartı öngörülmüş olan bağışlama sözleşmeleri açısından eğer bu sözleşme caiz meblağı aşarak gerçekleştirilmişse, bu halde sözleşme sadece yasal meblağa kadar olan kısmı ile geçerli bırakılırdı.

Justinianus Hukukunda kısmi hükümsüzlük konusunda, ahlaka aykırı şartlar bakımından sözleşme ve ölüme bağlı tasarrufları ayrı ayrı değerlendiren bir anlayış söz konusuydu. Sözleşmede ahlaka aykırı kayıtların varlığı halinde tam geçersizlik; vasiyetnamelerde ise şartın yok sayılarak tasarrufun geçerliliğini devam ettirmesi

²¹⁶ STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 22.

²¹⁷ STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 45.

²¹⁸ Pap. Digesta 22.1.9. STAFFHORST; **a.g.e.**, s.47-48.

²¹⁹ STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 159.

²²⁰ STAFFHORST; **a.g.e.**, s.72, 115, 246.

²²¹ STAFFHORST; **a.g.e.**, s. 53-54, 168 vd.

²²² Marcell Digesta 46.3.72.4., Paulus Digesta 45.1.128.

prensibi (*favor testamenti*) benimsenmişti²²³. Yine eğer taraflar arasında yasal meblağı aşan bir faiz meblağı (Justinianus Hukukuna göre %6) aşılmışsa, faiz miktarı sadece en yüksek had kabul üzerinden geçerli sayılırdı²²⁴. Şarta bağlı işlemlerde, şartın imkansız olması sözleşmelerde tam hükümsüzlük sonucunu doğururken, ölüme bağlı tasarruflarda sadece şartın hükümsüzlüğü sonucu doğar. Benzer yönde bir ayırım, ahlaka aykırı şartlar bakımından da geçerliydi. Yine eşler arasında yapılan alım-satım akdi gerçek değerinin altında bir bedel karşılığı yapılmış ise, söz konusu akit o malı iktisap eden eşin gerçekten faydalandığı bedelin altında kalan kısmı için geçersiz kabul ediliyordu²²⁵.

B- Fransız Hukukunda

Hatırlayacağımız üzere, Fransız Hukukunda 19.yüzyılın ikinci yarısına kadar hükümsüzlük ile ilgili olarak *klasik teori*; 20.yüzyılın başlarında ise *modern teori* etkili olmuştur. Ne var ki; modern teorinin gelişimine katkıda bulunan **Japiot** dahil diğer dönem hukukçuları dahi geniş kapsamlı olarak kısmi hükümsüzlükten bahsetmemişlerdir. Konu ilk defa kapsamlı şekilde 1969 tarihli “*hukuki işlemlerin kısmi hükümsüzlüğü*” adlı doktora teziyle **Philippe SIMLER** tarafından incelenmiştir²²⁶. Kısmi hükümsüzlük bu tarihten önce ve sonra yargı kararları ve doktrin tarafından şekillendirilmiş olup, ne kavram ne de kapsam olarak Medeni Kanun’da yer almamıştır.

Şimdi doktrin ve yargı kararlarında kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına ilişkin olarak işaret edilen en önemli iki maddeyi belirtelim: CCF 1172. hükmünde: “*Konusu imkânsız, ahlaka veya emredici hükümlere aykırı şartlar ve bu şartlara bağlanmış olan anlaşma geçersizdir*” denilmektedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere Alman Hukukundaki gibi tam hükümsüzlük kural olarak benimsenmiştir²²⁷. Bu hükmün istisnasını oluşturan CCF 900 hükmü de “*ölüme bağlı tasarruflarda ve karşılıksız kazandırmalarda yer alan ahlaka aykırı ve*

²²³ STAFFHORST; **a.g.e.**, s.161 vd.

²²⁴ Reinhard ZIMMERMAN; **Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, s. 123-127.

²²⁵ STAFFHORST; **a.g.e.**, s.85-86.

²²⁶ Philippe SIMLER; **La Nullité Partielle des Actes Juridiques**, Thèse, Paris, 1969, s.3 vd.

²²⁷ GOUT; **a.g.e.**, s. 363.

emredici hükümlere aykırı şartlar yazılmamış sayılır”²²⁸ demektedir. Bu her iki hüküm birbiriyle çelişir gibi gözükse de, Fransız Hukukunda “*ya hep ya hiç*” ilkesinin terk edilerek irade özgürlüğünün, geçersizliklerin temelindeki kamu düzeni ilkesine üstün tutulur duruma gelmesi ile beraber CCF 1172 hükmünün de katı şekilde yorumlanmasından vazgeçilmiştir. Nitekim indirim müeyyidesinin, kısmi hükümsüzlüğün bir türü olduğu geleneksel butlan anlayışının katı ve dar çevrevesine oldukça güç sokulabilmiştir²²⁹.

CCF 900 ve CCF 1172’de geçen “*condition*” şart terimi doktrinde geniş yorumlanarak hem hukuki işlemin bütününe nazaran tali bir mahiyet arz eden bir kaydı (*clause*) ifade ederken, hem hukuki işlemin geçerliliğine ve sürekliliğine bağlanmış ayrılmaz bir parça olan şartı (*condition*) hem de *mükellefiyet* (*charge*) anlamında kullanılmaktadır²³⁰. Ancak Fransız Hukukunda kısmi hükümsüzlüğe işaret eden maddelerden bunlardan ibaret olmayıp, bu yaptırımın münferit bir takım hükümlerde (*Art.791, 1130 al.2, 896, 965, 1855 vb.*) de yer aldığını görmek mümkündür.

CCF 1172. madde hükmünde geçen “*..qui en dépend*” (-a bağlanmış...) ile ifade edilmek istenen, geçersiz sözleşme hükmünün, tarafların sözleşmeyi yapmalarında “*yöneltici ve belirleyici*” bir şartı haline gelmiş olmasıdır Bu husus CCF 900 hükmü bakımından da geçerlidir²³¹. Tam hükümsüzlük, tarafların sözleşmeye verdikleri anlam ve menfaat dengelerinin araştırılması sonucu geçersiz kaydı olmazsa olmaz olarak kabul etmeleri ile ortaya çıkmaktadır²³². Dolayısıyla eğer bir sözleşme hükmü, tarafların sözleşmeye verdikleri anlam içerisinde “yöneltici ve belirleyici” bir sebepten (*cause*) ya da şarttan (*condition*) doğuyorsa, sözleşmenin

²²⁸ SIMLER; **a.g.e.**, s. 3. Madde hükmündeki “*yazılmamış sayılma*” ifadesi yokluk anlamında değil, hükümsüzlük olarak anlaşılacağı kabul edilmektedir. Patrick WÉRY; “**Nullité, inexistance et réputé non écrit**”, (*Patrick WÉRY; La Nullité des contrats*), Larcier, Bruxelles, 2006, s.21. GOUT; **a.g.e.**, s. 363.

²²⁹ SIMLER; **a.g.e.**, s. 301,303.

²³⁰ SIMLER; **a.g.e.**, s. 3. 52, 80. Gerek CCF 900 gerekse 1172.maddelerde geçen “*condition*” kelimesinin, sözleşmenin hükümlerinin bağlandığı ve Alman Hukukunda da “*Bedingung*” olarak ifade edildiği şekilde anlaşılması gerektiğini, yoksa işlemin geçerliliğinin bağlandığı anlamda “*Voraussetzung*” olarak anlaşılması gerekmektedir

²³¹ SIMLER; **a.g.e.**, s. 5, 79. GHESTIN; **La formation du contrat**, Rn. 878. GOUT; **a.g.e.**, s. 373. TERRÉ/SIMLER/ LEQUETTE; Rn. 395. FLOUR/AUBERT/SAVAUX; **a.g.e.**, s. 357.

²³² Cass. Soc., 4 mai 1956, D. 57, 313. Cass. Civ., 13 février 1969, Bull.civ., III, n.134, p. 102. Cass. Civ. 1ère 24 juin 1971, JCP 72 II, 17191 (GOUT; **a.g.e.**, s. 374, dn.1339).

tamamı hükümsüz olacaktır. Hakim önüne gelen bir sözleşmede CCF 1172 hükmünü uygularken tarafların iradesinin hangi yönde olduğunu araştırmak durumundadır²³³. Zira sözleşmedeki geçersiz kısmın yöneltici ve belirleyici bir sebepten kaynaklandığı *kanun hükmünden* ya da *tarafların iradesinden* anlaşılabilirse *tam hükümsüzlük*; yok eğer geçersiz kısmın sözleşmenin *olmazsa olmaz* niteliğinde olmayan fer'i nitelikteki bir unsuru olduğu kabul ediliyorsa *kısmi hükümsüzlük* söz konusu olacaktır²³⁴. Hükümsüzlüğün yaptırım olarak görülmesinden bu yana; “*bir yaptırım adil olmayan ve katlanılması zor sonuçlar doğurmamalıdır; aksi halde hiç uygulanmamalıdır*” anlayışının gereği olarak, hakime yorum meselesinde geniş takdir alanının bırakıldığı görülmektedir²³⁵. Nitekim **Simler** de uygulamayı dikkate alarak *teknik* bir tanım verme çabası içerisinde kısmi hükümsüzlüğü, “*sözleşmenin bir kısmının geçersiz bırakılması veya nicel olarak aşırı kısmında indirim yapılması yoluyla ortaya çıkan ve tarafların da bu sonucu onayladığı kabul edilen bir yaptırım*”²³⁶ olarak değerlendirmiştir.

CCF 900 hükmü ise, tarihi yorum metoduyla incelendiği vakit, madde hükmünün Fransız İhtilalinden sonra irade özgürlüğünün alt görünümü olan miras özgürlüğünün de mutlak kabulünü gerektirecek şekilde *politik* temelli ihdas edildiği görülür²³⁷. Bu madde hükmünün ilk uygulamasının yer aldığı 1863 ve 1868

²³³ Yüksek Mahkemenin 11.12.1930 tarihinde verdiği bir kararda, kira sözleşmelerinde yer alan “süre” kaydının, sözleşmenin esaslı unsuru olduğunu kabul ederek CCF 1172 uyarınca tam hükümsüzlüğe karar vermesinin doğru olmadığını, bu durumda indirim yaptırımının uygulanmasının daha doğru bir çözüm olacağı yönünde bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s. 246. Yazar bu görüşlerinde daha da ileri giderek, hizmet veya kira sözleşmesi gibi tarafların akdin geçerliliğine olan menfaatlerinin yalnızca, akitte yer alan “aşırı süre” kaydı ile ölçülemeyeceğini ve tarafların süre kaydı nedeniyle geçersiz sayılması gibi bir problemi söz konusu akdi ilişkiye girerken düşüncelerinin beklenemeyeceğini savunmaktadır. Yazar bu gerekçelerden hareketle, genel itibarıyla “*aşırı süre*” kaydı içeren sözleşmelerin tam hükümsüzlüğü yerine, bu sürenin tarafların farazi iradelerini de dikkate alarak caiz sınıra indirilmesini savunmaktadır. SIMLER; **a.g.e.**, s.250. Aynı yönde GOUT; **a.g.e.**, s. 384-385. *Ghestin*'e göre ise, bu çözüm kamu düzenini koruyucu nitelikte bir emredici hüküm ile öngörülmüş olmadıkça kabul edilmemelidir. GHESTIN; **La formation du contrat**, Rn. 880 vd.

²³⁴ GUELFUCCI-THIBIERGE; **Nullité**, Rn. 509.

²³⁵ GOUT; **a.g.e.**, s. 366.

²³⁶ SIMLER; **a.g.e.**, s. 11.

²³⁷ Yasa metninin bu şekilde kaleme alınmasının sebebi esasen şu siyasi düşünceye dayanmaktadır: İhtilalin getirdiği yeni düzeni göz önünde tutmak zorunda olan yasa koyucu, bağışlamalara konulan şartların kapsadığı eylemler aracılığı ile yaşlı kimselerin yeni kuşakları etkileyebileceğini ve bağışlamalarını devrime aykırı yönlere yöneltmek maksadı ile kullanabileceklerini düşündü. Bunu önlemek için bağışlanan şeyin alıkonabilmesi, fakat hukuka aykırı şartın yerine getirilmemesi sağlamaya çalıştı. Ancak zamanla bu tehlike ortadan kalktığından, mahkemeler eğer

yıllarındaki mahkeme kararlarına bakıldığında, bu kararlarda vasiyetçinin ya da murisin koyduğu şartların, CCF 1131 ve 1133 kapsamında işlemin *sebebi* olarak görülmeyip, murisin bu şartlar olmaksızın da ölüme bağlı tasarrufu yapabileceği *karinesinden* hareket edildiği ve CCF 900'ü gölgede bırakacak yorumlardan kaçınıldığı görülmektedir²³⁸. Ancak 1890'lerden sonra sayısız birçok kararda, ahlaka aykırı şartın *yöneltilici ve belirleyici unsur* olmadığını ileri sürerek kısmi hükümsüzlüğüne; bazı kararlarda ise aksi yönde bir kanaat oluşturarak işlemin tam hükümsüzlüğüne karar vermiştir²³⁹. Fransız mahkeme kararlarından bazıları, evlenme özgürlüğünü kısıtlayan şartları CC.900'ün kafzına uygun olarak “yazılmamış saymış” ve kazandırmayı geçerli tutmuştur²⁴⁰.

Fransız Hukukunda kısmi hükümsüzlüğün ilk şartı **“bölünebilirlik”**tir²⁴¹. Bölünebilirlik, tarafların gerçek ya da farazi yönlerdeki iradelerinden ortaya çıkabileceği gibi (*subjektif bölünebilirlik*), sözleşmenin fiziki niteliğinden (*fiziki bölünebilirlik*) ya da esaslı-yan unsur ayırımından (*objektif bölünebilirlik*) ortaya çıkabilir²⁴². Fransız Hukukunda bu konuda doktrin ve uygulamada sözleşmelerde yer alan bazı kayıtlar bakımından objektif bölünebilirlik kabul edilmiştir. Örneğin, sorumsuzluk kayıtları²⁴³, hizmet sözleşmelerinde yer alan yer, zaman ve işin niteliği olarak sınırlanmamış rekabet yasağı kayıtları²⁴⁴, hizmet sözleşmesinde yer alan

bağışlamadan yararlanacak kişiden beklenen yüküm, bağışlamanın yöneltilici ve belirleyici sebebi ise, bizzat bağışlamanın tamamını iptal ettiler. 5 Eylül 1791 tarihli Kanun'da yer alan ilk halinde “vasiyet alacaklısının, mirasçının ya da bağışlananın din ya da evlenme gibi Anayasa tarafından öngörülen özgürlüklerine ahlaka veya hukuka aykırı şekilde halel getiren şartlar yazılmamış sayılır” denilmektedir. SIMLER; **a.g.e.**, s. 43. GOUT; **a.g.e.**, s. 363.

²³⁸ SIMLER **a.g.e.**, s.51.

²³⁹ SIMLER; **a.g.e.**, s. 56, dn.2-4'deki kararlara bakınız.

²⁴⁰ SIMLER; **a.g.e.**, s. 56, dn.2-4'de anılan kararlar. Fransız Hukukundaki eski bir görüşe göre de, ölüme bağlı tasarrufa eklenen evlenmeme koşulu geçerlidir. Çünkü kişi böyle bir şarta rağmen evlenmeyi ya da evlenmemeyi tercih edebilir. Dolayısıyla evlenmeye ilişkin koşul, kişinin evlenme özgürlüğüne müdahale teşkil etmez. Bkz: DUCLOS; **De l'article 900 et des conditions relatives à la liberté du mariage**, thèse Alger, 1920, s.144-145. (bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s.57).

²⁴¹ GOUT; **a.g.e.**, s. 367. Yazar 01.02.1995 tarihli Kanun ile revize edilen Tüketici Kanununun, *kötüye kullanılabilir şartların* yazılmamış sayılacağına ilişkin L 132-1 hükmünün, bu tarz şartları içeren sözleşmelerin bölünebilirliği konusunda örnek oluşturduğuna işaret etmektedir. GOUT; **a.g.e.**, s. 370.

²⁴² Objektif, subjektif ve fiziki bölünebilirlik ile ilgili geniş bilgi için bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s. 358 vd. GUELFUCCI-THIBIERGE; **Nullité**, Rn.489. GHESTIN; **La formation du contrat**, Rn. 883.

²⁴³ M.AL JONDI; **Le Juge et les Clauses exonératoires et limitatives de responsabilité**, Thèse, Paris II, 1979, s.147.

²⁴⁴ Cass. Soc., 14 mai, 1992, D.1992 (GOUT; **a.g.e.**, s.369).

“evlenmeme kaydı”²⁴⁵, kişilik hakkı ihlal edilen taraf bakımından geçersizliği ileri sürülebilen fiziken bölünebilir unsurlar arasında yer almaktadır.

Bununla beraber doktrinde, kısmi hükümsüzlüğün, bölünebilir bir hukuki işlemin yan unsurunu veya esaslı bir unsurunu sadece “*quantum*”u (*nicel olarak*) açısından etkileyen ve tarafların indirim yönündeki farazi iradelerini de dikkate alarak, sınırı aşan kısmın caiz sınıra indirilebileceği türden sözleşmelere uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁴⁶. Bu konuya kapsamlı olarak aşağıda tekrar değineceğiz.

Guelfucci-Thibierge’a göre, sözleşmenin bir kısmının hükümsüzlüğü halinde, söz konusu hükümsüzlüğün kapsamı, sapılan normun amacı ve niteliğine verilecek anlama (*téléologique critère*) ve tarafların farazi iradelerinin yorumlanmasına (*subjektif critère*) göre değişecektir²⁴⁷. Bu çerçevede, ihlal edilen norm indirim yaptırımını açıkça öngörmemiş olsa bile hakim, ihlal edilen normun anlam ve amacına uygun şekilde hakkaniyeti sağlamak amacıyla indirim uygulayabilecektir²⁴⁸. Ancak tüm bunların da ötesinde kısmi hükümsüzlüğün oluşabilmesi için, **Simler**’in de ifade ettiği gibi, bölünebilir bir hukuki işlemde bahsetmek gerekir²⁴⁹.

Bugün itibariyle Fransız Hukukunda kısmi hükümsüzlük üç şartın bulunması halinde mümkün görülmektedir: (1) tarafların sözleşmeyi ayakta tutma yönündeki farazi iradeleri (2) geçersiz kaydın taraflar için yöneltici ve belirleyici bir unsur olmaması (3) hukuki işlemin bölünebilir nitelikte bulunmasıdır²⁵⁰.

²⁴⁵ Cass. Soc., 30 avril 1963, D.63, 428. (GOUT; **a.g.e.**, s.369).

²⁴⁶ SIMLER; **a.g.e.**, s. 10. GOUT; **a.g.e.**, s. 450-451, TERRÉ/SIMLER/ LEQUETTE; Rn. 396. GUELFUCCI-THIBIERGE; **Nullité**, Rn. 495,499. İndirim yaptırımını ilk defa **Perrin** tarafından dolaylı olarak bahsedilmekle beraber, bu yaptırımı geçersizlik ve geçerlilik arasında “*kısmi geçerlilik*” olarak düşünülebileceğini ifade etmişti. Bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s.210.

²⁴⁷ **Simler**, tarafların iradesinin yorumunda, şartın taraflar açısından *conditio sine qua non* -olmazsa olmaz-bir unsur olup olmadığının dikkate alınmasını önermişti. Eğer sözleşmenin bağlandığı şart, taraflar açısından o işlemin *temel saikine* etki eden yöneltici ve belirleyici bir sebepten doğuyorsa, CCF 1172 gereği tam hükümsüzlük sonucu doğacaktır. SIMLER; **a.g.e.**, s. 113, 383. Aynı görüşte bkz: Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE; **Nullité, Restitutions et Responsabilité**, L.G.D.J., Paris, 1992, Rn. 495. Yüksek Mahkeme 8 Temmuz 1992 yılında verdiği kararda, kira sözleşmesinde yer alan hukuka aykırı bir kaydın, kamu düzenine ilişkin sayılan bir normun ihlalinin kaynaklanmadığı gibi, taraflar açısından *belirleyici ve yöneltici bir sebep* olarak kabul edilemeyeceğinden dolayı sadece bu kaydın hükümsüz sayılmasına karar vermiştir. Cass.civ.3ème, 8 juillet 1992, n. 90-19-005 (GOUT; **a.g.e.**, s.394).

²⁴⁸ GUELFUCCI-THIBIERGE; **Nullité**, Rn.502.

²⁴⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE; **Nullité**, Rn. 496.

²⁵⁰ TOURNEAU/CADIET; **Droit de la Responsabilité et des Contrats**, Dalloz, Paris, 2003, Rn. 962.

C- Avusturya Hukukunda

Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)'nin 1916'daki üçüncü revizyonundan sonra Alman Medeni Kanunu BGB § 134 göz önüne alınarak kaleme alınan 879.maddesinin ilk fıkrasında “*bir emredici kanun kuralına ya da ahlaka aykırı olan sözleşme hükümsüzdür*” denilmektedir. Ancak iktibas edilen kanun maddesindeki “kesin hükümsüzlük” anlamına gelen “*nichtig*” kavramı, § 879'da daha geniş uygulama alanına sahip bir kavram olarak kabul edilmektedir²⁵¹. ABGB § 878 Hs.2'de “*imkansızlığın*²⁵² *sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması halinde, bu kısmın olmaksızın diğer kısımların yapılmayacağı sözleşmeden anlaşılmadıkça, sadece bu kısım geçersiz olur*” demektedir. Maddenin son cümlesinde ise, imkansızlığı bilen ya da bilmesi gereken tarafın, sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı, sözleşmenin geçerliliğine güvenen tarafın zararını (*culpa in contrahendo sorumluluğu*) karşılayacağı düzenlenmektedir²⁵³. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, madde hükmündeki “imkansızlık” yalnızca hukuki ve mantıki absürd imkansızlık hallerine inhisar ettirilmek üzere dar yorumlanmaktadır²⁵⁴.

ABGB § 878 hükmü çerçevesinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanması şu şekilde söz konusu olacaktır: (1) tarafların gerçek veya farazi iradelerinden tam hükümsüzlük istendiğinin anlaşılmaması (2) Tereddüt halinde imkansız kısım olmaksızın ayakta kalabilen kısımların geçerliliğini koruyacağı (*kısmi hükümsüzlük lehine yorum*) kabul edilmektedir²⁵⁵. Kısmi hükümsüzlüğü, tarafların gerçek ve farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça (*subjektif unsur*) yalnızca imkansızlık halinde öngören § 878 hükmünün, emredici hükümlere veya ahlaka aykırılık halinde (§ 879)

²⁵¹ Bu sonuç, § 879'un gabne ve genel işlem şartlarına ilişkin 2. ve 3. fıkra hükümlerini bünyesinde barındırmasından kaynaklanmaktadır. Geniş bilgi için bkz: KOZIOL/BYDLINSKI; **Kurz-kommentar zum ABGB**; 2. Aufl., Springer, Wien, 2007, § 879, Rn.18-19.

²⁵² Buradaki imkansızlık başlangıçtaki objektif imkansızlık olarak anlaşılmalıdır. DITTRICH/TADES; **Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band**, Manzche Verlags, Wien, 2003, § 878, E.1. KOZIOL/BYDLINSKI; § 878 ABGB, Rn.1.

²⁵³ KOZIOL/BYDLINSKI; § 878 ABGB, Rn.7. DITTRICH/TADES; § 878 ABGB, E 3e.

²⁵⁴ DITTRICH/TADES; § 878 ABGB, E. 5 vd. Buradaki imkânsızlığın, sadece hukuki (örneğin mevcut olmayan malın satışında zapta karşı tekeffül sorumluluğu düzenleyen ABGB § 923) ve fiili imkânsızlık olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz: Elke JOEINIG; **Die anfängliche Unmöglichkeit**, Verlag Österreich, Wien, 2006, s.43 vd.

²⁵⁵ Alexander ILLEDITS; **Teilnichtigkeit im Privatrecht**, Diss., Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1991, s.; a.g.e., s.34. KOZIOL/ BYDLINSKI; § 878 ABGB, Rn.5.

de kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı uzun süre tartışılmıştır²⁵⁶. *Mayer-Maly*, ABGB § 878'in diğer sakatlık sebeplerinde (özellikle § 879) de kıyasen uygulanması meselesindeki zorluğun, kanun koyucunun yalnızca imkansızlık halinde öngördüğü kısmi hükümsüzlüğe, ahlaka ve emredici hükümlere aykırılık halinde *bilerek* yer vermemesinden kaynaklandığını ifade etmiştir²⁵⁷. Yazara göre bir hükmün kıyasen uygulaması; somut olaya konuya doğrudan uygulanacak bir kuralın bulunmaması ve uygulanacak hükmün somut olayın bünyesine uygun düşmesi şartıyla söz konusu olabilir²⁵⁸. Yazar, BGB § 139'a benzer şekilde ABGB § 879'daki içerik sakatlıkları bakımından kural olarak tam hükümsüzlüğün benimsenmesini önermiş olmakla beraber, kısmi hükümsüzlük için sözleşmenin bölünebilirliği ve tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmasını savunmuştur²⁵⁹.

Rummel ise, ABGB § 878 hükmünün, ABGB § 879'da yer alan emredici hükümlere aykırılık bakımından kıyasen uygulanmasını kabul etmektedir. Yazar, kısmi hükümsüzlüğe karar vermek için özellikle imkansızlık halinde tarafların sözleşmenin kurulduğu andaki gerçek iradelerinin varlığını aramanın mümkün görülmesine rağmen, ahlaka ve emredici hükümlere aykırılık halinde gerçek iradenin doğru bir çözüme götürmeyeceği kanaati ile bu halde, ihlal edilen normun koruma amacının dikkate alınarak çözüme varılmasını önermiştir²⁶⁰. Bugün itibarıyla de *Rummel*'in bu görüşü nerdeyse istisnasız bir şekilde kabul görmektedir²⁶¹. *Rummel* ahlaka aykırı kayıt içeren sözleşmelerde ise, kısmi hükümsüzlüğün uygulanması için (1) geçersiz kaydın sözleşmenin esaslı olmayan unsurunu teşkil etmesi ve (2) ahlaka aykırı kayıttan zarar görenin, bu kayıt olmaksızın sözleşmeyi yapıp yapmayacağı konusundaki gerçek ve farazi iradesinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır²⁶².

1979 yılında Temyiz Mahkemesinin önüne gelen bir olayda normun koruma amacı dikkate alarak verdiği karara konu olayda, bir doktor ile işvereni arasında

²⁵⁶ ILLEDITS; a.g.e., s. 25 vd.

²⁵⁷ MAYER-MALY; "Über die Teilnichtigkeit", s.270.

²⁵⁸ MAYER-MALY; "Über die Teilnichtigkeit", s. 272.

²⁵⁹ MAYER-MALY; "Über die Teilnichtigkeit", s. 273.

²⁶⁰ Peter RUMMEL; *Kommentar zum ABGB*, 2.Aufl., Manzsche Verlag, Wien, 1990, § 878 ABGB, Rn.4.

²⁶¹ KOZIOL/BYDLINSKI; § 878 ABGB, Rn.5; DITTRICH/TADES; § 879 ABGB, E.23.

²⁶² RUMMEL; § 878 ABGB, Rn. 5. Aynı yönde bkz: DITTRICH/TADES; § 879 ABGB, E. 81.

yapılan hizmet sözleşmesinde, hergün belli sayıda hasta tedavi etme karşılığında ücrete hak kazanacağı kaydı yer almaktadır²⁶³. Tıp Doktorlarına İlişkin Kanun'un (ÄrzteG) o dönemde geçerli olan § 9 maddesine göre yasak olan böyle bir taahhüdün geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Bu karar, subjektif unsurun dikkate alınmayarak, doğrudan normun koruma amacına öncelik verilmesi (*objektif unsur*) açısından sonraki kararlarda da yol gösterici olmuştur. Kararda ayrıca sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin kısmi hükümsüzlüğünün de isabetli olarak ileriye etkili olacağı belirtilmiştir.

Bugün itibariyle nerdeyse istisnasız şekilde, ABGB § 879 çerçevesinde sözleşmenin bir kısmının emredici hukuk kuralına aykırı olması halinde sözleşmenin bir kısmındaki sakatlığın sözleşmenin tamamına yahut bir kısmına ilişkin olacağı meselesinde, sözleşmenin niteliği ya da tarafların farazi iradelerinden ortaya çıkan sonuca göre değil; ihlal edilen yasağın amacı ve niteliği dikkate alınarak çözüme varılacağı kabul edilmektedir²⁶⁴. İhlal edilen yasağın amacı ve niteliğinden kısmi hükümsüzlük sonucuna varıldığında, kısmi hükümsüzlükten doğan boşluğun doldurulması meselesi gündeme gelmektedir²⁶⁵. Bu noktada ilk önce tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurulur, orada bir hüküm bulunamazsa tarafların sözleşmede kullandıkları ifade ve terimlerden gerçek niyetlerine ulaşılmaya çalışılır, yine bir çözüme ulaşılamadığı takdirde son çare olarak farazi iradelerine başvurulur²⁶⁶.

Zaman, yer ve işin niteliği olarak sınırlandırılmamış rekabet yasağı kayıtları, § 879'a göre ahlaka aykırı sayılmakla beraber, bu kaydı içeren sözleşmenin madde lafzına bağlı kalarak tam hükümsüzlüğü kabul edilmemekte ve § 879 Abs.3'de olduğu gibi, hakimin söz konusu kayıttan zarar görenin menfaatini dikkate alarak, kaydın uygun şekilde sınırlandırılması yolunu tercih etmesi gerektiği uygulamada ve doktrinde kabul edilmiştir²⁶⁷. Yine, ABGB § 879 (3) ve KSchG § 6'da yer alan genel işlem şartları içerisinde sözleşmenin bir tarafının menfaatine aykırı olan kaydın geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Madde hükmünün lafzından yalnızca karşı tarafı aşırı

²⁶³ OGH 10.07.1979, JBI 1981, 48. Benzer yönde başka bir karar için bkz: OHG 28.10.1971 SZ 44/166, JBI 1972, 322.

²⁶⁴ ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 37; KOZIOL/BYDLINSKI; § 879 ABGB, Rn. 29; DITTRICH/TADES; § 879 ABGB, E.23; RUMMEL; 879 ABGB, Rn. 250.

²⁶⁵ ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 41.

²⁶⁶ ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 41-42.

²⁶⁷ OGH 18.04.1963, JBI 1964, 33,34. ILLEDITS; **a.g.e.**, s.89.

zararına olan kaydın geçersizliği düzenlendiğinden, tam hükümsüzlük ihtimali tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler bakımından dikkate alınmamakta olup, bu sözleşmelerde kullanılan genel işlem şartlarında yer alan sorumsuzluk kayıtlarında ya da garanti süresine ilişkin kayıtların hükümsüz olması halinde, ilgili kayıtların kanuna uygun şekilde düzeltilmesi yoluyla geçerliliğin sağlanması kabul edilmektedir²⁶⁸. *Ulmer'e* göre söz konusu kaydın hükümsüzlüğünden sonra oluşacak boşluğun doldurulmaması halinde tam hükümsüzlüğün ortaya çıkması gibi bir durumdan bahsedilemez. Yazara göre, geçerliliği koruyan indirim ile sözleşme boşluğunun doldurulması suretiyle uygun içeriğe getirme arasındaki fark; sözleşme boşluğunun doldurulmasında tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmasıyla uygun bir içerik değişikliği sağlanırken; geçerliliği koruyan indirim hakim tarafından sözleşmeye içerik değişikliği yapma yetkisinin kullanılarak, bu içeriğin adeta zorla kabul ettirilmesidir. *Ulmer'e* göre tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde kullanılan genel işlem şartlarında ikinci bahsedilen durum söz konusudur²⁶⁹. Bugün itibariyle KSchG § 6'da yer alan haksız şartlar listesinin ise geçerliliği koruyan indirimin uygulanmasında yol gösterici nitelikte olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir²⁷⁰.

D- Alman Hukukunda

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Roma Hukukundan gelen *Utile non debet per inutile vitari* kuralı Pandekt Hukukunda ve Ortak Hukukta etkili olmasına rağmen, daha sonra 1900'da BGB'nin oluşturulması aşamasında bu kural istisna olarak kabul edilmek suretiyle kısmi hükümsüzlük kurumu düzenlenmiştir²⁷¹. Alman Medeni Kanununun "*Kısmi hükümsüzlük (Teilnichtigkeit)*" başlıklı 139. maddesinde :

"Hukuki işlemin bir kısmı geçersiz ise, bütün hukuki işlem geçersiz olur; meğer ki tarafların farazi iradesinden²⁷² geçersiz kısım olmadan sözleşmenin geçerli olacağı anlaşılınsın" denilmektedir. Böylece Alman Hukuku açısından tam hükümsüzlüğün kural, kısmi hükümsüzlüğün ise istisna olduğunu söylemek

²⁶⁸ Peter ULMER; "*Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln*", NJW, H.38, 1981, s.2028. ILLEDITS; *a.g.e.*, s. 59,73, 75.

²⁶⁹ ULMER; *a.g.m.*, s.2031.

²⁷⁰ Geniş bilgi için bkz: ILLEDITS; *a.g.e.*, s. 72, 75.

²⁷¹ LAMP; *a.g.e.*, s.10.

²⁷² JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 8.

mümkündür. Şimdi; temelini *favor negotii* ilkesinden alan *Utile non debet per inutile vitari* kuralının BGB'nin kanunlaşma aşamasında terk edilmesinin sebeplerini, 19.yy'da etkili olan hukuk sistemlerindeki (*Gemeinen Recht*, *ALR (Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten-1794 tarihli Prusya Umumi Memleket Kanunu)*, *Rheinischen Recht*) gelişimini dikkate alarak açıklayalım.

Kısmi hükümsüzlük uygulaması ile ilgili olarak **Windscheid**'in Pandekt Hukuku kitabında şu ifadeye rastlanmaktadır: “*Hükümsüzlük; hukuki işlemin ya tümünü ya da bir kısmını kapsar*”²⁷³. **Windscheid**, tam ve kısmi hükümsüzlük kavramlarını *genel kural - istisna kural* sıralaması yapmadan; hukuki olarak eşit bir biçimde yan yana iki sistem olarak öngörmekle beraber, kısmi hükümsüzlüğün kabulüne ilişkin önemli bir açılım yapmıştı. Ancak bu dönemde Pandekt Hukuku doktrininde Roma ve Kanon Hukukunun etkisiyle *Liber Sextus*'ta yer alan *regula iuris “Utile non debet per inutile vitari”* (Geçerli olan geçersiz olanla hükümden düşmez) kuralının uygulanması yaygın hale geldi²⁷⁴. Bu ilkenin açıklanması; sözleşmenin objektif esaslı ve yan noktaları arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi; özellikle de objektif esaslı noktaların geçersizliğinin yan noktaların geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği sorusunu da beraberinde getirmiştir. Bu hususta **Windscheid causa principalis** ilkesini genişleterek şu açıklamayı yapmıştır:

“*Sözleşmenin bir kısmındaki geçersizlik sözleşmenin yalnız bu kısmına etkili olur; meğerki sözleşmenin geri kalan kısmının geçersiz kısım olmaksızın ayakta tutulamayacağı tarafların ya da kanunun amacından anlaşılın*”²⁷⁵. Görüleceği üzere **Windscheid causa principalis** ilkesinden yararlanarak hem *objektif* hem de *subjektif kriter* koymaktadır. Bu yeni subjektif kriter (*subjektive Kriterium*) ise, sözleşmeyi yapanların geçersiz kısım olmaksızın söz konusu sözleşmeyi yapıp yapmama konusundaki iradesidir. Bu durum ise, sözleşmede yer alan bir kayıttan anlaşılabilen gibi, tarafların gerçek amacı araştırılarak da anlaşılabilir. Yazar *causa principalis* kuralına objektif kriterden (*objektive Kriterium*) hareket ederek son

²⁷³ Bernhard WINSCHIED; **Lehrbuch des Pandektenrechts**, Erster Band, 7. Aufl., Frankfurt am Main, 1891, § 82, Rn.4, s.224; LAMP; **a.g.e.**, s.10.

²⁷⁴ ZIMMERMAN; **a.g.e.**, s. 132.

²⁷⁵ WINSCHIED; **a.g.e.**, s.224, dn.12. *Baron*'a göre **Windscheid**'in ileri sürdüğü tam hükümsüzlük kuralının “*subjektif kriter*”i yeteri kadar somut değildir. Julius BARON; **Pandekten**, 5. Aufl., Leipzig, 1885, s.112.

derece geleneksel şu örneği vermektedir: “*Anaparaya ilişkin kayıt geçersiz olduğunda, faize ilişkin kayıt da geçersiz olur*”.

Windscheid'ın yukarıda ifade ettiğimiz görüşü daha sonra **Heinrich Dernburg** tarafından da kabul edilmektedir. Yazara göre “*Utile non debet per inutile vitari*” kuralı genel kural olarak; tam geçersizlik ise istisna olarak (*bugünkü BGB 139 hükmünün tam tersine olarak*) düzenlenmelidir. **Dernburg**'a göre; “*geçerli kısımlar geçersiz kısımlardan ayırt edilir. Bu ayrımın sapılan emredici hukuk kurallarının amacına aykırı bir sonuç doğurması halinde, söz konusu ayırım yapılmaz*²⁷⁶. Görüleceği üzere BGB'nin kanunlaşmasına kadar olan süreçte tam hükümsüzlüğün gerçekleşmesi için hep bazı şartların varlığı aranmıştır.

Yine bu dönemde Justinianus ve Roma Hukukunun etkisiyle konusu ahlaka aykırı veya imkânsız kayıtlar²⁷⁷ içeren hukuki işlemler bakımından kısmi hükümsüzlüğün *ölüme bağlı tasarruflar ve sözleşmeler* arasında bir ayırım yapılarak incelenmesi gündeme gelmiştir. **Savigny**, bu tarz kayıtları içeren bir sözleşmenin tamamının; vasiyetnamenin ise sadece ilgili kısmının geçersiz olmasının adalete daha uygun olacağını ileri sürdü²⁷⁸. BGB § 139 hükmünün “*Sözleşmede bir kaydın geçersizliği, bütün sözleşmenin geçersizliğine yol açar*” prensibi benimsenerek kaleme alınmasında, **Savigny**'nin sözleşmeler bakımından öngördüğü bu farka ilişkin esaslar dikkate alındığı ortadadır: BGB §139 ile **Savigny**'nin çözümü arasında tek bir fark vardır ki; BGB §139'da geçersiz kısım olmaksızın da sözleşmenin geçerliliği tarafların iradesine bağlanmışken, **Savigny** bu halde, sözleşmenin tamamen geçersiz bırakılmasını ve tarafların geçersiz kaydı tekrar gözden geçirerek yeni bir sözleşme

²⁷⁶ Heinrich DERNBURG; **Pandekten**, 1.Band, 7.Aufl., Berlin, 1902, § 124, s. 289.

²⁷⁷ Bu kayıtların gündeme gelmesinde ALR §§ 227, 228, 63, 137 maddelerinde yer alan emredici hükümlere aykırı kayıtlar (unerlaubte Bedingungen) ifadesi ve Fransız Medeni Kanunu 1172 ve 1173.maddelerinde “konusu ahlaka aykırı ve imkânsız olan kayıtlar” ifadeleri de etkili olmuştur. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s.43, dn.10,11.

²⁷⁸ Bu farkın sebebi SAVIGNY tarafından şu şekilde izah edilmiştir: “*sözleşmelerde kaydın yok sayılıp sözleşmenin geçerliliğini devam ettirmesi sağlandığında çoğu zaman tarafların sözleşmeyle ulaşmak istedikleri amaç ve iradeleri dışında gelişen bir durum ile karşılaşılacaktır. Bir başka açıdan ise; bu durum şartı haksız olarak sözleşmeye koyan taraf açısından hediye niteliğinde olacaktır. Sonuç itibariyle böyle bir uygulama yalnızca tarafların amaçlarına aykırı olmakla kalmayacağı gibi, ayrıca şartın varlığından haksız olarak yararlanacak kişinin kötü niyetli olarak sözleşmenin geri kalan geçerli kısmında yer alan avantajlı hükümlerinden yararlanmasını sağlayacaktır. Üstelik tam geçersizlik olması halinde tarafların önünde ahlaka aykırı şart olmadan sözleşmeyi yeniden akdetme imkanı da vardır*”. Friedrich Carl v.SAVIGNY; **System des heutigen Römischen Rechts**, Band 3, Berlin, 1840, s.197.

akdetmelerini önermiştir. BGB § 139 maddesinin tasarı metninde, *Savigny*'nin bu görüşlerinin etkisinin görülmediğini şu ifadelerden anlamak mümkündür: “*Bir sözleşme ilişkisinde irade beyanlarını ayakta tutmaya yönelik amaç, taraflardan birinin niyetinden açıkça anlaşılabilir ise, bu niyetin varlığı sözleşmesel ilişkinin devamına öncelik vermesi itibariyle öncelikle dikkate alınmalıdır*”²⁷⁹. Tarafların sözleşmenin ayakta kalmasına yönelik farazi iradelerine verilen önemin tasarı metnine yansımalarının nedenleri Pandekt Hukukundaki uygulamalarda aramakta fayda vardır.

1900'lü yıllardan önce birçok İmparatorluk Mahkemesi kararında tam hükümsüzlük konusundaki sorunların “*causa principalis*” ilkesi esas alınarak çözüme kavuşturulduğu görülür. 16.11.1857'de verilen bir kararda²⁸⁰; “*sözleşmenin ayrılmaz ve esaslı kısmı geçersiz ise, sözleşmenin tamamı geçersizdir*” denilmekte; bir başka kararda²⁸¹ ise “*Sözleşmenin tam hükümsüzlüğü ancak geçersiz kaydın sözleşmenin esaslı ve ayrılmaz bir parçası olduğu sözleşmenin doğasından tespit edildiği hallerde mümkündür*” denilmektedir. 1898 tarihli bir kararda yer alan; *sözleşmedeki şartların sözleşmenin bütünü ile zorunlu bir iç bağlantı kurduğu ve sözleşmenin yeknesak doğası haline geldiği* yolundaki ifade daha sonraları BGB §139'un gelişiminde önemli rol oynamıştır. Bununla beraber, sadece “*causa principalis*” prensibinin gelişimi ile ilgili değil; “*Utile non debet per inutile vitari*” kuralının ne zaman uygulanması gerektiğiyle ilgili olarak da Mahkeme kararları yol gösterici olmuştur. 1857 tarihli bir İmparatorluk Mahkemesi kararında; hükümsüz olan şart “*sadece yan unsurlardan olup, ayrıca ayrılabilir ve bağımsız bir yapıya sahipse*” söz konusu kuralın uygulanabileceği belirtilmiştir²⁸². 1867'de de buna benzer olarak; bir hukuki işlemde *kanuni sınır aşılmışsa* kısmi hükümsüzlüğün mümkün olacağına karar verilmiştir²⁸³. Burada dikkat edilmesi gereken husus “*kanuni sınırın aşılması*” ibaresidir. Bu ibare yukarıda da açıkladığımız üzere Roma Hukuku metinlerinde tipik iki örnek ile açıklanmaktaydı. 19.yüzyılda ve bugün dahi

²⁷⁹ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Band I, 1888, § 114, s.222.

²⁸⁰ KRIECHBAUM; a.g.m., s. 46.

²⁸¹ KRIECHBAUM; a.g.m., s. 47.

²⁸² KRIECHBAUM; a.g.m., s. 48.

²⁸³ KRIECHBAUM; a.g.m., s. 48.

belli durumlarda varlığı tartışılan “*caiz sınırı indirim*” konusu o dönemlerde “*utile non debet per inutile vitari*” kuralına göre çözümlenmiştir.

Sözleşmenin yalnızca nicel kayıtlarını değil; niteliği itibariyle daraltılması mümkün olan bütün kayıtlar bakımından “indirim”in çözüm olarak öngörüldüğü başka davalarda, İmparatorluk Mahkemesi sonraki tarihli kararlarında başka bir yol uygulamıştır. Mahkeme 1893 yılında verdiği bir kararda, zaman, yer ve işin niteliği olarak sınırlandırılmamış rekabet yasağı kaydı içeren bir sözleşmeyi “*causa principalis*” kuralını dikkate alarak şu ifadelerle tam hükümsüz sayılmasına hükmetmiştir: “*Kendi içerisinde bir bütünlük arz eden ve hükümlerinin parçalara ayrılmayacağı kabul edilen böyle bir sözleşmenin söz konusu kısmındaki hükümsüzlük sözleşmenin tamamını kapsar*”²⁸⁴. Burada o dönemlerde fahiş faiz içeren sözleşmeler bakımından “*utile non debet per inutile vitari*” kuralının yardımıyla indirim yaptırımı uygulanması kabul edilmemiş olup, bunun yerine *causa principalis* kuralının yeniden yorumlanması ile tam geçersizlik formülü geliştirilmiştir. Ayrıca tam hükümsüzlüğü kural olarak öngören BGB § 139’un kaleme alınmasında, Mahkeme kararlarında ve doktrinde sıkça ifade edilmekte olan “*hukuki işlemin bütünlüğü (Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts)*” prensibinin de etkisi kaçınılmaz olmuştur. **Mayer-Maly** 1984 tarihli 2.bası ve 1993 tarihli 3.bası Münih şerhinde konuyla ilgili olarak şöyle demektedir:

“ *BGB § 139 anlamında tam hükümsüzlük sözleşmenin yan yana duran ama birbirinden bağımsız hükümler içermesi halinde değil, yalnızca hukuki işlemin bütünlük arz etmesi halinde söz konusu olur*”²⁸⁵. BGB § 139 çerçevesinde hukuki işlemin bütünlüğünün varlığından söz edebilmek için ise şu kriterler mevcut olmalıdır: Ya hükümsüzlüğün işlemin bütününe kapsamı yönünde tarafların ortak farazi iradesi (*bu kriter süreklilik haline gelmiş mahkeme kararlarından çıkarılmıştır*) ya da özellikle **Mayer-Maly**’nin şerhinde yer aldığı gibi “*tek tek taahhütlerin birbiri arasındaki sıkı birliktelik*” şartı²⁸⁶. Bu konuda 19.yy’daki

²⁸⁴ RGZ 31,97 (III. 48/93; Urteil vom 19.5.1893). Benzer yönde kararlar için bkz: Seuffert’s Archiv 49, nr.240 (Oberstes LG für Bayern, Urteil vom 30.1.1894); dass. 52 nr.249 (OLG Braunschweig, Urteil vom 16.10.1896). Bu konuya ilişkin günümüzde kabul edilen uygulama hakkında yaptığımız açıklamalar için bkz. a.ş.a. s.56.

²⁸⁵ Theo MAYER-MALY, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 1993, § 139, Rn.11.

²⁸⁶ MAYER-MALY, § 139, Rn. 12.

içtihatlar ve ortak hukuk doktrini arasındaki bağlantı göz ardı edilemeyecek şekilde yoğunudur. Nitekim hukuki işlemin bütünlüğü ilkesi tam hükümsüzlük için pozitif bir şart olarak öngörülmeyle beraber, bu kural hiç değiştirilmeden BGB § 139'a aktarılmıştır.

Mayer-Maly'nin konuya ilişkin görüşlerinin devamında, hukuki işlemin bütünlüğü için sadece herhangi birkaç hükmün kendi aralarındaki şekli birliktelik yeterli olmayıp, sözleşmesel taahhütleri birbirine bağlayan ve taraf iradelerinden çıkarılan özel bir bağlantının gerekli olduğu ifade edilmektedir²⁸⁷. 1913 tarihli İmparatorluk Mahkemesi Şerhinde, mahkemenin “hukuki işlemlerin bütünlüğü” meselesini şu şekilde yorumlamıştır: “*Öyle sözleşmesel kayıtlar mevcuttur ki; onların geçersiz oluşu sözleşmenin tamamı açısından -olmazsa olmaz- unsur olarak değerlendirilerek sözleşmenin tamamının geçersizliğine sebep olur*”²⁸⁸. Mahkeme kararlarında sıkça yer almasına rağmen, sözleşmenin esaslı unsuruna ilişkin bir kaydın geçersizliğinin tam geçersizliğe sebep olduğu durumlarda *causa principalis* kuralının uygulanması o kadar doğal bir çözümdür ki; BGB § 139 hükmü kanunlaştırılırken bunu ifade etmeye gerek duyulmamıştır. BGB § 139’da tam hükümsüzlüğün esas kural olarak düzenlenmesinin temelinde, tarafları geçersiz kısım olmaksızın tarafları istemedikleri bir sözleşme ile bağlı tutma ihtimalinin önlenmeye çalışılması yatmaktadır. Zira taraflar aslında *Savigny*’nin de belirttiği gibi sözleşmeyi bölünme kabul edilmeksizin “geçersiz kısım” ile akdetmiş olup, esas alınması gereken kural da tarafların bu niyetlerine öncelik tanımaktır²⁸⁹. O dönemdeki bazı kararlarda, tam hükümsüzlüğün sözleşme özgürlüğünün bir enstrümanı olarak

²⁸⁷ Theo MAYER-MALY; “**Über die Teilnichtigkeit**”, Geschnitzer-GedS, 1969, 281; MAYER-MALY, § 139, Rn. 15. RGZ 78, 115 (RG V. 241/11). RGZ 63, 179, 182. 1906 tarihli karara konu olan olayda, noterden yapılmış bir gayrimenkul satım sözleşmesi, ve bir de bu sözleşmeye bağlanmış ve noterden yapılmamış, genelev işletme şartını içeren arsa satım sözleşmesi söz konusudur. Mahkeme bu konuda “birbirinden bağımsız iki sözleşme” olmadığına, “birbirine sıkı surette bağlı şartları içeren tek bir satım sözleşmesi” olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu olayda genelev işletme kaydını içeren sözleşmeye BGB § 138’i, arsa satım sözleşmesine de BGB § 139’u uygulamak yerine, her iki anlaşmayı tek bir sözleşme görerek ahlaka aykırılık sebebiyle BGB § 138’i uygulamıştır. Eğer bu olayda BGB § 139 uygulansaydı maddenin 2.fıkrası tam geçersizlik için engel oluşturabilirdi. Mahkeme ahlaka aykırı şartları içeren sözleşmeler bakımından BGB § 139 Abs 2’nin tam geçersizlik sonucunu vermesi için yeterli bir silah olmadığı düşüncesindeydi. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 52-53.

²⁸⁸ KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 51.

²⁸⁹ SAVIGNY; **a.g.e.**, s.198.

kullanılmasına hizmet etme amacından ziyade, sözleşmenin ekonomik veya sosyal olarak zayıf olan tarafını koruma amacıyla uygulanması da göze çarpmaktadır²⁹⁰.

19. yüzyılın ikinci yarısına kadar “*fahiş faiz*” kavramı ile kanuni sınırı aşan faiz oranı kastedilmekteydi²⁹¹. Kanuni oranı az miktarda aşmış olsa dahi, aşan kısım ahlaka aykırı değil kanuna aykırı olarak değerlendiriliyordu. Bu bakış açısı sonucu “*utile non debet per inutile vitari*” kuralı, “yasal sınırın” nicelik olarak belli edildiği durumlarda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yasal sınıra indirim amacını gerçekleştirmek üzere uygulanmıştır. Bu durumun tek istinası; karşı tarafın tecrübesizliği, bilgisizliği veya zor durumundan yararlanarak yasal sınırın aşırılığının aşılması durumunda tam hükümsüzlüğe karar verilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır²⁹². Burada sözleşme ve irade özgürlüğünü korumanın ötesinde, ahlaka aykırı davranış sebebiyle mağdur olanı veya sadece ekonomik olarak güçsüz durumda olanı koruma ve hatta ahlaka aykırı şarttan yararlanacak olan tarafı cezalandırma düşüncesi hakimdir.

BGB § 139 hükmünün 2’inci cümlesine göre, hukuki işlemin tamamen geçersizliği sadece, geçersiz kısım olmaksızın hukuki işlemin geçerli olacağı kabul edilmemişse söz konusu olur. Tam veya kısmi geçersizliğe yönelik bir sonuca varmak için, tarafların irade beyanlarının araştırılmasının önemi büyüktür. Peki Mahkeme taraflardan hangisinin iradesini dikkate almıştır? İmparatorluk döneminde hukuki işlemin geçersiz kısım olmaksızın uygulanıp uygulanacağı konusunda toplam 26 adet kararın verildiği, bunlardan 13 tanesinde her iki tarafın irade beyanlarının dikkate alındığı görülmektedir. Diğer 1 tanesi ortaklık sözleşmesi ile ilgili olmakla beraber, 11 tanesinde işlemin geçersizliğinden olumsuz etkilenecek olan tarafın irade

²⁹⁰ 1908 tarihli bir karara konu olan olayda, davacı davalıya 3100 Alman Markı tutarında kredi ve yüksek faiz şartlarını içeren bir kambiyo senedi vermiştir. Bu kayıtlardan “tazminat” başlığı altında yer alan ve 500 Alman Markı tutarında faiz kaydı olduğu anlaşılan kayıt geçersiz olmasına rağmen, Mahkeme sözleşmenin şartlarının birbiri ile sıkı bağ içerisinde olduğunu belirterek tam geçersizliğine karar vermiştir. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 53. Davalının kredi tutarı olan 2600 Alman Markının çoktan ödendiğini ve bu nedenle yüksek faiz şartı olmaksızın geçerli hale geldiğini ileri sürerek yaptığı itirazını Mahkeme reddetmiştir. 1911 tarihli karara konu olan olayda ise, damat ile kayınpeder arasında yapılan bir satım sözleşmesinin fahiş miktarda hesaplanan tadilat masrafını da içermesi sebebiyle sözleşme BGB § 139 Abs.2’ye yer vermeksizin tamamen geçersiz sayılmıştır. (RGZ 78, 120). KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 53-54.

²⁹¹ KALKAN; **a.g.e.**, s. 29.

²⁹² Bu durum çeşitli mahkeme uygulamalarının yanı sıra 13 Mart 1880 tarihli “*Tefeciliğe İlişkin Kanun*”un 302a maddesinde de cezai müeyyidelerle yasaklanmıştı. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 56.

beyanının esas alındığı görülmektedir²⁹³. Bu kararlardan iki tanesi de “*caiz sınıra indirim*” suretiyle kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasını ilgilendirmektedir. Bu konuyla ilgili 1909 tarihli bir kararda Mahkeme; bir kooperatifin üyelerinden biriyle yaptığı ve “*Üyelik İşlemleri Hakkında Kanun*”un § 65 Abs.2 maddesinde belirtilen yasal fesih süresinin üzerinde kararlaştırılan bir süreyi içeren sözleşmenin ahlaka aykırı olarak değerlendirilemeyeceğini ve yasal sınır üzerinden geçerli sayılmasının üyenin yararına olacağını belirtmiştir²⁹⁴.

1911 yılında ise Mahkeme, 15 yıl süre ile bira tesliminin borçlanılmasında, 15 yıllık süreyi ahlaka aykırı sayarak bu kayıttan olumsuz etkilenecek olan tarafın ifaya olan menfaatini ve ekonomik şartlarını değerlendirerek 10 yıla indirilmesine karar vermiştir²⁹⁵. Bu son mahkeme kararlarının ortak özelliğinin, BGB §139 Hs.2'ye göre dikkate alınması gereken irade olarak, söz konusu şartın geçersizliğinin aleyhine olduğu tarafın iradesinin esas alındığını söyleyebiliriz.

1900'lu yıllarda verilen bu kararlara başka bir açıdan bakıldığında, sözleşmenin ahlaka aykırılığı ve ahlaka aykırı sözleşme şartları arasında bir ayırım yapılarak verilen kararlarda da farklılık görülür. Örneğin, mahkeme ahlaka aykırı olarak yapılmış sözleşmelerde BGB §139 Hs.2'yi dikkate almadan sözleşmenin tamamını geçersiz sayarken, ahlaka aykırı şart içeren sözleşmeler bakımından ise sözleşmenin geçersizliğinden olumsuz etkilenecek kişinin korumasını amaç edinmiştir²⁹⁶. Bu anlamda, yasal sınırı aşan sınırı aşan sözleşmelerde “uygun hadde indirim”, Ortak Hukuktan gelen “*utile non debet per inutile vitari*” kuralı geliştirilerek uygulanırken; BGB § 139 Hs.2'nin yardımıyla tarafların farazi iradelerinin hesaba katılması suretiyle bu sonuca ulaşmak düşüncesi benimsenmemiştir²⁹⁷. Buna karşılık, “ahlaka uygunluk sınırını” aşan sözleşmelerde “uygun hadde indirim” uygulamasına bu kayıttan zarar gören taraf lehine başvurulmakla beraber, tam hükümsüzlük sonucuna ise yine bu tarafın farazi iradesi ile ulaşılmıştır. Sonuç olarak, İmparatorluk

²⁹³ RGZ 51, 92 (1902), RGZ 60, 338 (1905), RGZ 64, 35 (1906), RGZ 71, 388 (1909), RGZ 79, 434 (1912), RGZ 82, 124 (1913).

²⁹⁴ RGZ 71, 388. (RG II 704/08). Daha geniş açıklamalar için bkz: KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s.62-63.

²⁹⁵ RGZ 76, 78. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 67.

²⁹⁶ Genelev işletmesi şartı içeren bir satım sözleşmesinin tamamı geçersiz sayılırken (RGZ 63, 112), aşırı yüksek faiz içeren bir borç sözleşmesi, uzun süreli bira taşımacılığı şartı içeren bir satım sözleşmesinde “*geçerliliği koruyan indirim*”in uygulanması tercih edilmiştir RGZ 76, 78.

²⁹⁷ KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 76.

Mahkemesi kararları BGB'nin gelişiminden ziyade 1880 tarihli Tefecilik Kanununun gelişiminde etkili olduğu görülmüştür. Nitekim yüksek faizli işlemler için uygulanması muhtemel gözükken “gabin” kavramına 1900 tarihli BGB'de ayrı bir madde olarak öngörülmemeyerek, ahlaka aykırılığı düzenleyen 138 Abs.2 maddesinde yer verilmiştir.

Alman Hukukunda BGB § 139'a istisna niteliğinde olabilecek bir diğer hüküm de CCF 900 hükmü gibi *favor testamenti* ilkesine paralel olan BGB § 2085 hükmüdür. Madde hükmüne göre, bir vasiyetnamede bir veya birden fazla tasarruftaki sakatlık, vasiyetnamenin tamamen hükümsüz olmasını sağlamaz; meğerki mirasbırakanın sakat kısım olmaksızın ölüme bağlı tasarrufu yapmayacağı sonucuna varılsın²⁹⁸.

Alman Hukukunda, Türk-İsviçre Hukuklarından farklı olarak yalnızca tam hükümsüzlüğün kural olarak benimsendiğini söylemek yetmez; aynı zamanda kısmi hükümsüzlüğün sadece borç sözleşmelerinde değil, bütün hukuki işlemlerde doğrudan uygulanabileceğini ve kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında *tereddüt* edilmesi halinde tam hükümsüzlük sonucuna varılacağını da belirtmek gerekir²⁹⁹.

E- İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda kısmi hükümsüzlük OR Art. 20 Abs.2'de düzenlenmiş olup, maddenin tam metni şu şekildedir³⁰⁰:

“İçeriği imkansız, hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler geçersizdir.

Ancak sakatlık sözleşmenin bir kısmına ilişkin ise, geçersiz olan kısımlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı kabul edilmedikçe yalnız o kısımlar hükümsüz olur”.

Bu hüküm, Roma Hukukundan gelen *favor negotii* ya da bir başka adıyla *favor contractus* prensibi (*sözleşme yararına yorum*) çerçevesinde sözleşmeyi ayakta

²⁹⁸ JAUERNIG; § 2085, Rn.1.

²⁹⁹ Dieter MEDICUS; **Allgemeiner Teil des BGB**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, §35, Rn.498-500; STAUDINGER/ROTH; **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil 4, §§ 134–163, Neubearbeitung**, Berlin, 2003, § 139, Rn.63; SOERGEL/HEFERMEHL; **BGB § 139**, Rn.25; Pierer von ESCH; **Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des BGB § 139**, Köln/Bonn/München, 1968, s. 54.

³⁰⁰ Kısmi hükümsüzlük bundan önce yürürlükte olan 14 Haziran 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun Art. 17a maddesinde de benimsenmişti. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 14.

tutma gayretinin bir uzantısı olmakla beraber, sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkelerinin de tamamlayıcısıdır³⁰¹. Kısmi hükümsüzlük kurumunun temeli, Roma Hukukunda *Liber Sextus*'ta yer alan ve daha sonra Ortak Hukuk ve Pandekt Hukukunda etkisini sürdüren bir *regula iuris* olan “*Utile non debet per inutile vitari*” (*Geçerli olan geçersiz olanla hükümden düşmez*) kuralından almaktadır³⁰². Roma Hukukundan temel olarak İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde yer bulan bu düzenlemenin *ratio legis*, tarafları sözleşme ilişkisini kurmaya iten menfaatlerini mümkün olduğunca ayakta tutabilmek ve sözleşmenin geçersiz kısımlar olmaksızın geçerliliğini sağlayabilmektir³⁰³. İsviçre Hukukunda istisnasız şekilde kısmi ve tam hükümsüzlük eşit şekilde yan yana duran hükümsüzlük kuralları olarak değil; istisna - genel kural sıralaması yapılarak değerlendirilmiştir³⁰⁴. Bu tespitin önemi şuradadır: hakim tarafların farazi iradelerinin araştırılması sonucunda şüphede kaldıysa ve kısmi hükümsüzlüğün diğer şartları da oluştuysa, sözleşmenin bölünebilir olması şartıyla sözleşmenin kısmen hükümsüz sayılmasına öncelik tanıyacaktır.

Kısmi hükümsüzlükten bahsedebilmek için öncelikle, kural olarak geçerli şekilde kurulmuş bir borç sözleşmesinin gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁵. Bu sonuç madde hükmünün Borçlar Kanunundaki yeri dikkate alındığında kolaylık anlaşılır. Hatırlanacağı üzere sözleşme; tarafların sayısına göre tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı sözleşme olabileceği gibi, niteliğine göre *sui generis*, bileşik ve karma yapıları bir sözleşme olabilir³⁰⁶. Bu genel kabulün yanı sıra birçok İsviçre Federal Mahkemesi kararında borç sözleşmesi niteliğinde olmayan boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmeler ve ölüme bağlı tasarruflarda kısmi hükümsüzlüğün

³⁰¹ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 3. *Piotet*'e göre bu hüküm, irade özerkliği ve favor negotii kurallarından temel alırken (Paul PIOTET; “**De l’invalidité partielle des Actes Juridiques spécialement en cas de vice du consentement**”, ZSR, 1957, s. 99), *Engel*'e göre kuralın temeli “pacta sunt servanda” ilkesinin uygulanmasıdır. ENGEL; **a.g.e.**, s. 294.

³⁰² STAFFHORST; **a.g.e.**, s.27.Ulp.Digesta 45.1.1.5.

³⁰³ HONSELL; **Art.20 OR**, Rn.14; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 3.

³⁰⁴ BECKER; **Art.20 OR**, Rn.15. BUCHER; **a.g.e.**, s. 234. PIOTET; **a.g.m.**, s. 113. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 66.

³⁰⁵ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s.19.

³⁰⁶ Fritz MEYER; **Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte**, Basel, 1949, s. 77 vd; PIOTET; **a.g.m.**, s. 114; von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 228; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 103; TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 228 vd.

uygulandığını görmeye beraber³⁰⁷; sözleşme niteliğinde olmayan vakıf kurma işleminde dahi kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı görülmüştür³⁰⁸.

Kısmi hükümsüzlükten bahsedebilmek için gereken ikinci şart ise, sözleşmenin bir kısmının OR Art.20’de yer alan dar anlamda içerik sakatlıklarından (*Inhaltsmangel*) biriyle sakatlanmış olması gerekir³⁰⁹. Sözleşmedeki şekil eksikliği veya ehliyetsizlik gibi diğer hükümsüzlük sebepleri kural olarak Art.20 Abs.2 kapsamına girmemekle beraber sözleşmenin geniş anlamıyla içerik sakatlıkları olarak değerlendirilerek uygulama ve doktrinde kısmi hükümsüzlüğün bu hallerde de kıyasen uygulanacağı kabul görmektedir³¹⁰. Üçüncü şart olarak, Art.20 Abs.2’nin lafzından hareketle, tarafların farazi ya da gerçek iradelerinden geçersiz kısım olmaksızın sözleşmeyi hiç yapmayacaklarının anlaşılması gerekir³¹¹. Dördüncü ve son şart ise; sözleşmenin bölünebilir niteliğinin olması gerekir³¹². Sözleşmenin bölünebilirliğinden ne anlaşılması gerektiği İsviçre Hukukunda uzun zaman tartışılmakla beraber, bazı yazarlar tarafından farklı ayrımlar yapılmıştır³¹³.

F- Türk Hukukunda

Türk Hukukunda kısmi hükümsüzlük kurumuna İsviçre Borçlar Kanununa (OR. Art. 20 Abs.2) paralel olarak Borçlar Kanunumuzun 20.maddesinin 2.fikrasında şu şekilde yer verilmiştir: “*Akdi muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdi yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur*”. Türk Hukuku’ndaki BK.m.20/f.2 hükmü, OR Art.20 Abs.2’den iktibas edilmiş olması itibariyle, İsviçre Hukukunda kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına ve özelliklerine ilişkin öğretilerdeki görüşler ve uygulama, Türk Hukuku açısından yol gösterici niteliktedir. Bu itibarla ilerideki açıklamalarımızda bu görüşlere yeri geldikçe değineceğimiz için, burada sadece madde hükmünün yeri hakkında bilgi vermekle

³⁰⁷ BGE 104 II 241; 93 II 159; 108 II 405. ZBJV 86, 1950 S.410.

³⁰⁸ BGE 73 II 88; 108 II 393.

³⁰⁹ Bu kavram için bkz: HÜRLIMANN; a.g.e., s. 21.

³¹⁰ ENGEL; a.g.e., s. 207; TANDOĞAN; a.g.e., s. 53; SCHWENZER; OR AT; Rn.31.28; 39.08 vd.

³¹¹ HÜRLIMANN; a.g.e., s. 56; GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 700; HUGUENIN; Art. 20 OR, Rn. 63.

³¹² HÜRLIMANN; a.g.e., s. 17, 43.

³¹³ Geniş bilgi için bkz: HÜRLIMANN; a.g.e., s. 43.

yetiniyoruz. Kısaca diyebiliriz ki, Türk Hukuku bakımından da Roma Hukukundan kaynaklanan *Utile non debet per inutile vitari* ilkesi aynen benimsenmiştir. Gerçekten de bu hüküm ile esas olan, bir kısmı sakat olan sözleşmenin kural olarak korunmasıdır (*favor contractus-sözleşme yararına yorum ilkesi*). Bu yaptırımın temelinde, tarafların sözleşmenin geçerli olduğuna ilişkin inançları yatar. Ancak sakat kısım olmaksızın bir sözleşmeyi geçerli kılmak kural olmakla beraber, tarafları aslında istemedikleri bir sözleşme ile bağlı tutma tehlikesine karşın sözleşmenin tamamen geçersiz kılınması imkânı da yine onların isteklerine bırakılmıştır³¹⁴. Yani taraflardan birisi için geçersiz olan sözleşme kaydı *condicio sine qua non (olmazsa olmaz)* koşulu idiye, kısmi hükümsüzlük uygulanmayıp sözleşme tamamen geçersiz olur. Tarafların sözleşmenin geri kalanının akıbeti ile ilgili farazi iradelerinin tespiti meselesi, kanun koyucunun hakime vermiş olduğu bir görevdir³¹⁵.

Hukuki işlemleri veya sözleşmeleri imkân ölçüsünde ayakta tutacak çözümlere üstünlük tanımak gerektiği yolundaki *“favor negotii”* ve *“favor contractus”* ilkeleri çerçevesinde kısmi hükümsüzlük prensibinin kural olması esası Borçlar Kanunu Tasarısında da aynen benimsenmiştir. Gerçekten de, TBMM Adalet Komisyonu'nun 25.12.2008 karar tarihli ve 1/499 Esas numarası ile hazırladığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın³¹⁶ BK.m.20/f.2'yi karşılayan 27.maddesinde: *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”* denilmektedir³¹⁷. Buradaki *“açıkça”* ibaresini kanımca tarafların gerçek iradesi olarak anlamamak gerekir. Nitekim gerçek ortak iradenin varlığı halinde butlan anlaşmasından söz edilir ve bu halde zaten BK.m.20/f.2 c.2 gereği farazi iradenin araştırılmasına gerek kalmaz. Yine bir diğer sakınca da; tam hükümsüzlük sonucuna varmak için ille de tarafların gerçek iradelerini aramanın kısmi hükümsüzlük kurumunun bünyesine ve tarihsel gelişimine uymayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Buradaki *“açıkça”* ibaresi tarihsel

³¹⁴ BAŞPINAR; a.g.e., s. 29 vd.; HATEMİ, **Fasiküller**, s. 67; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s.598; EREN; a.g.e., s.303; OĞUZMAN/ÖZ; a.g.e., s.130; REİSOĞLU; ; a.g.e., s. 135.

³¹⁵ HÜRLIMANN; a.g.e., s. 56; Peter GAUCH; **“Vertrag und Parteiwille”**, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg/Schweiz, 1982, s. 362.

³¹⁶ Bkz: Çevrimiçi [http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf].

³¹⁷ Farazi ortak iradenin tespitine ilişkin açıklamalarımız ve Borçlar Kanunu Tasarısı hakkındaki değerlendirmelerimiz için bkz: aşa. s. 147 vd.

yorum metodundan yararlanarak, tarafların farazi iradelerinin tespitine yönelik yöntemi göstermesi amacıyla şu şekilde yorumlanabilir: Bundan böyle yalnızca dürüst sözleşenler olarak tarafların iradesinin ne yönde olacağı (*objektif unsur*) araştırılmayacak; aynı zamanda tarafların sözleşmenin tamamında kullandıkları ifadeler, sözleşme öncesi görüşmeler ve sözleşmeyi yaptıkları andaki fiili ve psikolojik durumları (*subjektif unsurlar*) da araştırılarak ortaya çıkan farazi iradeleri de dikkate alınarak sonuca varılacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki; Borçlar Kanunumuzun “Akitten doğan Borçlar” başlıklı Birinci Faslında yer alması sebebiyle kısmi hükümsüzlük kuralı olarak doğrudan borç doğuran sözleşmelere uygulanmaktadır³¹⁸. Ancak ifade etmek gerekir ki; MK.m.5’in atfı nedeniyle BK.m.20/f.2 hükmü, niteliğine uygun düştüğü ölçüde bütün özel hukuk ilişkilerine *kıyasen* uygulanacaktır³¹⁹.

³¹⁸ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 54. Bu kuralın istisnaları ve kısmi hükümsüzlüğün başkaca uygulama alanlarına ileriki bölümlerde yer verilecektir.

³¹⁹ Hatırlayacağımız üzere, Alman ve Fransız Hukukunda kısmi hükümsüzlük kuralı ölüme bağlı tasarruflar ve sözleşmeler bakımından mevzuatta farklı düzenlemelere tabi kılınmıştır. **Alman Hukukunda** sözleşmeler bakımından tam hükümsüzlük kuralı; kısmi hükümsüzlük istisna iken (BGB § 139); ölüme bağlı tasarruflarda kısmi hükümsüzlük kuralı olarak benimsenmiştir (BGB § 2085). **Fransız Hukukunda** ise, CCF 1172 hükmünde sözleşmeler bakımından tam hükümsüzlük kuralı olarak benimsenirken; CCF 900 hükmünde ölüme bağlı tasarruflar bakımından kısmi hükümsüzlük kuralı olarak benimsenmiştir.

II. BÖLÜM

KİSMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜN ÖZELLİKLERİ, ŞARTLARI VE SEBEPLERİ

I- Kısmi Hükümsüzlüğün Özellikleri

Kısmi hükümsüzlüğün ilk ve en önemli özelliği, *favor contractus* ve *favor negotii* ilkesi uyarınca sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulmasını sağlamaya yönelik bir amaçla mevzuatta düzenlenmiş olmasıdır (BK.m.20/f.2). Bu özelliğinin gereği olarak, somut olayda BK.m.20/f.2’de düzenlenen kısmi hükümsüzlüğü uygulama olanağı varken, BK.m.20/f.1’e gidilmemesi gerekmektedir¹. Aynı şekilde tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradelerinin tespitinde *tereddüt* edilmesi halinde (*im Zweifel*) tam hükümsüzlüğe gidilmemelidir². Bunun dışında, BK. m.20/f.2’de yer alan “*akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur...*” ifadesindeki “*şart*” kavramını, mehz kanunun (OR Art.20 Abs.2) Almanca metninde yer alan “*kısım*” (*Teil*) ifadesine uygun olarak, sözleşmenin içeriğinde yer alan “*sözleşme kaydı*” olarak anlamak gerekmektedir³. Madde hükmünün bu ifadesinden kısmi hükümsüzlüğe ilişkin ikinci özellik olan, bölünebilir nitelikteki hukuki işlemler bakımından kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceğini görmekteyiz. Burada kastedilen esasında, sakatlığın ilişkin olduğu kısmın sözleşmeden çıkarılıp atılmasıyla beraber, sözleşmenin geri kalanının geçerli kalacak bir niteliğe sahip olması gerektiğidir. Bu niteliği tespit etmeye yarayan şartları bir sonraki başlık altında açıklayacağız.

Bunun dışında, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen BK.m.20/f.2 hükmü emredici nitelikte değildir. Yani taraflar sözleşmenin bir kısmı geçersiz olduğunda sözleşmenin tamamının geçersiz olacağını sözleşme kurulurken kararlaştırabilirler (*butlan anlaşması*)⁴. Böyle bir anlaşma yok ise, tarafların geçersiz kısım olmaksızın sözleşmeyi yapıp yapmayacakları yönündeki farazi iradeleri araştırılır. Farazi

¹ Eski hukukumuzda da bu kural “*tamamı elde edilemeyen bir şeyin tamamının terki gerekmez*” şeklinde ifade edilmektedir.

² HÜRLIMANN; a.g.e., s. 66; MEYER; a.g.e., s. 88; JOSEPHAL; a.g.e., s. 4.

³ HÜRLIMANN; a.g.e., s. 42; GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 691; KRAMER; Art.19/20 OR, Rn. 334; BAŞPINAR; a.g.e., s. 125.

⁴ Bu konuyla ilgili geniş açıklamalarımız için bkz: aşa. s.137 vd.

iradelerden kesin bir sonuca varılmadığı takdirde *-kısmi hükümsüzlüğün diğer şartlarının da oluşması şartıyla-* bir başka deyişle tereddüt halinde (*im Zweifel*) sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına karar verilir⁵. Bu özellik; kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlük karşısında **ana kural**; tam hükümsüzlüğün ise **istisna** olmasından kaynaklanır⁶. İsviçre Hukukunda da OR Art. 20 Abs. 2'nin ana kural olmasından yola çıkılarak, maddenin kısmi hükümsüzlük lehine bir **karine** oluşturduğu ve geçersiz kısım olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını iddia eden kişinin bunu somut vakıalarla ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷. Yani OR Art. 20 Abs. 2'nin bir **ispat kuralı** olduğunu ve tam hükümsüzlüğü isteyen tarafın, geçersizliği bilselerdi sakat hüküm olmaksızın sözleşmeyi yapacak olduklarını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Türk Hukukunda da kanun koyucunun tarafların farazi iradelerinin, bir kısmı sakat olan sözleşmeyi muhafaza etme yönünde bir **karine** ortaya koyduğu görüşü kabul edilmektedir⁸.

Yine bu başlık kısmi hükümsüzlüğün, kesin hükümsüzlüğün bir türü olması nedeniyle, kesin hükümsüzlüğün özelliklerini barındırdığını yinelemek gerekir. Buna göre sözleşmede yer alan konusu imkansız, ahlaka ya da hukuka aykırı kayıt, herhangi bir beyana veya hakimin hükmüne ihtiyaç kalmaksızın kendiliğinden hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla geçersiz bir kaydı barındıran bir sözleşme hakim önüne geldiği vakit, hakimin kısmi hükümsüzlüğün şartlarının oluşup oluşmadığına yönelik re'sen yapacağı araştırma sonucunda verdiği karar tespit niteliğinde olacaktır.

Son zamanlarda oldukça taraftar toplayan sınırlı esneklik görüşü⁹ çerçevesinde, yasaklayıcı normlara aykırılığın açıkça BK.m.20 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmadığı durumlarda, karine olarak BK.m.20'nin uygulanacağı kabul edilmekle beraber, uygulanacak kesin hükümsüzlüğün ihlal edilen normun

⁵ HÜRLIMANN; a.g.e., s. 66.

⁶ KRAMER; Art.19-20 OR, Rn.328; HÜRLIMANN; a.g.e., s. 67; HONSELL/VOGT/WIEGAND; Art.19/20 OR, Rn.64; Georg JOSEPHAL; **Die Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 und Art. 20 Abs.2) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendungsmöglichkeit auf die Verbindung von dinglichem und obligatorischem Geschäft**, Basel, 1933, s.4.

⁷ JOSEPHAL; a.g.e., s.5; HÜRLIMANN; a.g.e., s. 56, 66; GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 693; HONSELL; Art. 20 OR, Rn. 21; KRAMER; Art. 19/20 OR, Rn. 329; BGer 4C.156/2006, E.3.2.

⁸ BAŞPINAR; a.g.e., s. 91.

⁹ Bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 589 vd.

anlam ve amacına uydurularak bazı değişikliklere tabi tutulmasına imkân sağlanmaktadır¹⁰. Aynı durum *çoğun içinde az da vardır* ilkesi gereğince kesin hükümsüzlüğün türü olan kısmi hükümsüzlük bakımından da söz konusu olmalıdır¹¹. Bu anlamda örneğin, şirketler hukukuna ilişkin olmak üzere, aynı sermaye karşılığı olan pay senetlerinin ortaklığın veya sermaye artırımını kararının tescilinden itibaren iki yıl geçmeden başkalarına devrinin *şirkete* karşı hükümsüz olacağına ilişkin TTK.m.404 hükmü ile ilgili olarak Yargıtay, söz konusu sözleşmenin pay sahibi ile üçüncü kişi arasında da kesin hükümsüz olacağına karar vermiştir¹². Ortaklık malvarlığının korunması amacına, üçüncü kişi ile pay sahibi arasındaki sözleşmeye tam hükümsüzlüğün değil de kısmi hükümsüzlüğün uygulanması yolu ile de ulaşılabileceği gerekçesiyle bu karar haklı olarak eleştirilmiştir¹³. Aynı zamanda söz konusu madde hükmü, ihlal edilen norm gereğince kesin hükümsüzlüğün uygulanmasını gerektirmesine rağmen, söz konusu normun anlam ve amacından kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasının ortaya çıkabileceğine güzel bir örnek teşkil etmektedir¹⁴. Buradan hareketle diyebiliriz ki, ihlal edilen normun açık ya da örtülü biçimde kısmi ya da kesin hükümsüzlüğü öngörmediği bir durumda, söz konusu normun anlam ve amacının araştırılarak en uygun hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerekmektedir.

Yine sınırlı esneklik görüşü çerçevesinde kısmi hükümsüzlüğün katı bir şekilde uygulanamayacağı hallerin bulunduğu söylenebilir. Örneğin, TKHK m.6/f.2'nin "Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir" hükmündeki "*bağlayıcı değildir*" ifadesi, kaydın sadece tüketici açısından geçersiz olduğunu ve hakim tarafından sırf onun lehine görevinden ötürü göz önünde tutulabileceğini gösterir¹⁵. Bu halde satıcı ya da

¹⁰ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 37. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 592.

¹¹ OR Art.20 Abs.2 hükmünde öngörülen kısmi hükümsüzlük bakımından geleneksel kısmi hükümsüzlük anlayışının, madde hükmüne zamanla sözleşme içeriğini "*düzeltilici*" fonksiyon atfedecek şekilde genişlediğini göz ardı etmek mümkün değildir. ABEGG; **a.g.e.**, s. 150.

¹² Y. 11.HD. T.24.6.1986, E. 1986/2374, K.1986/3800.

¹³ MOROĞLU; **a.g.e.**, s. 133, dn. 9.

¹⁴ Bir hukuki işlemin "hukuka aykırı" olması mutlaka BK.m.20/f.1'deki kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasını gerektirmez. Somut olayın özelliklerine göre, sözleşmenin kısmen geçerliliğinin devam edebilmesi hakimin müdahalesi ile mümkün olabilmelidir. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 217-218.

¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 593.

sağlayıcı, bu kaydın geçersiz olduğunu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu (BK.m.20/f.2, c.2) ileri sürerek sözleşmenin tamamen hükümsüz sayılmasını gerektiğini iddia edemeyecektir. TKHK m.6/f.2 hükmü, bizzat kanun tarafından kısmi hükümsüzlüğün yapısında değişiklik getirerek yalnızca tüketici lehine uygulanacağına ilişkin esnek bir kısmi hükümsüzlük örneği yansıtmaktadır.

Son olarak, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen BK.m.20/f.2 hükmü, hakim açısından *sınırlayıcı* bir hüküm değildir. Bunun anlamı; kısmi hükümsüzlük yalnızca BK.m.19 ve 20/f.1’de yer alan imkânsızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık gibi içerik sakatlıkları sebeplerinden herhangi biriyle sakatlanmış olan sözleşmeler bakımından değil; borç sözleşmesi niteliği taşımayan sözleşmeler, sözleşme niteliği taşımayan tek taraflı hukuki işlemler (*örneğin vasiyetname¹⁶, aile vakfına¹⁷*) ve hatta askıda hükümsüz hukuki işlemler bakımından dahi uygulanması söz konusu olabilmektedir¹⁸.

Türk hukuk sisteminde eşya hukukunda illilik prensibi (sebebe bağıllık-*Kausalprinzip*) geçerli olduğu için, tasarruf işlemlerinin hukuki sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlem (satım, bağışlama sözleşmesi vb.) geçersiz olduğunda, tasarruf işlemi de geçersiz olur. Burada kısmi hükümsüzlüğün uygulanması mümkün değildir¹⁹.

¹⁶ BGE 84 II 355. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 20; LAMP; **a.g.e.**, s. 103-104.

¹⁷ BGE 75 II 81; 78 II 74; 108 II 393, 398.

¹⁸ BGHZ 53, 174, 178. Bkz: LAMP; **a.g.e.**, s. 105. Alman Eyalet Mahkemesi’nin 1995 yılında verdiği bir karara konu satım sözleşmesinde davalı eşler davacıya komandit ortaklık payının %75’ini (37.500 toplam olmak üzere eşlerden her biri için 18.750 Alman Markına tekabül etmekteydi) devretmeyi taahhüt ederler. Ancak bu devir, 1.11.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılan GmbHG § 17 (*BGBI, 23.10.2008, S.2026*) hükmüne aykırı olduğundan geçersizdi. Doktrinde bu kararın ardından tartışılan mesele, satım sözleşmesinin (*borçlandırıcı işlem*) kısmen geçersiz olduğu kabul edildiği vakit ortaklık payı devri sözleşmesinin (*tasarruf işlemi*) geçersizlikten etkilenip etkilenemeyeceği sorunu idi. Eyalet Mahkemesi BGB §§ 134 ve 139 hükmünü uygulayarak, hem satım hem de devir sözleşmesinin geçersiz olmasına karar vermiştir. Doktrinde ise soyutluk prensibi gereği devir işleminin geçersizlikten etkilenmemesi ve tarafların farazi iradelerini arayan BGB § 139 hükmünün uygulanmaması gerektiği savunulmaktaydı. Aynı zamanda GmbHG § 17 hükmünün kötüye kullanılabilen bir hüküm olduğu belirtilmekle beraber, devir konusu payın tekabül ettiği meblağın GmbHG §§ 17 IV, 5 III gereğince 100’lük kısımlara ayrılması gerektiğinden ve ayrılmayan kısmın başlangıçta imkânsız olduğu kabul edilirken, geçersiz olan bu kısım için indirim yaptırımı uygulanması gerektiği savunulmuştur. Karl G. DEUBNER; **“Von verfehlter und richtiger Anwendung des § 139 BGB- OLG- Schleswig, NJW-RR 1995, 554”**, JuS 1996, s. 106-110.

¹⁹ EREN; **a.g.e.**, s. 306. Alman Hukukunda ise soyutluk ilkesi (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*) geçerli olduğu için BGB § 139’daki tam hükümsüzlük ana kuralının uygulanması mümkün değildir. Jan WILHELM; **Sachenrecht**, 3.Aufl., De Gruyter, Berlin, 2007, s. 352-353.

II- Kısmi Hükümsüzlüğün Şartları

A- Genel Olarak

BK.m.20/f.2’de düzenlenen kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için aranan şartların tamamı anılan madde hükmünün lafzından açıkça anlaşılabilen şartlardır. İsviçre Hukuk doktrininde kısmi hükümsüzlüğün şartları genellikle objektif ve subjektif şartlar olmak üzere iki grupta incelenmektedir²⁰. Türk Hukukunda **Baspinar**, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin şartları; olumlu objektif şartlar ve olumsuz objektif şart ve olumlu subjektif şart olmak üzere üç grupta incelemiştir²¹. **Eren** ise, yalnızca *objektif* ve *subjektif şartlar* olmak üzere iki grupta incelemiştir²². Biz de, kısmi hükümsüzlüğün şartlarını objektif ve subjektif şartlar olmak üzere iki grupta incelemeyi uygun gördük. Bu anlamda, BK.m.20/f.2’nin lafzını esas alarak, tarafların sakat kısım olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olmalarını veya butlan anlaşması yapmamış olmalarını **subjektif şart** olarak değerlendirirken; geçerli bir borç sözleşmesinin kurulmuş olmasını, sakatlığın sözleşmenin yalnızca bir kısmına ilişkin olmasını ve sözleşmenin bölünebilir olmasını **objektif şartlar** içerisinde değerlendirdik. Bu anlamda, tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin muhafazası yönünde olması gerektiği yönündeki şartı da ayrı bir başlık altında incelemeye gerek duymadık. Zira subjektif şart altında farazi iradeleri araştırırken, tarafların böyle bir niyetlerinin olup olmadığı zaten araştırılmış olacaktır. Üstelik unutmamak gerekir ki; BK.m.20/f.2 hükmü kısmi hükümsüzlüğü genel kural; tam hükümsüzlüğü istisna olarak düzenlemiştir. Burada **Windscheid**’ın Pandekt Hukukunda ileri sürdüğü gibi *yan yana eşit şekilde (ya bu ya o)* öngörülmüş bir kısmi hükümsüzlük-tam hükümsüzlük sistemi söz konusu değildir. Sözleşmenin bir kısmının sakat olduğu durumda, ana kural kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasıdır. Tarafların farazi iradeleri tam hükümsüzlüğün uygulanmasında aranacak olup, tarafların “*sakatlığı bilmiş olsalardı kısmi hükümsüzlüğü isterlerdi*” yönündeki farazi iradenin varlığı ayrıca farklı bir başlık altında aranmayacaktır. Zira kanun

²⁰ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 689; HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn. 15-16; KRAMER; **Art. 19-20 OR**, Rn. 338, 342.

²¹ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 52 vd.

²² EREN; **a.g.e.**, s. 304 vd.

koyucu esasen tarafların böyle sözleşmeyi kısmen ayakta tutma yönündeki farazi iradenin varlığına yönelik bir karineden hareket ederek tam hükümsüzlüğü istisna olarak kabul etmiştir.

B- Kısmi Hükümsüzlüğün Objektif Şartları

1- Sözleşmenin Geçerli Şekilde Kurulmuş Borç Doğuran bir Sözleşme Olması

Türk-İsviçre Hukukunda BK.m.20/f.2'nin Borçlar Kanunundaki yeri dikkate alınarak kısmi hükümsüzlüğün *doğrudan* borç sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir²³. Sözleşmenin iki taraflı ya da bir tarafında birden çok kimsenin bulunduğu çok taraflı bir sözleşme olup olmamasının önemi yoktur²⁴. Ancak MK.m.5'in atfı gereği BK.m.20/f.2'de yer alan kısmi hükümsüzlük, *niteliğine uygun düştüğü sürece* özel hukuk kapsamındaki bütün hukuki işlem ve sözleşmeler bakımından söz konusu olabileceği unutulmamalıdır. Nitekim MK.m.20/f.2 sözleşme niteliğinde olmayan “karar”lara²⁵, vasiyetnamelere²⁶, tamamlayıcı unsur niteliğindeki hakim onayına kadar eksik sayılan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmelere²⁷ ve hatta Usul Hukuku sözleşmelerine²⁸ dahi *kıyasen* uygulanması söz

²³ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 19; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.56. Tarafların bir borcun doğumu amacına yönelik yaptıkları sözleşmelere “borç sözleşmesi” (borç doğuran sözleşme) denir. Borç doğuran sözleşmeler, bir borç kaynağı olarak Borçlar Hukukunun konusunu oluşturmaktadır. DURAL/SARI; **a.g.e.**, s. 169.

²⁴ STAUDINGERS; § 139 BGB, Rn. 44.

²⁵ Anonim ortaklıkta genel kurul kararlarında kısmi hükümsüzlük uygulaması ile ilgili olarak yer alan örnekler için bkz: Erdoğan MOROĞLU; **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 145. Yazar anonim ortaklığın genel kurul kararında kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, genel kurulun iradesine göre bir bütün teşkil eden ve kısımları arasında bir “iç bağlantı” bulunan kararın meydana getirdiği **hukuki sonuçların** bölünebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar verdiği örnekte bir anonim ortaklığın yönetim kuruluna A,B,C,D ve E'nin seçimine ilişkin genel kurul kararının, bu kararın alındığı sırada Avrupa gezisinde olan A ve B'nin trafik kazasında ölmeleri sonucu, söz konusu kararın A ve B'ye ilişkin kısmının kısmi imkânsızlık nedeniyle hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmektedir. Limited şirket genel kurul kararları bakımından aynı yönde bkz: Fahrettin ÖNDER; **“Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”**, DEÜHFD, C:7, S:1, İzmir, 2005, s. 108.

²⁶ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 20.

²⁷ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 20. BGE 108; II 405; 104 II 241; 93 II 159. Bu konuda detaylı değerlendirmelerimiz için bkz. aşağıda s. 246 vd.

²⁸ **Kendigelen**'in 14.07.2003 tarihli mütalaasına konu olan olayda, taraflar yaptıkları sözleşmede, münhasır delil sözleşmesi niteliğinde kabul edilen bir hakem-bilirkişilik kaydına yer vermişlerdir. Söz konusu kaydın üç hakem-bilirkişinin sözleşmedeki öngörülen kişiler tarafından seçilebileceklerine ilişkin kısmının geçerli olmasına rağmen, dördüncü hakem-bilirkişinin Yargıtay

konusu olabilmektedir²⁹. Alman Hukukunda ise BGB § 139 hükmünün *lafzı gereği* kısmi hükümsüzlük, bütün hukuki işlemlere doğrudan uygulanmaktadır³⁰.

Hatırlanacağı üzere sözleşmeler; borç ilişkisinin doğmasına neden olan sözleşmeler olarak borçlandırıcı sözleşme, malvarlığına dahil hakları veya bir hukuki ilişkiyi kuran, değiştiren ya da kaldıran tasarruf sözleşmeleri ve sürekli nitelikli birliktelik gösteren bir ilişkiyi kuran, değiştiren ya da kaldıran sözleşmelere olarak statü sözleşmeleri olarak üç grupta değerlendirilebilmektedir³¹. Kısmi hükümsüzlüğün doğrudan kural olarak borç doğuran sözleşmelere uygulanmasının yanında tasarruf ve statü sözleşmeleri bakımından da *kıyasen* uygulanabilmesi mümkündür. Nitekim BK. m. 99 ve 100 anlamında sorumsuzluk anlaşması, ileride alacaklının malvarlığının aktifinde yer alması beklenen bir tazminat hakkına doğrudan doğruya etki eden ve bu hakkı ortadan kaldıran tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşme olmasına rağmen³², kısmi hükümsüzlüğün en yaygın uygulandığı hallerden birini oluşturmaktadır³³.

Kısmi hükümsüzlüğün doğrudan uygulanacağı borç sözleşmelerinin tek tarafa ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşme olup olmadığının önemi yoktur³⁴. Tam iki tarafa borç yükleyen (*karşılıklı- sinallagmatik*) ve bileşik sözleşmelerde *kural olarak* kısmi hükümsüzlük uygulanamaz³⁵. Bir tarafın ediminin diğer tarafın ediminin karşılığı olarak belirlendiği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin anlam ve amacının kaybolmasına neden olacak şekilde bu edimlerden “*karakteristik edim*” niteliğindeki edime ilişkin kaydın hükümsüzlüğü; yani basit kısmi

başkan ve yardımcısının olarak tayin edilmesi kısmının emredici hükmüne (AY m.140/V) aykırı olması karşısında, BK.m.20/f.2 hükmünün uygulanması ve söz konusu kaydın geçersiz kısım olmaksızın ayakta kalması mütalaa edilmiştir. Bkz: Abuzer KENDİGELEN; **Hukuki Mütalaalar**, C:V:2003, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 271 vd.

²⁹ Alman Hukukunda askıda hükümsüz olan bir sözleşmeye kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı neredeyse istisnasız bir şekilde kabul edilmektedir. STAUDINGERS; § 139 BGB, Rn. 33; PALANDT/HEINRICHS; § 139 BGB, Rn. 2; JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 1.

³⁰ JAUERNIG; § 139, Rn. 1-3.

³¹ YAVUZ; **a.g.e.**, s. 17.

³² Sorumsuzluk anlaşması alacaklı yönünden bir tasarruf işlemi, borçlu yönünden bir kazandırıcı işlem niteliğindedir. ERTEN; **a.g.e.**, s. 90.

³³ Sorumsuzluk anlaşması bakımından kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız için bkz: yuk: I. Bölüm, s. 31 vd.

³⁴ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 19.

³⁵ KRAMER; **Art. 19-20 OR**, Rn. 65; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 56; EREN; **a.g.e.**, s.304.

hükümsüzlüğü söz konusu olamaz³⁶. Zira bu edimin yer aldığı kayıtlar sözleşmenin de esaslı unsurunu teşkil ettiğinden, geri kalan kısımlar sözleşmenin devamını sağlayamazlar. Örneğin satım sözleşmesinde karakteristik edim olan satılanın niteliğine ilişkin bir sakatlık, sözleşmeyi tamamen hükümsüz bırakacaktır. Ancak bu sözleşmelerde *karşı edimi* içeren sözleşme hükmüne düşey ya da değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün³⁷ uygulanmaması için hiçbir sebep olamaz. Kaldı ki, alım-satım sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biri ve karşı edim niteliğinde olan satım parasının serbestçe kararlaştırılması geleneğinden, sözleşmenin zayıf tarafını korumak uğruna vazgeçildiği haller söz konusu olabilmektedir. Örneğin, 04.06.2003 tarihli Etiket, Tarife ve Fiyat Listeleri Yönetmeliği'nin³⁸ 11.maddesi satım parası yönünden düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi haline güzel bir örnek oluşturmaktadır: *“etiket, fiyat listesi veya bu Yönetmelikte yazılı diğer araçlarla tüketicilerin bilgisine sunulan fiyat, peşin ve tüm vergiler dahil satış fiyatıdır. Bu fiyat ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat uygulanır”*. Aynı sonuç tam iki tarafa borç yükleyen kira sözleşmeleri bakımından, Devletin ekonomik kamu düzeninin sağlanması gibi sebeplerle kira artış oranlarına müdahale ettiği hallerde kira bedelinin yasal sınıra indirilmesi hallerinde de söz konusu olabilir³⁹.

Yine İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olan faizli ödünç sözleşmesine kısmi hükümsüzlüğü uygulamıştır⁴⁰. Özetleyecek olursak, kısmi hükümsüzlüğün uygulanması bakımından sözleşmenin tek ya da tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup olmadığının bir önemi yoktur. *“Bölünebilirlik”* kısmında da açıklayacağımız üzere, bu konuda sözleşmenin esaslı unsurları açısından bölünebilirliğine ilişkin kriterler belirleyici olacaktır. Öyle ki, tamamlayıcı fonksiyona sahip çeşitli yedek hukuk kuralları ile

³⁶ Tarafların ortak amacının gerçekleşmesine hizmet eden bir sözleşme kaydının hükümsüzlüğü sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasını sağlayacaktır. SOERGEL/HEFERMEHL; § 139, Rn.34.

³⁷ Kısmi hükümsüzlüğün türlerini III. Bölümde etraflıca değineceğiz.

³⁸ RG. T. 13.06.2003, S. 25137.

³⁹ Aşırı bedelli sözleşmeler bakımından düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanması ile ilgili olarak bkz: aşa: s. 197 vd.

⁴⁰ BGE 93 II 189; 80 II 327. Ödünç sözleşmesi faiz kararlaştırılmamışsa, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme iken, faiz kararlaştırıldığı taktirde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini kazanır. Fahrettin ARAL; **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, 7.b.s., Yetkin, İstanbul, 2007, s. 302; HONSELL; **Art. 314 OR**, Rn. 7.

sözleşmenin objektif esaslı bir unsurundaki geçersizliği düzeltme imkânından dahi, kural olarak tarafların söz konusu sözleşme kaydını “*condicio sine qua non - olmazsa olmaz*” koşul olarak kabul ettikleri hallerde bahsedilemeyecektir. Tüm bu çıkarımlar aşağıda açıklayacağımız üzere bileşik ve karma yapıli sözleşmeler bakımında da geçerlidir.

2- Sözleşmenin Bölünebilir Olması

a- Bölünebilirlik Kavramı ve Anlamı

BK.m.20/f.2'deki “*akdin muhtevi olduğu şartlardan...*” ifadesinde geçen “*şart*” kavramını, OR Art.20 Abs.2'nin Almanca metninde geçen “kısım” (*Teil*), Fransızca metninde geçen “kayıt” (*clause*) ve BGB § 139'da geçen “kısım” (*Teil*) şeklinde anlamak gerekir. Bir başka deyişle, buradaki şart ifadesi, tarafların açık ya da örtülü iradelerinin üzerinde uyuduğu tüm hükümler yani hukuki işlemin içeriğine ilişkin bir “*kayıt*” (*clause*), bir “*anlaşma*” (*Abrede*) anlamına gelir⁴¹. TBMM Adalet Komisyonu'nun 25.12.2008 karar tarihli ve 1/499 Esas numarası ile hazırladığu Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın BK.m.20/f.2'yi karşılayan 27.maddesinde bu ifadenin “*..sözleşmenin içerdıği hükümlerden bir kısmı*” şeklinde düzeltilmesi ile kanaatimizce isabetli olarak mehz kanun maddesine uygunluk sağlanmıştır.

Bu başlık altında incelemeyi amaçladığımız husus, sakatlığın sözleşmenin ilişkin olduğu kısmının hangi esaslara göre bölünebilir nitelikte olduğunu tespit etmektir. Bir başka deyişle, pratik anlamda da önem arz eden husus, konusu imkânsız, hukuka ya da ahlaka aykırı bir kaydın yer aldığı sözleşmeden çıkarılıp ayrılabilir (*zerlegbar*) bir niteliğinin bulunup bulunmadığının tespit etmekte kendisini gösterir. Biz bu tespiti yaparken düşey kısmi hükümsüzlük teorisine esas teşkil eden *anlaşma- alt anlaşma olarak bölünebilirliği*; bölünebilirliğin gerek basit gerekse düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında gösterdiği farkları ve özellikleri dikkate alarak *nicel bölünebilirliği*; yine her iki hükümsüzlüğün ortak olarak uygulama alanı bulunabileceği bir sözleşmede *esaslı unsurlara ilişkin bölünebilirlik* açısından gösterdiği farkları ve son olarak sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde hükümsüzlüğün “süre”ye ilişkin olması halinde

⁴¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s.328; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.142; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 62; GAUCH/ SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 691.

gösterdiği özelliği dikkate alarak *zaman olarak bölünebilirliği* esas alarak konuyu incelemeyi tercih ediyoruz⁴².

Kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulama alanı bulduğu tek taraflı hukuki işlemler bakımından, işlemin tek bir iradeden çıkmış olması itibariyle bölünme zorluğu yaşanacağını ifade etmek gerekir. Özellikle bütün hukuki işlemlere doğrudan kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı Alman Hukukunda “işlemin bütünlüğü” (*causa principalis*) ilkesinin temel prensip olarak kabul edilmesi, daha önce de ifade ettiğimiz üzere tam hükümsüzlüğün kısmi hükümsüzlük karşısında genel kural olarak düzenlenmesine sebep olmuştur⁴³.

Bunun dışında hemen belirtmek gerekir ki; sözleşmenin bölünebilirliği kavramı, sözleşmede yer alan edimlerin bölünebilirliği kavramını karşılamamaktadır⁴⁴. Aynı şekilde bölünmenin ifa modaliteleri dikkate alınarak yapılması da pratik bir fayda sağlamayacaktır. Zira sözleşmede yer alan edimleri veya ifaya ilişkin unsurları içeren sözleşme kayıtlarından her birinin tek tek ele alınması, esasen bizi yine sözleşmenin objektif veya subjektif esaslı unsurlar açısından değerlendirilmesi sonucuna götürecektir. Bu nedenle sözleşmenin bölünebilirliği kavramını izah ederken, sözleşme hukukunun yerleşmiş kavramlarından ayrılmayarak ve kısmi hükümsüzlüğün bütün türleri bakımından esas alınabilecek şekilde bir sınıflandırma ile konuyu incelemeye gayret göstereceğiz. Bununla beraber, sözleşmenin basit, bileşik veya karma yapılı olması halinde bölünebilirlik, sözleşmenin objektif-subjektif esaslı unsurlarındaki bölünmeye ilişkin özelliklere tabi olduğu için, bu yapıdaki sözleşmeler için ayrı bir bölünebilirlik başlığı açmaya gerek bulunmadığını düşünmekteyiz.

b- Sözleşmenin Anlaşma-Alt Anlaşma Olarak Bölünebilirliği

Sözleşmenin anlaşma ve alt anlaşma olarak bölünebilirliği meselesi tartışmalıdır. Türk-İsviçre Hukukunda baskın olarak kabul edilen görüşe göre, bir

⁴² *Başpınar* sözleşmenin kısımlara ayrılması ve bölünebilirliği altında farklı sınıflandırmalar yapmıştır. Yazar sözleşmenin kısımlara ayrılmasını basit ve bileşik sözleşmeler açısından farklı incelemekle beraber, bölünebilirlik açısından sözleşmenin zaman ve subjektif bölünebilirliğini incelemiş bulunmaktadır. Bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 60 vd.

⁴³ JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 3; LAMP; **a.g.e.**, s.102 vd; KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 42 vd. Alman Hukukunda kısmi hükümsüzlüğün yeri ve gelişimi ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk:s.52 vd.

⁴⁴ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 66.

sözleşmede tarafların, birden çok münferit anlaşmayı bir araya getirdikleri kabul edilmektedir⁴⁵. Buna göre, “sözleşme içeriğinin bir kısmı” deyimi ile aslında, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından (BK.m.1/f.1) meydana gelen her bir “münferit anlaşma” ifade edilmek istenmektedir. Örneğin bir satım sözleşmesinde satılan mal, satım parası, ifa zamanı ve yeri, cezai şart, zamanaşımı kaydı, sözleşmeden dönme, teslim ilişkili şartlar, temerrüt faizi, sorumsuzluk şartları vb. kayıtlardan her biri sözleşmede yer alan münferit anlaşmaları teşkil eder. İşte bu görüşe göre, BK.m.20/f.2’de düzenlenen kısmi hükümsüzlük, sözleşmeyi oluşturan bu anlaşmalar ya da kayıtlardan biri veya bir kısmı bakımından söz konusu olup, bu tarz “münferit anlaşma”ların kendi içerisinde bölümlere ayrılarak, kısmen geçerli kısmen geçersiz sayılması mümkün değildir. Örneğin, bir satım sözleşmesindeki semenin münferit bir anlaşma olduğu kabul edilirse; semenin peşin, vadeli veya taksitle ödeneceğine ilişkin olmak üzere kendi içerisinde alt anlaşmaya bölünmesi mümkün değildir. Bu örnek bakımından semeni ödeme şeklini içeren kayıttaki sakatlık semene ilişkin anlaşmanın tamamını geçersiz bırakacaktır. Bundan sonra ise, geçersiz kaydın tamamı bakımından bir sözleşme boşluğu doğacaktır ve hakim bu boşluğu tarafların farazi iradelerini dikkate alarak doldurmaya çalışacaktır. Yine bu görüş gereğince, özellikle üst sınırı aşan sözleşmelerde, üst sınırı aşan kaydın tamamının geçersiz bırakılarak, yerine caiz sınırı içeren yeni kayıt ikame edilebilecektir.

Aslında sözleşmenin anlaşma-alt anlaşma olarak bölünmezliği görüşü, aynı zamanda bu görüşün ilk ortaya atıldığı İsviçre Hukuku bakımından da, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramının oluşumunda temel yapı taşıdır. Bu teori sayesinde, sözleşmenin özellikle nicel kısmına yönelik geçersizliğin *alt-anlaşma* teşkil eden bir yapıda olması halinde; bu alt anlaşmayı barındıran anlaşmanın tamamının geçersiz olmasını ve yerine caiz olan düzenlemenin getirilerek sözleşmenin geçerli bir içerikle ayakta tutulması (*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramı*) sağlanmıştır⁴⁶. Bu kuram

⁴⁵ GAUCH/ SCHLUEP; OR AT, Rn.691-692; KRAMER; OR. Art. 19/20, Rn. 334; HÜRLIMANN; a.g.e., s.42; KELLER/SCHÖBI; a.g.e., s.151; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 606; BAŞPINAR; a.g.e., s. 65, 152. Farklı bir değerlendirme ve sınıflandırma için bkz: ATEŞ; a.g.e., s. 282.

⁴⁶ Alman Hukukunda *Kasselman*, sözleşmede yer alan bir “anlaşma”nın yorum yoluyla alt anlaşmalara bölünebilir olduğunu ve bu alt anlaşmalardan sakat olanının geçersizliğine karar verilerek sözleşmenin ayakta tutulabileceği görüşündedir. Bu görüşe göre, örneğin tarafların

özellikle meblağ, süre veya oran gibi nicel kısımlarda meydana gelen sakatlıklar bakımından önem arz etmektedir. Bu hallerde daha sonra da açıklayacağımız üzere, üst sınırı aşan sözleşmelere uygulanan “**indirim yaptırımı**”, gerçek anlamda bir indirimin yapılmasını değil, aşırı süreye veya meblağa ilişkin kısmın tamamının geçersiz bırakılarak, yerine caiz ya da yasal sınırın konulmasını ifade etmektedir⁴⁷. Ancak kanaatimizce sözleşmenin bu tarz bölünebilirliğini mutlak şekilde kabul etmek gerek yatay gerekse düşey kısmi hükümsüzlüğün bulunduğu hallerde isabetli ve pratik bir çözüm sunmaz. Bu durumu bazı örneklerle açıklamakta fayda vardır.

Örneğin, münferit anlaşmanın kendi içerisinde bölünmesi ve kısmen geçerliliğinin sağlanması özellikle tek bir iradeden kaynaklandığı için kendi içerisinde bütünlük arz eden hukuki işlemler bakımından özellik arz etmektedir. Bu konuda doktrinden bir örnek verecek olursak; bir anonim şirkette yönetim kurulunun üyelerinin belli bir süre azledilmek üzere seçilmelerine ilişkin karar, genel kurulun azil hakkını bertaraf eden kısmı itibarıyla geçerli, fakat sırf seçim kararı olarak geçerli sayılacağı kabul edilmektedir⁴⁸. Burada münferit anlaşmanın bölünmeyeceğini kabul ettiğimiz vakit, söz konusu hukuki işlemin tam hükümsüz olması sonucu doğacaktır. Zira seçim kaydı bir bütün olarak söz konusu hukuki işlemin esaslı unsuru niteliğinde olup, bu kaydın tamamen geçersizliğinden sonra, oluşan boşluğun doldurulması ihtimalinden de bahsedilemeyecektir. Hâlbuki bir hukuki işlemin içerisinde yer alan tek bir anlaşmanın alt anlaşmaya bölünerek kısmen geçerli, kısmen geçersiz kalmasının kabul edilmesi ile aslında sözleşmenin amacına uygun sonuç elde edilebilecektir. İndirim yaptırımı olarak uygulanan düşey kısmi hükümsüzlük bakımından ise, ileride nicel bölünebilirliği anlatırken bahsedeceğimiz üzere, nicel kısmın bütünüyle geçersiz olmasından ziyade kendi içerisinde bölünerek kısmen geçerli kısmen geçersiz olacağını kabul etmekteyiz.

“borçlu hiçbir kusurundan sorumlu değildir” şeklinde koyacakları bir kayıt bakımından bu kaydın “borçlu ihmalinden sorumlu değildir” ve “borçlu ağır kusur veya kastından sorumlu değildir” şeklinde iki alt anlaşmaya ayrıldığını kabul etmekle beraber, bunlardan emredici hükme aykırı olan ikinci kaydın geçersiz olduğuna karar vererek sözleşmenin geçerliliğinin sağlanmasına devam edilmelidir. KASSELMANN; **a.g.e.**, s. 32-33.

⁴⁷ İndirim yaptırımı ile ifade edilmek istenen, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükten başka bir şey değildir. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 706. KELLER/SCHÖBI; **a.g.e.**, s.151.

⁴⁸ MOROĞLU; **a.g.e.**, s. 145-146.

Bir diğ er görüş, sözleşmenin içeriğini oluşturan anlaşmalardan her birinin tekrar alt anlaşmalara bölünebilmesi mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, bu görüş gereğince kısmi hükümsüzlük bu alt-anlaşmalara uygulanabilir⁴⁹. Bu görüş gereğince, bölünebilir sözleşme kavramı “*hükümleri itibariyle bölünebilir*” sözleşme olarak değerlendirilecektir. Ancak bu görüşe göre sözleşmenin “hükümleri” (*effets*) ibaresi dar yorumlanmalıdır. Bu anlamda hükümsüzlüğün sebebinin elverdiği ölçüde doğrudan ilişkin olduğu klozun kendi içerisinde bölünmesine imkân verilmektedir. Burada anlaşmanın alt anlaşma olarak bölünebilmesi ve alt anlaşmanın sakatlığı “alt sakatlık” olarak ortaya çıkmakta ve alt sakatlığa kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı kabul edilmektedir. Münferit anlaşmanın kendi içerisinde alt anlaşmalara bölünerek, kısmen geçerli kısmen de geçersiz olabileceği veya uygun bir sınıra daraltılabileceği hükümsüzlük sebebinin elverdiği ölçüde kabul edilmektedir⁵⁰. Bu anlamda yasağı koyan normun anlam ve amacı iyice araştırılmalıdır. Örneğin, bir hizmet sözleşmesinde rekabet etmeme anlaşmasının yer aldığını düşünelim. Taraflar bu anlaşma ile işçinin Türkiye’de mevcut hiçbir bankada çalışmayacağını belirttikten sonra, buna bağlı ayrı bir anlaşma ile de bu yasağın 1 yıl süre ile söz konusu olduğunu tespit etmiş olsunlar. Münferit anlaşmanın bölünmezliğini kabul ettiğimiz vakit, rekabet yasağı anlaşmasının tamamını geçersiz kabul etmemiz gerekir. Hâlbuki zaman (1 yıl) olarak makul bir sınırlama içeren kaydın geçerli; yer olarak (Türkiye’deki hiçbir banka) makul olmayan bir sınırlama içeren kaydın ise geçersiz olarak kabul edilmesi ve oluşacak boşluğun tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak doldurulması hem pratik hem de menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır. Burada rekabet yasağına ilişkin kaydın bölünemez münferit bir anlaşma olduğunu kabul edersek, genellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde konulan bu kaydın geçersizliği bilinseydi sözleşmenin

⁴⁹ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 61 vd; MEYER; **a.g.e.**, s. 71; Paul OERTMANN; “**Privatrechtliche Folgen der Überschreitung von Höchstpreisen**”, JW, 1917, s. 256. Fransız Hukukunda *Simler* de bölünebilirliği “dikey ya da düşey bölünebilirlik” (*vertical*) olarak ele almakta olup, sözleşmenin aşırılık içeren kısımlarının hükümsüzlük sebebi elverdiği ölçüde dikey olarak bölünebilir olacağını açıklamaktadır. SIMLER; **a.g.e.**, s. 293 vd.

⁵⁰ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 64. Eduard LANG; **Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, § 139 BGB**, Berlin, 1926, s. 26 vd. **Honsell**; geçerliliği koruyan indirim başlığı altında, sorumsuzluk şartlarına ilişkin OR.Art. 100 Abs.1 (BK.m.99) hükmüne aykırı olarak, borçlunun ağır kusurundan dahi sorumlu olmayacağına ilişkin olarak kararlaştırılan kayıtların, hafif kusurdan sorumlu olmasını sağlayacak şekilde “*daraltılabileceği*” görüşündedir. HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn. 19.

hiç yapılmayacak olduğu tespitinden sonra, sözleşmenin tam hükümsüzlüğü sonucu ile karşılaşılabilecektir. Münferit anlaşmanın bölünemez olduğunu kabul eden değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisi uygulanarak sözleşme boşluğunun doldurulması fikri böyle bir ihtimalde isabetli bir çözüm olmayacaktır. Ancak burada yine de normun koruma amacı gereği, tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmaksızın değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceği savunulabilir ise de, bu ihtimalde de “yer” ve “zaman” kaydının tekrar birlikte ele alınarak, sözleşme boşluğunu doldurma faaliyeti gerektirecek şekilde uygulanacak olmasının sakıncaları ile karşılaşılacaktır⁵¹. Nitekim böyle bir uygulamayı kabul etmeyen *Becker*, rekabet yasağı ve uzun süreli sözleşmelere BK.m.20/f.2'nin uygulanmamasını dahi önermiştir⁵². Ancak sözleşmenin doğası ve yasağı koyan normun anlam ve amacı araştırılarak alt anlaşmanın bölünebilirliğini edimlerin de bölünebilirliği anlamına geleceğini ifade eden *Scherrer* bölünebilirliğe daha geniş bir yorum getirmiştir⁵³. Sözleşmenin alt anlaşma olarak bölünebilirliği bakımından sözleşmenin niteliği, tarafların menfaat dengesi ve *favor negotii* ilkesine uygun olarak, sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulabilmesi ihtimalinin bulunduğu böyle bir ihtimal göz ardı edilmemelidir. *Abegg* de sözleşmedeki bir klotun alt klotu (*Unterklausel*) bölünmesinin mantiken mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazar, alt klotun bölünmezliği değerlendirmesine itiraz ederek, bu uygulamanın bazı durumlarda alt klot ile ihlal edilen yasağın anlam ve amacına aykırı sonuçlar verebileceğini ifade etmektedir⁵⁴. Kanaatimizce hukuk güvenliğini en iyi sağlayacak çözüm, yoruma olabildiğince az imkân bırakacak bir çözüm olacaktır ki; bu da yukarıda ifade ettiğimiz üzere en azından nicel kayıtlar bakımından, kaydın tekrar kendi içerisinde bölünerek kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesidir.

⁵¹ Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasının bir sonucu olarak, oluşan sözleşme boşluğunu –kanaatimizce en isabetli görüş olan- iki aşamalı farazi iradeler görüşü çerçevesinde doldurmak gerekecektir. Ancak, böyle bir sonuç açık bir biçimde zayıf tarafı koruma amacı taşıyan BK.m.349 hükmünün ruhuna aykırı çözüm olmasının yanı sıra, haksız kaydın lehine olan taraf, kendi farazi iradesinin de araştırılması ile adeta ödüllendirilmiş olacaktır. Bununla beraber, normun koruma amacı gereği BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tam hükümsüzlük ihtimalinin uygulanmadığını ve sözleşme boşluğunun yalnızca hukuka aykırı kayıttan zarar görenin farazi iradesini araştırılarak doldurulması değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisi ile bağdaşmayacak bir çözümdür.

⁵² BECKER; **Art. 20 OR**, Rn. 16.

⁵³ Albert SCHERRER; **Das richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht**, Diss., Fribourg, 1934, s.9.

⁵⁴ ABEGG; **a.g.e.**, s. 208. Aynı yönde bkz: BELSER; **a.g.e.**, s. 446.

Başpınar, münferit anlaşmaların alt anlaşmalara (*Unterabrede*) ayrılabilirdiğini ve bu alt anlaşmalarda oluşan sakatlığın “alt sakatlık” olacağını kabul etmektedir⁵⁵. Yazar bu konuya ilişkin verdiği bir örnekte, bir avukatla müvekkil arasında yapılan bir vekâlet sözleşmesinde, belli bir işi görme edimi (100 dönümlük taşınmaza ait bir kadastro davasını takip etmesi) karşılığında ücretin bir kısmının peşin; bir kısmının ise söz konusu taşınmazın %5’inin mülkiyetini devredilmesi yoluyla ödeneceği kararlaştırılmıştır. Yazar bu halde, sözleşmenin üç anlaşmadan oluştuğunu ifade ederek, mülkiyetin devrini amaçlayan kaydın emredici hükme aykırı (*Avukatlık Kanunu 164/f.3*) olduğu gerekçesiyle geçersiz olacağını ifade etmiştir. Yazar münferit anlaşmanın alt anlaşmaya ayrılabilirdiğini örneklerle açıkladığı çalışmasında, yukarıdaki örnek bakımından sözleşmede üç anlaşmanın bulunduğunu ifade etmiştir. Hâlbuki aynı örnek içerisinde vekâlet ücreti bakımından tek bir anlaşma ve bu ücretin nasıl ödeneceğine ilişkin olmak üzere iki alt anlaşma mevcuttur. Bu örnek bakımından baskın görüş kabul edildiği vakit; mülkiyeti devir yoluyla ödemenin yapılacağına ilişkin alt anlaşmadaki sakatlığın emredici bir hükme aykırı olmasından dolayı geçersiz kalmasına rağmen, ücrete ilişkin anlaşmanın tamamı geçersiz olacak ve sözleşmenin objektif esaslı unsuruna ilişkin ücret kısmının geçersizliği sözleşmenin tam hükümsüzlüğü sonucunu doğuracaktır. Kanaatimizce böyle bir halde de bu tarz bir çözüm, uygulamada kabul edilmeye engel teşkil edecek tarzda pratik bir çözüm olmaktan uzaktır.

Kanaatimizce alt anlaşma şeklinde bölünebilirlik, TTK. m.1466 maddesinin doğrudan veya kıyasen uygulandığı veya ihlal edilen normun anlam ve amacının doğrudan düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasını gerektirdiği hallerde, doğrudan aşırılığı içeren kısmın düşey şekilde indirim tabi tutulması sonucuna varmayı sağlayacak tarzda pratik bir çözüm arzetmektedir. Aynı şekilde bu tarz bir bölünebilirliğin yukarıda verdiğimiz anonim şirketin genel kurul kararına ilişkin örnekten de hatırlayacağımız üzere, bir hukuki işlemin nicel kayıtları dışında da uygulanmaması için bir sakınca ve haklı bir neden bulunmamaktadır.

⁵⁵ BAŞPINAR; a.g.e., s. 64-65.

c- Sözleşmenin Esaslı Unsurlar Açısından Bölünebilirliği

Kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasının özellik arz ettiği bir diğer husus, sakat kısmın sözleşmenin esaslı unsurlarına (*essentialia negotii*) ilişkin olması halinde kendisini gösterir⁵⁶. Sözleşmenin hükümsüz kısmının objektif veya subjektif esaslı unsurlardan birine ilişkin olması halinde, kısmi hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmayacağı meselesi büyük önem taşımaktadır. Konuyu öncelikle objektif esaslı noktalar bakımından ele aldığımız vakit, objektif esaslı noktalar kavramından ne anlaşılması gerektiği yönünde iki görüşe rastlamaktayız.

Birinci görüşe göre, objektif esaslı unsurların sözleşmenin tipini belirleyen unsurlar (*örneğin satım akdinde satılan şey ve semen, kira akdinde kiralanan ve kira bedeli vb.*) olduğu yönünde objektif kriterden hareket eden geleneksel görüştür⁵⁷. Ancak bazı yazarlar bu tanımın, tip özgürlüğünün olduğu bir hukuk sisteminde isimsiz sözleşmelerin esaslı unsurlarını belirlemede yetersiz kaldığı düşüncesinden hareketle ve geleneksel anlayıştan farklı olarak objektif esaslı unsurları; “işlemin çekirdeği” veya “anlamli bütün”; bir başka deyişle bu kısımlar olmaksızın sözleşmenin geri kalanının anlamli bir bütün olarak değerlendirilemeyeceği unsurlar olarak tarif etmişlerdir⁵⁸. Ancak *Gauch*'a göre, buradaki “anlamli bütün” kavramı hukuki bir somutluktan çok hukuki bir hisse dayanan kavramdan öteye geçmez⁵⁹. Zira bir sözleşmeyi “anlamli bütün” yapan noktaların neler olduğu konusu yoruma açıktır⁶⁰. Kaldı ki, ticaret hayatının ve sözleşme ekonomisinin ve niteliğinin gerekleri artık, bu kavramların ötesinde somut bir değerlendirilme yapılmasını ve bu noktalara ilişkin belirsizliklerin hakim tarafından giderilmesini gerekli kılmayı

⁵⁶ TANDOĞAN; *a.g.e.*, s 58-59. Fransız Hukukunda sözleşmenin esaslı unsurlar dikkate alınarak bölünebilirliği *objektif* ya da *maddi bölünebilirlik* (*L'indivisibilité matérielle ou objective*) kavramları ile ifade edilmektedir. SIMLER; *a.g.e.*, s. 358 vd.

⁵⁷ KELLER/SCHÖBI; *a.g.e.*, s 53; ENGEL; *a.g.e.*, s. 47; GUHL/MERZ/KOLLER; *a.g.e.*, s. 93; MERZ; *a.g.e.*, s 99; Von TUHR/PETER; *a.g.e.*, s.155; BUCHER; *OR AT*, s.118-119.

⁵⁸ GAUCH/SCHLUEP; *OR AT*, Rn. 330; SCHÖNENBERGER/JÄGGI; *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, Teilband V1a, (Artikel 1-17 OR), Schultess, Zürich, 1973, *Art.1 OR*, Rn. 84; KOLLER; *AT*, § 6, N.28-30; SCHMID; *a.g.e.*, s. 158. *Kramer* isimsiz sözleşmeler bakımından “anlamli bütün” fikrine olumlu bakarken, isimli sözleşmeler bakımından sözleşmenin tipini belirleyen unsurları dikkate alan birinci görüşe katılmaktadır. KRAMER; *Art. 2 OR*, Rn.7; *Art.1 OR*, Rn.154.

⁵⁹ Peter GAUCH; “*Von den wesentlichen Vertragspunkten*”, *Recht*, 1991, s. 48.

⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP; *OR AT*, Rn.332.Yazarlar da “anlamli bütün” ya da “sözleşmenin idesi”ni barındıran unsurlara ilişkin çeşitli yorumlarda bulunmuştur.

gerektirmektedir⁶¹. İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında objektif esaslı noktaların yokluğunda doğrudan sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılamayacağını; tarafların bağlanma iradelerinin (*gerçek ve farazi iradeleri araştırılarak*) ve sözleşmenin niteliğinin gerektirdiği durumlarda hakimin boşluk doldurma faaliyetinde bulunarak, sözleşmenin ayakta tutulabileceğine karar vermiştir⁶².

Objektif esaslı unsurların sözleşmenin kurulup kurulmadığını belirlerken taşıdığı önem bir yana; acaba kısmi hükümsüzlük sözleşmenin objektif esaslı noktalarında geçersizlik bulunması halinde uygulama alanı bulabilecek midir? Kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelerden gerek tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler; gerekse eksik veya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından, sözleşmenin karakteristik edimini oluşturan sözleşme kaydındaki geçersizliğin tam hükümsüzlüğe sebep olacağı muhakkaktır. Hatırlanacağı üzere, alım-satımda semen (BK.m.182), hizmet akdinde ücret (BK.m. 323), eser sözleşmesinde bedel (BK.m. 366) ve vekâlet sözleşmesinde ücret (BK.m.386) objektif esaslı unsurlardandır⁶³. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiralananın kullandırma edimi karakteristik edimdir. Kullanma karşılığı verilmesi taahhüt edilen bedel de karşı edimdir ve sözleşmenin objektif esaslı unsurudur⁶⁴. Buna karşılık, söz konusu hükümlerin aynı zamanda sözleşmenin esaslı unsurlarını belirlenebilir kılmaya yönelik kıstaslar koymaları nedeniyle, karşı edim niteliğindeki edimleri içeren kayıtlarda hakimin BK.m.2/f.2 uyarınca boşluk doldurma faaliyetinde bulunabileceği ve değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasının mümkün

⁶¹ Patrick ATIYAH; **The Law of Contracts**, 3. Aufl.,Oxford, 1981, s. 87: “*The absence of agreement, even on relatively important matters...is not always fatal to the establishment of contract. This is especially true in commercial contracts, negotiated between business men, because the Courts are able and willing to supply any necessary terms on the basis of what is just and reasonable, provided that there was a definite intension to be bound*”.

⁶² BGE 100 II 330; 108 II 112.

⁶³ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 65; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s.78.

⁶⁴ AKSOY DURSUN; **a.g.e.**, s. 31; GAUCH; **Vertragspunkten**, s. 50. Yazar “esaslı unsur” kavramına eleştirel yaklaşmakla beraber, bir sözleşmede esaslı sayılan unsurlardan bir kısmının emredici ya da tamamlayıcı hukuk kuralları ile düzenlenmiş olan unsurlardan birine ilişkin ise, bu noktaların geçersizliği halinde sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü yerine, sözleşmenin söz konusu kurallara uygun olarak hakim tarafından tamamlanması söz konusu olacaktır.

olabileceğini düşünmekteyiz⁶⁵. Kısmi hükümsüzlük sonucu oluşan sözleşme boşluğu ile tarafların daha önce üzerinde hiç müzakere etmedikleri ya da sonraya bıraktıkları durumda oluşan sözleşme boşluğunun eş değer olduğu kabul edildiği vakit⁶⁶, karşı edime ilişkin kayıttaki sakatlığın emredici ya da yedek kuralları ya da hakimin BK.m.2/2 f.2 uyarınca ikame ettiği geçerli bir hüküm ile geçerliliğinin sağlanması mümkün olabilmelidir. Buna karşılık unutmamak gerekir ki, sözleşmenin karakteristik edimi açısından söz konusu olabilecek sakatlık, sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasına yol açacaktır.

Subjektif esaslı noktaların tespitinde ise, subjektif kriter olan ve taraflardan en az birisinin sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmenin meydana gelmesi için *olmazsa olmaz (conditio sine qua non)* addettiği akdin esaslı unsurları esas alınmaktadır⁶⁷. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan satım sözleşmesinde, normal şartlarda esaslı unsurlardan sayılmayan *tediye şartlarının*, iktisadi önemine ve tarafların sözleşmenin kurulması sırasında bu şartlara attedikleri öneme dayanarak bu şartları sözleşmenin subjektif esaslı unsuru olduğuna hükmetmiştir⁶⁸. Bu unsurlar bakımından ortaya çıkacak sakatlık, tarafların *olmazsa olmaz* olarak gördükleri bir unsura ilişkin olması anlamına geleceği için çoğu zaman BK.m.20/f.2 c.2 gereğince tam hükümsüzlük söz konusu olacaktır. **Giger**'in de haklı olarak belirttiği gibi, kısmi hükümsüzlüğün uygulanması açısından sözleşmenin içeriğinin yalnızca objektif değil, subjektif esaslı noktaları bakımından da ele alınması gereklidir⁶⁹. Ancak tarafların *olmazsa olmaz* olarak gördükleri bir kısma tekabül eden subjektif esaslı noktalar, BK.m.20/f.2 c.2 bakımından sözleşmeyi tam hükümsüzlüğe götürecektir. Buradan hareketle rahatlıkla diyebiliriz ki,

⁶⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu yönde kararları mevcuttur. BGE 100 II 330; 108 II 112; 114 III 163. KOCAYUSUFAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 608. Sakatlığın sözleşmenin objektif esaslı unsurlarına ilişkin olması halinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanamayacağı görüşünde bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 66.

⁶⁶ Kısmi hükümsüzlük sonucu oluşan boşluğun doldurulması hakkında açıklamalarımız için bkz: aşa: IV.Bölüm, s. 251 vd.

⁶⁷ BGE 110 II 291. SCHÖNENBERGER/JÄGGI; **Art. 2 OR**, Rn.38. GAUCH/AEPLI/CASANOVA; **Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts**, 3. Aufl., Schultess, Zürich, 1992, **Art. 2 OR**, s.13. BUCHER; **OR AT**; s.120, GAUCH; **Vertragspunkten**, s. 50. MERZ; **a.g.e.**, s. 101-102. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 341.

⁶⁸ Karar için bkz: Turhan ESENER; "Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi", AUHFD, C:16, S:1-4, Y: 1959, s.271.

⁶⁹ GIGER; **a.g.e.**, s. 92.

sözleşmedeki sakatlığın gerek objektif gerekse subjektif esaslı noktalara ilişkin olması, kural olarak sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasına yol açacaktır⁷⁰. Bununla birlikte, objektif esaslı unsurlarda belirttiğimiz gibi, subjektif esaslı unsurlar bakımından da bölünebilirlik kavramı, “sözleşmenin niteliği”, “kanunda bir üst sınırın bulunup bulunmadığı” gibi unsurlardan bağımsız düşünülemez. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında tek satıcılık sözleşmesinde subjektif esaslı unsur olarak kabul ettiği süre kaydının caiz sınıra indirilerek geçerli olmasına karar vermiştir⁷¹.

İsviçre Federal Mahkemesi 2006 yılında verdiği bir kararda, Fransız Hukukuna⁷² benzer şekilde esaslı unsurlar açısından bölünebilirliği “objektif” ve “subjektif” olmak üzere ikiye ayırarak değerlendirmiş ve her iki kriterin şartlarının oluşup oluşmadığını ayrı ayrı incelemiştir. Mahkemeye göre objektif kriter, sözleşmenin geçersiz kısmı olmaksızın geri kalan kısmın anlamlı bir bütün olarak kalabilmesini; subjektif kriter de, geçersizliğin esaslı unsurlar dışındaki bir unsura ilişkin olması halinde, bu kısmın taraflardan herhangi biri veya her ikisi için “olmazsa olmaz” unsurunu teşkil etmeyeceği kısımlardan olmasını ifade etmektedir. Yalnız bu tarz bölünebilirlik dediğimiz gibi, BK.m.20/f.2’nin uygulanması için kabul edilebilecek mutlak bir ayırım değildir. Sözleşmenin sürekli borç doğuran nitelikte olması, nicel olarak aşırı kayıtlar içermesi veya ihlal edilen normun koruma amacına sahip olması halinde, sakat kısım objektif veya subjektif esaslı bir unsura ilişkin olsa dahi, indirim yaptırımı veya değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük söz konusu olabilmektedir. Yine son başlık altında değerlendirdiğimiz sözleşmenin bir tarafında

⁷⁰ BAŞPINAR; a.g.e., s. 80.

⁷¹ BGE 96 II 132. *Huguenin*, tarafların *olmazsa olmaz* olarak gördükleri subjektif esaslı unsurların geçersizliği karşısında, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliği dikkate alınarak bu unsurların düzeltilerek geçerliliğinin sağlanmasını isabetli bulmakla beraber (HUGUENIN; *Nichtigkeit*, s. 33), *Hürlimann* sözleşmenin esaslı unsurlar açısından bölünebilirliğini kabul etmemektedir. Bkz. HÜRLIMANN; a.g.e., s. 68-71.

⁷² BGE 130 III 49. Fransız Hukukunda sözleşmedeki kayıtlardan birinin geçersizliğinin sözleşmenin tamamen geçersizliğini sağlayıp sağlamayacağı meselesinde ilk olarak ilgili kaydın sözleşmenin objektif esaslı unsuru ve bunun da içerisinde karakteristik edim mi yoksa karşı edim mi olduğuna bakılır (*maddi ya da objektif bölünebilirlik*). Sonra tarafların farazi iradelerine başvurulmaktadır. Geçersizliğin taraflar açısından “yöneltici ve belirleyici” (*cause impulsive et déterminante*) sebep olarak kabul edilip edilmediğinin araştırılması, sözleşme özgürlüğünün bir gereği olarak görülmektedir. SIMLER; a.g.e., s. 359, 381 vd.; TANDOĞAN; a.g.e., s. 229, dn.4’te belirtilen yazarlar.

birden çok kişinin bulunması halinde bölünebilirlik esaslı unsurlar açısından önem ifade etmeyecektir⁷³.

Kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında problem arz eden bir diğer husus da bileşik sözleşmelerdir. İsimli sözleşmelerden olan bileşik sözleşmelerde birden çok bağımsız sözleşme kendilerine özgü niteliklerini koruyarak ortak bir ekonomik amaçla bir araya gelmektedir⁷⁴. Bunlara örnek vermek gerekirse; işverenin işçiyle hizmet sözleşmesi kurması ve kendisine cüz'î bir kira parası karşılığında işçinin dairesini kiralaması (hizmet-kira sözleşmeleri bağlantısı); bir lokantanın bir firmadan yiyecek ve içecek satın alma taahhüdüyle, aynı firmanın lokantacıya kiralık bina sağlama taahhüdü (satım ve kira sözleşmeleri bağlantısı) sayılabilir. Karma sözleşmelerde ise birden çok bireysel sözleşmenin kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesi söz konusudur. Bu tarz sözleşmelere pansiyon (kira+satım+hizmet), yatılı okul (kira+satım+vekalet+ hizmet) veya hastaneye kabul (hizmet+ vekalet+ kira+satım) sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir⁷⁵. Karma sözleşmelerde görüleceği üzere, çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar öyle karışmış ve kaynaşmış durumdadır ki; sözleşmeye hakim olan asıl edimin ait olduğu sözleşme tipine ait kurallara bağlı olacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda basit sözleşmeler açısından bahsettiğimiz objektif-subjektif esaslı unsurlar yönünden söz konusu olan bölünebilirlik esasları karma sözleşmeler bakımından da geçerli olacaktır.

Karma sözleşmelerden farklı olarak, bağımsızlıklarını koruyan fakat geçerlilikleri ve varlıkları birbirine bağlı olan ve aralarında kondisyonel, fonksiyonel ve görevsel bir bağın bulunduğu birden çok bireysel sözleşmeden oluşan bileşik sözleşmeler (*zusammengesetzte Verträge-contrats complexes*) bakımından mesele tartışmalıdır⁷⁶. Doktrindeki hakim görüşe göre, bileşik sözleşmeleri meydana getiren bireysel sözleşmelerden her birinin diğerinin sebebi ve şartı haline gelmiş olması ve geçerliliklerinin de birbirlerinin varlık ve geçerliliğine bağlı olması nedeniyle kısmi

⁷³ Subjektif bölünebilirlik esasında Alman Hukukunda yapılan bir ayırımdır. Bkz: FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 573; LANG; **a.g.e.**, s. 25. Paul OERTMANN; “**Subjektive Teilnichtigkeit**”, Zeitschrift für das gesamte Handels und Konkursrecht, 1935, s. 119. SOERGEL/HEFERMEHL; § **139 BGB**, Rn. 14. BGHZ 53, s.179; 24 s.349; 3 s. 206. İsviçre Hukukunda **Hürlimann** bu tarz bölünebilirliğin OR Art. 20 Abs. 2'ye uymadığını belirtmekle beraber kıyasen kabul edilmesinde bir çekince bulmadığını ifade etmektedir. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 46.

⁷⁴ GAEDERTZ; **a.g.e.**, s. 79 vd.; ARAL; **a.g.e.**, s. 54.

⁷⁵ ARAL; **a.g.e.**, s. 53.

⁷⁶ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 103; TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 228.

hükümsüzlük bileşik sözleşmelere yalnızca değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük çerçevesinde uygulanabilir⁷⁷. Bu görüşe göre örneğin, bir işçi işvereni ile hizmet sözleşmesini yaptığı sırada işverenin işyerine yakın olan evini kiralamaktadır. Her iki sözleşme arasındaki işlevsel bağlantı nedeniyle, hizmet sözleşmesindeki sakatlık kira sözleşmesinin de geçersiz olmasına sebep olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de uygulaması bu yöndedir⁷⁸. Alman Hukukunda çoğunluk görüşü bu yönde olmakla beraber bir görüşe göre de, tarafların farazi iradelerini dikkate alarak bileşik sözleşmelere kısmi hükümsüzlük uygulanabilir⁷⁹.

Her somut olayda münferit sözleşmeler arasındaki bağlantının varlığının bileşik sözleşmeyi meydana getirip getirmediğini tespit etmek oldukça önemlidir. Zira tarafların aynı zaman dilimi içerisinde yaptığı birden fazla sözleşmenin birbiri arasında ilk bakışta (*prima facie*) ekonomik ve fonksiyonel bağlantı varmış gibi görünse de, böyle bir iç bağlantı gerçekte mevcut olmayabilir. Örneğin, bir mağazaya giren müşterinin arabasını mağazanın otoparkına bırakması (*kira sözleşmesi*), alışveriş yaparken elindeki çantaları mağaza yetkilisine emnaet bırakması (*vedia sözleşmesi*) ve ardından bir mal satın alması (*satım sözleşmesi*) halinde ortada gerçek anlamda bileşik sözleşme yoktur.

Kanaatimizce, bireysel sözleşmelerin sakat olan kısmının yerine ikame edilebilecek düzen hükmü niteliğinde yedek hukuk kuralları mevcut ise veya tarafların farazi iradelerinden sözleşmenin ayakta tutulması amacı ortaya çıkıyorsa

⁷⁷ Bileşik sözleşmeyi oluşturan bireysel sözleşmelerden birindeki şekil eksikliği nedeniyle sakatlığının diğer sözleşmenin de geçersizliğine sebep olacağı kabul edilmektedir. Bkz: BGE 98 II 313. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 103. Ancak büyük bir çoğunluk tarafından kıyasen uygulamaya gerek olmaksızın – yani BK.m.20/f.2 uyarınca tarafların farazi iradelerini dikkate almaya gerek olmayacağı kabul edilmektedir. MEYER; **a.g.e.**, s. 77 vd; PIOTET; **a.g.m.**, s. 114; Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 228; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 103, dn. 50'de belirtilen yazarlar. Fransız Hukukunda *Simler* ise, bu konuda tarafların farazi iradelerinden sakatlığın ilişkin olduğu bireysel sözleşmenin objektif değil ancak subjektif bölünebilirlik bakımından ele alınıp, bu kısmın taraflar açısından yöneltici ve belirleyici bir sebepten kaynaklanmaması halinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesini mümkün görmektedir. SIMLER; **a.g.e.**, s. 380 vd. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 69-70;

⁷⁸ BGE 131 III 636; 90 II 38; 67 II 157; 63 II 414.

⁷⁹ Alman Hukukunda bazı yazarlar, bileşik sözleşmelerde bölünebilirliği baştan kesin bir dille reddetmek yerine, münferit sözleşmeler arasındaki bağlantıya rağmen tarafların kısmi hükümsüzlük yönündeki iradelerinin araştırılarak sonuca varılması gerektiğini savunmaktadır. F. ANDRÉ; **Einfache, Zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte**, FG für Enneccerus, Marburg, 1913, s. 4 vd; SCHERRER; **a.g.e.**, s. 14 vd; Franchising ve kredi sözleşmeleri ile ilgili örnek için bkz: GAEDERTZ; **a.g.e.**, s. 81. Aksi yönde MEDICUS; **BGB**, § 35, Rn. 502; FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 571; LARENZ/WOLF; § 45, Rn.8.

değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ya da doğrudan indirim yaptırımının uygulanması söz konusu olabilir⁸⁰, meğerki tarafların farazi iradelerinden bireysel sözleşmelerden biri olmaksızın sözleşmenin tamamen yapılmayacağı sonucuna ulaşılsın. Örneğin yukarıdaki örnek bakımından hizmet sözleşmesinin yaşam boyu akdedilmiş olması halinde, sürenin caiz sınıra indirilerek bileşik sözleşmenin geçerliliğinin devam etmesi sağlanabilir.

d- Sözleşmenin Zaman Olarak Bölünebilirliği (*zeitliche Teilbarkeit*)

Borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde asli borçlardan en az birinin sürekli edim içerip içermediğine göre sözleşmeler sürekli akit ve ani ifalı akit olarak ikiye ayrılır⁸¹. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, icrasına başlanmış sözleşmenin sürekli edimi barındıran kısmının geçersiz olması halinde edimleri geri verme bakımından yaşanacak zorluğun hukuk güvenliğini sarsacağı nedeniyle hükümsüzlüğün etkisinin ileriye etkili *ex nunc* olması kabul edilmektedir⁸². Bu nedenle kısmi hükümsüzlüğün sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere uygulanması meselesi önem arz etmektedir.

Bu tarz sözleşmelere uygulanacak kısmi hükümsüzlük bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran niteliği dikkate alınarak uygulanmakta⁸³ ve sözleşme olabildiğince ayakta tutulmaya çalışılmaktadır. Hatta bazı durumlarda BK.m.20/f.2 c.2 gereği tam hükümsüzlüğün dahi uygulanması engellenmektedir⁸⁴. Aslında sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında en önemli olan husus; yaşam boyu olarak kararlaştırılan bir sürenin tespit edildiği hallerde, söz konusu sürenin belli bir seviyeye mi getirileceği yoksa sözleşme süresi belli olmayan

⁸⁰ Karş: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 608.

⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 44; SELİÇİ; **a.g.e.**, s. 4 vd.

⁸² Polydor-WERNER; **a.g.e.**, s. 26, 169 vd.; SELİÇİ; **a.g.e.**, s. 45 vd. Tek satıcılık sözleşmeleri bakımından kabul edilen “değiştirme amaçlı fesih” veya “kısmi fesih” kavramları ile kısmi hükümsüzlük kavramı karıştırılmamalıdır. Bu kavramlara ilişkin açıklamalar için bkz: Cemile DEMİR GÖKYAYLA; **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Seçkin, Ankara, 2005, s.188.

⁸³ MEDICUS; **BGB**, § 35, Rn.506; LAMMEL; **a.g.m.**, s. 249; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 75 vd.

⁸⁴ Bern İstinaf Mahkemesi 1952 tarihli bir kararında, İsviçre’de kira mevzuatının gerektirdiği izin alınmaksızın kira artış oranının yüksek belirlenmesine ilişkin kayıt BK.m.20/f.2 c.2 gereği tam hükümsüzlük yönünde tarafların farazi iradeleri aranmaksızın caiz kayıtla düzeltilerek geçerliliği sağlandı. ZBJV 88 (1952), s.478.

bir sözleşme olarak olağan fesih düzeninin altına mı gireceği meselesidir⁸⁵. Hatırlanacağı üzere, tarafların bu tarz sözleşmeleri belirsiz süreli akdetmiş olmaları halinde, Borçlar Kanununda sözleşmeyi süre açısından tamamlayan fesih hükümleri getirilmiştir (BK.m.262, 285, 304, 312, 340, 535/f.6). Bu tarz durumlarda çoğu zaman sözleşmenin süresine ilişkin sıkıntı, sürenin geçersizliğini ileri süren tarafın aynı davada fesih hakkını da kullanmasından kaynaklanmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu konuya ilişkin iki kararında istikrarlı olarak feshin uygun sürede kullanılıp kullanılmadığını tespit etmeden önce sözleşmenin süresini belirlemeyi tercih etmiştir. 1981 tarihli kararına konu olan bir olayda, tek satıcılık sözleşmesinin 7.maddesinde yer alan “*eğer tek satıcı ihracatı artırmak için yoğun çaba harcadığını kanıtlayabilirse, sözleşme feshedilmez*” ifadesi uyarınca tek satıcı, uzun bir süre yapımcı şirketin fesih hakkını kullanmasını engellemiş ve yapımcı şirket açısından sözleşme MK.m.23/f.2’ye aykırı olacak şekilde tek taraflı olarak “*ebedi*” süreli bir sözleşme olma tehlikesi doğurmuştur. Mahkeme, aynı zamanda fesih hakkının da kullanıldığı bu davada öncelikle söz konusu kaydın sonsuza kadar bağlanma tehlikesi doğurduğunu, böyle bir sonucun ise kişilik hakkına aykırı olduğunu belirterek, söz konusu fesih kaydının hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Mahkeme daha sonra tarafların bu kaydın hükümsüzlüğünü bilselerdi, sözleşmenin süresini nasıl tayin edecekleri yönündeki farazi iradelerini araştırmıştır. Buradan hareketle, tarafların sözleşmeye verdikleri anlam, amaç ve bağlanma niyetlerini araştırarak, sözleşmenin süresini 8 yıl üzerinden geçerli olacağını ifade etmiştir. Bu sürenin hesaplanmasında Mahkeme dürüst ve makul kişiler olarak tarafların farazi iradelerini (*objektif kriter*) dikkate almasının yanında, sözleşmenin niteliği ve işin mahiyetini de dikkate alarak (*subjektif kriter*), ticaretin yoluna konulması için ihtiyaç duyulan zamanı 3 yıl ve sermaye olarak yatırılan kısmın ödenmesi ve hazırlık çalışmaları için de 5 yıl olarak tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca sona erme düzeni açısından tamamlanmaya muhtaç bir sözleşme haline gelen bu sözleşmede, 8 yıllık sürenin dolmasından sonra sözleşmenin feshedilebilmesine yönelik altı aylık fesih öneli öngören adi şirkete

⁸⁵ Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sürenin uzunluğu ya tarafların sözleşmede hiçbir süre belirlemediği durumlarda (belirsiz süreli) ya da tarafların açıkça sonsuz süreli olduğunu kararlaştırdıkları durumda ortaya çıkacaktır. Peter GAUCH; **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Diss., Freiburg Schweiz, 1968, s.39 vd.

ilişkin OR Art.546 Abs.1 hükmünü kıyasen uygulayarak, bu yöndeki boşluğun kanuni olağan fesih düzeni ile tamamlanmasına karar vermiştir⁸⁶.

1988 tarihli olan kararında Mahkeme benzer şekilde, sınırsız süre için yapılan tedarik sözleşmesinde fesih hakkının kullanılması için öncelikle sözleşmenin süre olarak belirli hale gelmesini tespit etmiş ve sınırsız süre koyan sözleşme kaydını BK.m.20/f.2 gereği kısmi hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Daha sonra ise borcun kapsamı, edim-karşı edim arasındaki ilişki ve tarafların farazi iradelerini dikkate alarak sözleşmenin süresini 20 yıl olarak belirlemiş ve daha sonra fesih anının başlangıcına ilişkin bir tespitte bulunmuştur⁸⁷.

Doktrinde ise bu konuda çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş uyarınca, hakim sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede MK.m.23/f.2'ye aykırı olarak kararlaştırılan ya da tamamlanmaya muhtaç olan süreyi uygun sınıra indirme amacından ziyade, fesih hakkının ne zamandan itibaren kullanılacağına ilişkin bir araştırma yapması gerekmektedir⁸⁸. Ancak bir diğer görüşe göre, ahlaka aykırı şekilde uzun süreli bir sözleşmenin indirim yapmaksızın sadece süre kısmının hükümsüzlüğüne karar verebileceği de savunulmaktadır⁸⁹. Basit kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı böyle bir durumda, sözleşmenin belirsiz süreli yapıldığı

⁸⁶ BGE 107 II 216. Tek satıcılık sözleşmelerinde üreticinin tek satıcıya reklam yapma, mağazasının donanımı ve büyütülmesi bakımından bir takım yükümlülükler öngörülmesine rağmen üretici herhangi bir süreye bağlı kalmaksızın alışılmışın altında bir fesih öneli ile sözleşmeyi feshetme hakkını kendine saklı tutmuşsa, bu kaydin ahlaka aykırı olduğu kabul edilmektedir. DEMİR GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 192. Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında tek satıcılık sözleşmelerinde fesih önelinin taraflarca belirlenmediği hallerde, sözleşmenin süresi 1 yıldan kısa ise, acentalık sözleşmesine ilişkin TTK.m.133 (Or.Art.418 Abs.2); sözleşme süresi 1 yıldan uzun ise altı aylık fesih öneli öngören adi şirket sözleşmesine ilişkin BK.m.536/f.1 (OR.Art.546 Abs.2) hükümlerinin kıyasen uygulanacağı baskın olarak kabul edilmektedir. Bkz: DEMİR GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 193, dn.912'de anılan yazarlar. Yargıtay tarafından da benimsenen bir başka görüşe göre de, sözleşmenin ilişkin olduğu alanın özelliklerine göre, yapılan yatırımlar, üstlenilen yükümlülükler vs. dikkate alındığında fesih önelinin uzunluğunun tespitinin hakimnin takdirine bırakılması gerekmektedir. Y.11.HD., T.15.1992, E.1992/1959, K.1992/59 (Corpus). Hasan İŞGÜZAR; **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Dayınlarlı, Ankara, 1989, s.151-152. Bir üçünü görüşe göre de, acentalık ile ilgili 3 aylık sürenin kısa olduğu gerekçesiyle birinci görüş, tespitin hakimnin takdirine bırakılmasının da pratik bir çözüm olmadığı gerekçesiyle tek satıcılık sözleşmelerinde feshi öneline ilişkin yalnızca adi şirkete ilişkin 6 aylık süre uygulanmalıdır. DEMİR GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 195.

⁸⁷ BGE 114 II 160.

⁸⁸ OKTAY; **a.g.m.**, s. 500. Bazı yazarlar da, sürenin uygun sınıra indirilmesi suretiyle kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağını kabul etmektedirler. GAUCH; **Dauerverträgen**, s. 41; TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 164.

⁸⁹ BUCHER; **OR AT**, s.523; TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 163-164.

kabul edilecek ve olağan fesih hakkına ilişkin kurallara tabi tutulacaktır⁹⁰. Böyle bir sonuç, kanunun hakkında fesih düzeni getirdiği sözleşmeler bakımından uygulanabilir olmakla beraber, tek satıcılık gibi isimsiz sözleşmeler bakımından; yani fesih hakkının hangi andan itibaren başladığının tespit edilmesine ihtiyaç duyulan sözleşmeler bakımından, oluşan sözleşme boşluğunun doldurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Üstelik, sözleşmede BK.m.20'den kaynaklanan kesin hükümsüzlük halini hakimin görevinden ötürü dikkate alma gibi bir yetkisi olduğu düşünüldüğünde, sözleşmedeki süre kaydındaki geçersizliği düzelterek (*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük*), sözleşmedeki fesih kaydını kanuni olağan fesih düzeni ile tamamlaması doğal bir sonuç olmaktadır⁹¹. Buradaki hükümsüzlük, fesih düzenine ilişkin emredici bir kuralın ihlalinden kaynaklanmayıp, MK.m.23'e aykırı şekilde sonsuz süreli bir sözleşme yapılmasından kaynaklanmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile sürenin caiz sınıra indirilmesi yoluna sadece kişilik hakları ihlal edilen taraf başvurabileceği gibi, fesih hakkını kullandığı bir davada hakim de onun yararına re'sen bu yola başvurabilecektir.

Diğer taraftan, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde kısmi hükümsüzlük, o sözleşmenin sürekli edimi niteliğinde olmayan kayıtlarına da uygulanabilir. Örneğin, ikiden fazla paydaşın bulunduğu adi şirketlere ait ortaklık sözleşmelerinde paydaşlardan birine ilişkin bir sakatlık sebebinin bulunması halinde, ana sözleşmenin hükümsüzlüğünün yalnızca bu paydaş ile sınırlandırılarak ortaya çıkması (*subjektif kısmi hükümsüzlük*), pay sahiplerinin veya iyi niyetli üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak amacıyla geçersizliğin ileriye etkili olması savunulmaktadır⁹².

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin genel olarak hükümsüzlüğüne ilişkin olarak özellik arz eden husus, hükümsüzlüğün, ileri sürüldüğü tarihten veya yerine göre mahkemenin hükümsüzlük kararını verdiği tarihten itibaren ileriye etkili sonuç doğurmasıdır. Hükümsüzlüğün sürekli edime ilişkin olması halinde ise sözleşme kural olarak tam hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır. Örneğin belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesinde kıdem ve ihbar tazminatlarından vazgeçildiğine ilişkin bir kayıt, hizmet sözleşmesinin sürekli edimine ilişkin

⁹⁰ GAUCH; *Dauerverträgen*, s.42; SELİÇİ; *a.g.e.*, s. 139; DEMİR GÖKYAYLA; *a.g.e.*, s. 62.

⁹¹ LEU/CASPAR; “*Übermäßige Bindung und die guten Sitten*”, SZW/ RSDA 4, 2003, s. 226-227.

⁹² Geniş bilgi için bkz: Polydor-WERNER; *a.g.e.*, s. 169 vd.

olmaması itibariyle geçersiz sayılacak ve kayıt emredici hüküm ile düzeltilerek geçerliliği sağlanacaktır⁹³. Yine aynı şekilde, bir hizmet sözleşmesinin İş Kanunu'nun 32.maddesinin “emre muharrir senetle, kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz” şeklindeki hükmüne aykırı bir kayıt içermesi halinde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğü ileriye etkili şekilde uygulamak en uygun çözüm olacaktır.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin subjektif ikinci derecedeki yan unsurlarında ortaya çıkan bir sakatlığın bulunması durumunda, edimler ifa edilmiş ise eğer, sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan özel durum nedeniyle borç ilişkisinin mümkün olabildiğince ayakta tutulması gerekmektedir. Söz konusu subjektif ikinci derecedeki unsurlar, tarafların tamamlayıcı hükümlerin aksine yahut hakkında hiçbir hükmün bulunmadığı hallerde serbestçe uzlaşmaya varabileceği noktalarlardır. Bunlar genellikle semenin taksitlerle ödenmesi, borçlunun sorumluluğunun ağırlaştırılması veya hafifletilmesi, temerrüt halinde fesih hakkının tanınması, vadeler ve şartlardır⁹⁴. Bunu bir örnekle açıklayalım. Örneğin bir vekâlet sözleşmesinde avukatın belli bir iş görme edimine karşılık belirlenen meblağın kanun kuralının koyduğu sınırı aşacak şekilde ücret kararlaştırılmış olsun. Sözleşmedeki iş görüldükten sonra ücret kaydının geçersizliği ileri sürülse dahi, taraflar açısından esaslı noktalardan sayılan ücretin yasal sınır ya da somut olayda tarife üzerinden geçerliliğinin sağlanması kabul edilmelidir⁹⁵.

Buraya kadar yaptığımız açıklamaları, İsviçre Federal Mahkemesi'nin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin verdiği kararlar ile netleştirmekte fayda vardır. Mahkeme 1973 yılında verdiği bir kararda, tek satıcılık sözleşmesinin münhasırlık kaydı taşıyan kısmına ilişkin üreticinin yaptığı hileden dolayı, sözleşmenin tamamen iptali yerine, edimlerin ifa edilmiş olduğunu dikkate alarak ileriye etkili şekilde kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulanmasını kabul etmiştir⁹⁶. Bu kararda mahkeme, sözleşmenin söz konusu kısmında eğer hile yapılmamış

⁹³ ÇELİK; **a.g.e.**, s. 315.

⁹⁴ ESENER; **a.g.m.**, s. 268.

⁹⁵ Benzer yönde bir Mahkeme kararı için bkz: Y.5 HD. T.10.6.1965,E. 1965/2125, K. 1965/2930 (HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 218, dn. 104).

⁹⁶ BGE 99 II 308.

olsaydı, nasıl bir hüküm yer alacak idiyse, böyle bir hükmü hile bulunan kısmın yerine ikame etmiştir. Burada geçersiz kısım sebebiyle oluşan bir sözleşme boşluğunun bulunduğunu kabul edilerek, tarafların bu boşluğu bilmiş olsalardı, nasıl bir düzenleme yapacak idilerse, hakimin de ona göre tarafların sözleşmenin geçerliliğine olan güvenlerini koruyarak farazi iradelerine göre boşluğu doldurma yoluna gitmiştir⁹⁷.

Yine Federal Mahkemesi 1967 yılında verdiği bir kararda, tarım ürünlerine ilişkin kira artış oranının, İsviçre Federal Konsey Kararının 1960 tarihli kararı ile 1956 tarihli Tarım Ürünlerine İlişkin Kira Artışlarının Kontrolü Hakkında Kanunu'nun 7.maddesindeki⁹⁸ sınırı aşarak belirlendiği bir sözleşmenin yalnızca kira artışına ilişkin kaydının kanuni sınıra indirilerek geçerliliğine karar vermiştir⁹⁹.

Özetleyecek olursak, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sakatlığın sürekli ve asli edime ilişkin olup olmaması dikkate alınmaksızın değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük veya indirim yaptırımı ile sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulması sağlanırken; sonsuz süre kararlaştırılan sözleşmelerin konu olduğu davalarda aynı zamanda fesih hakkının kullanılması üzerine öncelikle sürenin caiz sınıra indirilmesi ve sonra feshin hangi tarihte kullanılması gerektiğine karar verilerek sonuca varılmaktadır.

e- Sözleşmenin İçeriğinin Nicelik Olarak Bölünebilirliği (*quantitative-vertikale Teilbarkeit*)

Özellikle Alman Hukuk doktrininde bir kısım yazar tarafından sözleşmenin bölünebilirliği kavramı, sözleşmenin nicel (*miktar, meblağ, süre, oran olarak*) kısmı açısından bölünmesi (*quantitative Trennbarkeit/Teilung/Teilbarkeit*) anlamına

⁹⁷ KELLER/ SCHÖBI; a.g.e., s. 139.

⁹⁸ Daha önce de İkinci Dünya Savaşı'nın gerektirdiği ekonomik ve sosyal sıkıntılar nedeniyle İsviçre'de 1939-1952 yılları arasında Federal Konsey özellikle kira, elektrik, gaz ve gıda maddelerinin toptan ve perakende satış fiyatlarına sınır getirmişti. Geniş bilgi için bkz: Paul LEUMANN; "Die Teilnichtigkeit privatrechtlicher Verträge nach Art. 20 Abs.2 OR bei Überschiebung kriegswirtschaftlicher Höchstpreisvorschriften", SJZ, 1943, s. 237 vd.

⁹⁹ BGE 108 II 112. Almanya'da 18.12.1974 tarihinde yürürlüğe giren ancak 9.7.1998 tarihinde değişikliğe uğrayan "Kira Artışlarını Düzenleyen Kanunu (*Gesetz zur Regelung der Miethöhe*)"na göre kira artışları kiralanan yerin metre karesine göre belirlenmektedir.

gelecek şekilde kullanılmaktadır¹⁰⁰. *Niceliğe ilişkin ve düşey kısmi butlan (quantitative veya vertikale Teilnichtigkeit)* olarak adlandırılan kısmi hükümsüzlük türü esasen sözleşmenin nicel kısmı itibariyle bölünebilirliğini ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır¹⁰¹.

Sözleşmenin nicel kısmındaki aşırılık; MK.m.23/f.2’de sözü edilen ahlaka aykırı şekilde bağlanma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi¹⁰², sözleşmedeki meblağ, oran, süre gibi unsurlara ilişkin tüm nicel kısımlara yönelik olarak da ortaya çıkabilir. Sözleşmelerin nicel kısmına kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında, birçok durumda nicel kısma ilişkin kaydın, objektif ya da subjektif esaslı unsur olup olmadığı fazla önem arz etmemektedir¹⁰³. Keza Türk Hukuk doktrininde de bazı yazarlar tarafından, sözleşmenin asli ve tali unsur olma özelliğine bakılmaksızın nicel kısımları itibariyle bölünebilir olduğu ve bu kısımlara indirim yaptırımının uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Bunu bir örnekle açıklayacak olursak; örneğin tek satıcılık sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli kararlaştırılabilir. Özellikle bu tarz sözleşmelerde sürenin uzun olmasında tek satıcının menfaati olduğu kabul edilmekle

¹⁰⁰ Sözleşmenin bölünebilirliği kavramının sözleşmenin nicelik olarak bölünebilirliği anlamına geldiği ve nicel bir sözleşme hükmüne uygulanan kısmi hükümsüzlüğe “niceliğe ilişkin kısmi hükümsüzlük” adını veren **Herzog**; sözleşmenin nicel kısmına “tamamlama anlaşması”; objektif unsurlarının bulunduğu kısma “temel anlaşma” olarak ayrılmasını savunmuştur. Yazar, temel anlaşmada somut bir nicel kısmın varlığını, temel anlaşma kısmında da tarafların bu süreyi kararlaştırma konusundaki iç niyetlerinin varlığı varsayımından (*soyut bir nicel sınır tayini*) hareket etmektedir. Taraflar bu niyetlerinin aksini dışa vurdukları zaman, tamamlayıcı anlaşmanın hükümsüzlüğüne rağmen, temel anlaşma ile bağlı kalmak istedikleri anlaşılır. Tarafların nicel kısma verdikleri anlam, ancak tarafların irade beyanlarının yorumlarından ortaya çıkar. Bertold HERZOG; **Quantitative Teilnichtigkeit**, Göttingen, 1926, s. 26 vd., 89. Alman Hukukunda bu görüş birçok açıdan eleştirilmiş ve kabul edilmemiştir. Bu eleştiriler genellikle, sözleşmenin varsayımdan yola çıkarak soyut ve somut nicel kısımlar yaratmanın mümkün olmadığı, bir sözleşmede tarafların nicel kısma ilişkin tek ve somut yönde anlaşmalarının bulunması şeklinde getirilmiştir. ZIMMERMAN; **a.g.e.**, s. 66 vd. Bugün itibariyle Alman Hukukunda, sözleşmenin nicel kayıtlarında “yasal ya da caiz sınıra indirim” imkanının mümkün olup olmadığını incelemek üzere, sözleşmenin nicel olarak bölünebilirliği ayrı başlık altında incelenmektedir. Bkz: GAEDERTZ; **a.g.e.**, s. 86-87; MAYER-MALY; **Münchener Kommentar, BGB § 139**, Rn. 21; SOERGEL/HEFERMEHL; **BGB § 139**, Rn. 29; MEDICUS; **BGB, § 35**, Rn. 506.

¹⁰¹ MEDICUS; **BGB, § 35**, Rn. 506; Jost-Caesar BÖHME; **Erhaltungsklauseln**, Diss., Lang Verlag, Frankfurt a. Main, 2000, s. 16; SOERGEL/HEFERMEHL; **§ 139 BGB**, Rn.27; TANDOĞAN; **a.g.e.**, s.121; LANG; **a.g.e.**, s. 26.

¹⁰² LEU/CASPAR; **a.g.m.**, s.221.

¹⁰³ Sözleşmedeki nicel bir kayıt, başkaca bölünebilirlik yöntemine ihtiyaç duymaksızın kendi içerisinde doğrudan bölünebilir. NAENDRUP; **a.g.e.**, s. 51.

¹⁰⁴ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 220, dn. 112; Selim KANETİ; **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (tahvili)**, İstanbul, 1972, s. 17; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 293.

beraber, “süre”nin subjektif esaslı unsur olması dahi söz konusu olabilir¹⁰⁵. Ancak böyle olması halinde dahi nicel kaydın (*süre*) indirilmesi, sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğüne tercih edilmektedir¹⁰⁶. Yine örneğin karz sözleşmesi kural olarak ivazsız sözleşmelerdendir. Ancak adi işlerde sözleşme ile faiz kararlaştırılması durumunda, sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelir¹⁰⁷. Sözleşmenin faiz kısmına ilişkin bir sakatlığın bulunması halinde, objektif esaslı unsur sayılan ve karşı edim niteliğindeki faizin caiz sınıra indirilerek kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi mümkündür¹⁰⁸. Ancak düşey kısmi hükümsüzlükten kaynaklanan indirim imkânı, sözleşmenin nicel kısımları itibariyle bölünebilir olduğunu ve bu nicel kısımların da kendi içerisinde kısımlara ayrıldığını kabul etmekle mümkün olacaktır.

f- Sözleşmenin Subjektif Bölünebilirliği

Bir sözleşmenin bir tarafını birden çok kişi teşkil edebilir. Örneğin, üç kişi bir evi kiralarlarsa, kira sözleşmesinin kiracı tarafını üç kişi birlikte teşkil eder. Böyle bir sözleşmede, sözleşmeye katılan herkes sözleşmenin bir kısmını teşkil etmektedir¹⁰⁹. Aslında Roma Hukukundan itibaren var olan¹¹⁰ ancak ilk defa Alman Hukukunda uygulaması önerilen ve daha sonra Avusturya ve İsviçre Hukuklarından da kabul gören “*subjektif kısmi hükümsüzlük*” kavramına göre, sakatlığın sözleşmenin bir tarafında yer alan kişilerden bir kısmına ilişkin olması halinde, sözleşmenin bu kişilere ilişkin kısım ile sınırlandırılarak, diğer tarafları için geçerli kalmaya devam etmektedir¹¹¹. Subjektif kısmi hükümsüzlük görüşü Avusturya, Alman ve İsviçre

¹⁰⁵ DEMİR GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 60.

¹⁰⁶ LEU/CASPAR; **a.g.m.**, s.226.

¹⁰⁷ ARAL; **a.g.e.**, s. 302. Cevdet YAVUZ; **Borçlar Hukuku-Özel Hükümler**, 7.b.s., İstanbul, 1997, s. 368; ENGEL; **a.g.e.**, s. 250.

¹⁰⁸ BGE 80 II 327. **Kramer** hukuk güvenliğini koruma düşüncesi ile, kanun tarafından azami sınırı belirtilmiş bedel ve faizlerin öngörülen sınıra indirilmesi halleri dışında, objektif esaslı noktalarda kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasını kabul etmemektedir. KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 341 vd.

¹⁰⁹ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 46; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.76.

¹¹⁰ Roma Hukuku ile ilgili açıklamalarımız için bkz: yuk. s.47 vd.

¹¹¹ Alman Hukuku için bkz: FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 573. Avusturya Hukuku için bkz: KOZIOL/ BYDLINSKI; **§ 878**, E. 3b. Mahkeme kararı olarak bkz: 13.9.1995 SZ 68/161.

Hukuklarında taraftar bulmakla beraber¹¹², Türk Hukukunda da kabul edilmekte ve uygulanmaktadır. Örneğin; toplu ipoteğin kurulmasına ilişkin sözleşme geçersiz ise ve bu geçersizlik sadece maliklerin şahsından kaynaklanıyorsa kısmi hükümsüzlüğün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹¹³. Bu ihtimalde, toplu ipotekle teminat altına alınacak borçtan müteselsilen sorumlu olan ve kendi taşınmazı üzerinde toplu ipotek kurulmasını kabul eden üç malikten birisi ipotek sözleşmesinin kurulması esnasında ehliyetsiz olması durumunda, diğer maliklerin ehliyetsiz olan malikin katılımı olmadan sözleşmeyi yapmayacakları kabul ediliyorsa tam hükümsüzlük; sözleşmeyi yapacakları kabul edilebiliyorsa, sözleşmenin geri kalan iki malikle yapılmış kısmı ile geçerli olduğu kabul edilmektedir.

İrade sakatlıklarının söz konusu olduğu durumlarda ise, sözleşmenin iradesi sakatlanan tarafının birden fazla kişiden oluşması halinde, bunlardan her biri birbirinden bağımsız bir şekilde sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir¹¹⁴. Bunlardan birinin sözleşmeyi kendisi bakımından iptal etmek istemesi halinde, iptal hakkını kullanmayanlar ile diğer taraf arasında sözleşmenin devam edip etmeyeceğine ilişkin meselenin çözümüne BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması ile varılmak gerekir. Buna göre, sözleşmenin iptal hakkını kullanan taraf olmadan diğer tarafların sözleşmenin geçerli olarak kalmasını isteyecekleri farazi iradelerinden anlaşılabiliriyorsa veya sözleşmenin geri kalanı söz konusu iptalden etkilenmiyorsa, sözleşme tamamen iptal edilmiş sayılmaz. Eğer tarafların farazi iradelerinden sözleşmenin iptal eden kişi olmaksızın sözleşmeyi hiç yapmayacak oldukları anlaşılıyorsa veya sözleşmenin geri kalan kısmı söz konusu iptalden sonra anlam ve amacını yitiriyorsa, sözleşme tamamen iptal edilmiş olacaktır¹¹⁵. Aynı örnek tersi durumda da söz konusu olabilir. Örneğin, sözleşmenin bir tarafında birden çok kişinin bulunduğu ve hile veya ikrahın bunlardan yalnız bir ya da bir kısmı tarafından yapıldığı hallerde, sözleşme yalnızca hile veya ikrahı yapan tarafa karşı iptal

¹¹² İsviçre Hukuku için bkz: Von Tuhr/ESCHER; **a.g.e.**, s. 295. Alman Hukuku için bkz: FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 561. Avusturya Hukuku için bkz: ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 107.

¹¹³ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 849. Zekeriya KURŞAT; **“Birlikte Rehin”**, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s. 412. HELVACI; **İpotek Hakkı**, s.217, dn.26

¹¹⁴ Şener AKYOL; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s.238.

¹¹⁵ AKYOL; **a.g.e.**, s. 238.

ettirilebilmektedir. Fakat BK.m.20/f.2 c.2’den yararlanarak sözleşmenin diğerleri için de iptal edilebilmesi mümkün olabilmelidir.

3- Geçersizliğin Sözleşmenin İçeriğinin bir kısmına İlişkin Olması

a- Sözleşmenin İçeriği Kavramı ve Anlamı

Her ne kadar BK.m. 19 ve 20 *akdin mevzuundan* bahsetseler de, bu şartların sözleşmeye ait hangi unsurları kapsadığını anlamak için öncelikle maddede yer alan “konu” kavramına açıklık getirmek gerekmektedir. Sözleşmenin konusunu; OR. Art. 20 Abs.2’nin Almanca metninde “içerik” (*Inhalt*), Fransızca metninde “konu” (*objet*) şeklinde ifade edilen kavramın Almanca metne uygun olarak “içerik” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁶. Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin *içeriği ve konusu* İsviçre-Türk Hukukları açısından genellikle eş anlamlı olarak kullanılan kavramlardır¹¹⁷. Burada sözü edilen “konu” ya da “içerik”; tarafların açık ya da örtülü iradelerinin üzerinde uyduğu tüm hükümlerdir. Sözleşmenin dar anlamda içeriğine tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, edimleri, vadeler, şartlar, tarafların doğrudan ulaşmak istedikleri amaçlar ve ayrıca kişilik kurma işlemlerinde (*adi şirket gibi*) tarafların “ortak amacı” da girmektedir¹¹⁸. Sözleşmenin geniş anlamdaki içeriğine ise bu hususlara ilave olarak tarafların dolaylı ortak amaçları dahildir¹¹⁹.

Bununla beraber, sözleşmenin içeriğinde yer almasına rağmen, konusuna dahil olmayan sözleşme hükümleri de söz konusu olabilir. Sözleşmenin konusuna dahil olmamış bu tarz hükümlerin de imkansızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık ile geçersiz sayılmaları mümkündür. Örneğin, A ile B’nin aralarında yaptıkları bir arsa

¹¹⁶ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 51; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 526, dn.4.

¹¹⁷ Birçok yazar OR Art. 19’un üst başlığında ve OR Art.20’nin Almanca metninde kullanılan “Inhalt” (*içerik*) ve Fransızca metninde kullanılan “objet” (*konu*) kavramları arasında fark gözetmemektedir. Bkz: ROUILLER; **a.g.e.**, s. 336; ENGEL; **a.g.e.**, s. 267; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.72; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 526, dn.4. **Başpınar**, sözleşmenin içeriğini ve konusunu birbirinden farklı kavramlar olarak kabul etmektedir. Bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 57, dn.30.

¹¹⁸ HATEMİ; **Fasiküller**, s. 58-59; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 199; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 58-60; HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 135-140. Örneğin bir adi şirket sözleşmesinde, ortaklığın amacı hukuka aykırı ise, sözleşme tamamen geçersiz olur. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 21, 29; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.643-644; KRAMER; **Art.19/20 OR**; Rn. 137. Fransız Hukukunda aynı yönde bkz: GUELFUCCI/THIBIERGE; **Nullité**, Rn. 417 vd.

¹¹⁹ GUELFUCCI/THIBIERGE; **Nullité**, Rn. 422; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 59. Doğrudan ve dolaylı amaç kavramları ile ilgili geniş bilgi için bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 220 vd.

payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, A'nın bazı işlemlerin yapılması için bir kişiye temsil yetkisi verdiğiine ilişkin kayıt, BK.m.34 gereği yetkilendirme işlemi zorunlu olarak tek taraflı bir işlem olduğundan sözleşmenin konusu içinde görülemez iken, sözleşmenin içeriği haline gelir¹²⁰. Alman Federal Mahkemesi, bir kimsenin hem kendi adına hem de yetkisiz olarak eşini temsilen yaptığı ortak hisseli taşınmazın satımı sözleşmesinde BGB § 139 hükmünün uygulanmasına karar vermiştir¹²¹. Ancak Mahkeme anılan hükmün ikinci cümlesinin (*geçersiz kısım olmaksızın sözleşmenin ayakta kalacağı anlaşılmıyorsa*) somut olayda dikkate alınamayacağını, zira söz konusu sözleşmenin bu kısım olmaksızın ifa edilemeyeceğini belirtmiştir. Görüleceği üzere sözleşmenin içeriği kavramı, sözleşmenin konusuna göre daha geniş uygulama alanına sahip olması itibariyle, BK.m.19 ve 20 anlamındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlarının izah edilmesinde tercih edilmesi gereken bir kavramdır¹²². Borçlar Kanunu Tasarısının BK.m.19'u karşılayan 26.maddesinin üst başlığında da kanımızca isabetli olarak "*sözleşmenin içeriği*" kavramı kullanılmıştır.

Sözleşmenin geniş anlamda içeriği kavramına az önce ifade ettiğimiz üzere tarafların sözleşmede yer verdikleri tüm hükümler (kişilik kurma işlemleri için ortak amaç dahil) girmesinin yanında, tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri ve sözleşmede yer vermedikleri dolaylı ortak amaçları da girer¹²³. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından birkaç örnek vermek gerekirse; uyuşturucu ticareti yapmak amacıyla ödünç sözleşmesi yapmak¹²⁴, genelev olarak işletme amacıyla bir yer kiralayarak masaj salonu olarak işletme izni almak¹²⁵ OR. Art.20 Abs.1 (BK.m.20/f.1) gereğince tarafların amacından yola çıkarak hükümsüz sayılmıştır. Ancak ortak dolaylı amacın sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi için, taraflardan her ikisi

¹²⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 526, dn. 4.

¹²¹ BGH 14.11.1969, NJW 1970, s. 240-241.

¹²² BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 58; EREN; **a.g.e.**, s. 284.

¹²³ ZUFFEREY-WERO; **a.g.e.**, s. 227. Dolaylı ortak amaç kavramının saik kavramı ile bütünleştirerek bu kavramı kabul etmeyen görüş için bkz: GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s. 52. Türk Hukukunda bir görüş tarafından, tarafların dolaylı amaçlarının da ahlaka aykırı olduğu haller dikkate alınarak, Alman Hukukunda "konu" ve "amaç"tan bahsedilmeksizin doğrudan ahlaka aykırı anlaşmaların geçersizliğini düzenleyen BGB § 138 hükmüne benzer bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 577-578.

¹²⁴ BGE 112 IV 47.

¹²⁵ LVGE 1982 I, Nr.7, S.17, SJZ 81, 1985, s.60.

tarafında bilinip istenmesi gerekir. Taraflardan yalnız biri tarafından bilip istediği amaç sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmaz¹²⁶.

Tarafların sözleşme içerisinde yer vermeyip, ortak olarak bilip istedikleri emredici kanun hükümlerine ya da ahlaka aykırı olan dolaylı amaçlarının sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkin olması halinde kısmi hükümsüzlükten bahsedilebilecek midir? Öncelikle ifade etmek gerekir ki; BK.m.20/f.1 anlamında sözleşmenin içeriği kavramı geniş anlamıyla kabul edildiği vakit bu sorunun cevabı hiç şüphesiz olumlu olacaktır. BK.m.20/f.2 bakımından da sakatlığın, sözleşmenin geniş ve dar anlamdaki içeriğini kapsayacak şekilde ortaya çıkması mümkündür¹²⁷. Ancak bu durumun tespiti ve ispatı yönünde büyük zorluklar vardır¹²⁸. Ancak yine de tarafların ortak dolaylı amacının ahlaka ya da emredici hukuk kuralına aykırı olması sebebiyle kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceği haller söz konusu olabilir. Örneğin bir satım sözleşmesinde ifanın satıcının temsil yetkisi verdiği bir şahsa yapılacak olması ve bu kişinin de satıcıya ithal iznine sahip olmayan mal temin eden kişi olduğunun alıcı tarafından biliniyor olması halinde söz konusu ifanın yapılacağı şahsa ilişkin sözleşme kaydının hukuka aykırılık sebebiyle geçersizliği gündeme gelecektir. Zira burada ifanın böyle bir şahsa yapılacak olması satıcının kaçak mal temini yaptığının yani ahlaka aykırı amacının alıcı tarafından bilinmesi ve benimsenmesi şartı gerçekleşmiş olmaktadır.

b- İçerik Sakatlığı Sebepleri

BK.m.20/f.2’de sözü edilen kısmi hükümsüzlüğün, sözleşmenin içeriğine dahil olmuş unsurların yalnızca BK.m.20’de geçen imkansızlık, emredici kanun hükümlerine ve ahlaka aykırılık hallerinde uygulanmayacağını daha önce de ifade etmiştik. Türk-İsviçre Hukuk doktrininde nerdeyse oybirliğiyle kabul edildiği üzere, şekle aykırılık, ehliyet ve irade sakatlıklarına ilişkin sakatlık sebepleri bakımından da

¹²⁶ HONSELL; **Art. 19/20 OR**; Rn. 8; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 644; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 59.

¹²⁷ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 29; GUHL/MERZ/KOLLER; **a.g.e.**, s. 42; ENGEL; **a.g.e.**, s. 193; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 643; BGE 42 II 492; 61 II 287; 112 IV 47. BGer SemJud 121 I (1999), s.218.

¹²⁸ KRAMER; **Art.19/20 OR**; Rn. 137; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 60. «Saik» ile «ortak amaç» kavramlarını ayırmak gerekir. Bir tarafın hukuka veya ahlaka aykırı saiki karşı tarafça bilinse dahi, taraflar açısından bu husus ortak amaç haline dönüşmediği takdirde sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 170.

kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulanması mümkündür¹²⁹. Ancak bu son grupta yer alan geçersizlik sebeplerinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanması kıyas yolu ile olacağı için doktrinde bu uygulamayı içeren içerik sakatlığı sebepleri *geniş anlamda* içerik sebepleri olarak adlandırılmakta olup, klasik BK.m.20 anlamındaki geçersizlik sebeplerine dayanarak kısmi hükümsüzlüğün doğrudan uygulanabildiği sebeplere de *dar anlamda* içerik sakatlığı sebepleri denilmektedir¹³⁰. Biz de anlatımlarımızı bu sınıflandırma ile bağlı kalarak “dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri” ve “geniş anlamda içerik sakatlığı sebepleri” olarak iki grupta inceleyeceğiz.

(1)- Dar Anlamda İçerik Sakatlığı Sebepleri

i- Genel Olarak

BK.m. 19/f.2’de sözleşme özgürlüğünün içeriğini sınırlayan hususlar olarak; emredici hükümler (*kanuna*), ahlaka, kamu düzeni (*umumi intizam*), kişilik hakkına aykırılık (*şahsi hükümlere müteallik haklar*) sıralanmakla beraber; kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanan hususlar olarak BK.m.20’de imkansızlık (*gayri mümkün*), hukuka aykırı (*gayri muhik*) ya da ahlaka (*adaba*) aykırılık öngörülmüştür. Açıkça görüleceği üzere, her iki madde arasında gerek terim birliği gerekse öngörülen unsurlar açısından bir uyumsuzluk mevcuttur. Türk Hukukunda bu farklılık genellikle her iki madde hükmü arasındaki terim farklılıklarından ve bu hükümlere farklı fonksiyonlar atfedilmesinden kaynaklanmaktadır¹³¹. Söz konusu kavram uyumsuzluğu nedeniyle BK.m.19/f.2 ve m.20/f.1’de yer alan kavramlar arasındaki ilişkinin ne yönde olacağı ve BK.m.19/f.2’nin anlamı konusunda doktrinde iki görüş mevcuttur.

Bizim de katıldığımız birinci görüşe göre; BK.m.19/f.2’de sözü edilen “*ahlak*”, “*kamu düzeni*” ve “*kişilik hakkı (MK.m.24/f.1,2)*¹³²” sözleşme özgürlüğüne sınır

¹²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında OR. Art. 20 Abs.2’nin şekle aykırılık halinde BGE 60 II 99; hile halinde BGE 96 II 106 (*dolus incidens* 99 II 308), 107 II 423 kıyasen uygulandığı görülmektedir. GAUCH/AEPLI/CASANOVA; **Art.20 OR**, s.51; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 21. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.103.

¹³⁰ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 104-105; EREN; **a.g.e.**, s. 285.

¹³¹ Geniş bilgi için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s.528 vd.

¹³² **Hatemi**’nin de haklı olarak belirttiği üzere, kişivarlığı haklarından mutlak hak niteliğinde olan tek bir kişilik hakkı ve onun koruma alanına giren değerler vardır. Bu anlamda MK.m.24/f.1’de “kişilik hakkı” kavramı kullanıldıktan sonra, MK.m.24/f.2’de çoğul olarak “kişilik hakları” kavramının kullanılması da uyumsuz olmaktadır. Hüseyin HATEMİ; **Gerçek Kişiler Hukuku**,

koyan¹³³ ayrı ve bağımsız kavramlar olmayıp, bunlar sadece bir kanun hükmünün ne vakit emredici hüküm sayılacağını gösteren kavramlardan ibarettir¹³⁴. Ancak doktrindeki hakim görüşe göre, BK.m.19/f.2’de sözü edilen kavramlardan her biri

Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.59. Benzer şekilde bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 52. Bu anlamda biz de çalışmamızda kişilik hakları kavramını, tek bir kişilik hakkı kavramı altında koruma altına alınan değerleri ifade etmek üzere kullanmaktayız.

¹³³ HONSELL; **Art.19 OR**, Rn. 4 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 531. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 73. Bu son yazarlar, kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları kriterlerinin sınırlayıcı olmadığı, hükümlere ayrıca sosyo-ekonomik açıdan zayıf olanları korumak amacı ile çıkarılmış hükümlerin de eklenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.74. Yargıtay’ın da son kararlarında emredici hükümlerin tayininde zayıf tarafı koruyan hükümleri de anmaya başladığı görülmektedir: “*Anılan hükmün emredici olup olmadığı ise öncelikle metnin yazılışından düzenleme amacından anlaşılır. Genel ahlak kamu düzeni, kişilik hakları, zayıf tarafın korunması amaçlanan hükümler emredicidir*”. Y.3HD. T.14.7.2005, E. 2005/ 7644, K.2005/7978 (Corpus). Sosyal ve ekonomik açıdan zayıf olanları korumak amacı ile tesis edilen hükümler genellikle kamu düzeni, ahlak ya da kişilik haklarının yorumlanması sonucu ulaşılan emredici nitelikteki hükümlerdir. Zira toplumda iktisaden ve sosyal olarak zayıf olan kimseleri korumak bir yönüyle toplumun genelinde özellikle Fransız Hukukunda “*ekonomik kamu düzeni*” olarak ifade edilen düzenin bozulması engellenmeye çalışılmaktadır. FLOUR/AUBERT/SAVAUX; **a.g.e.**, s 210. Ekonomik kamu düzeni kavramını, iktisaden zayıf durumda olan kiracıyı korumak amacıyla kullanan Fransız Yüksek Mahkemesi kararı için bkz: Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1999, JCP 2000 II 10236. Fransız doktrininde avukat, doktor, müteahhit, işveren, üretici gibi belli meslek gruplarına mensup kişilerin karşısında yer alan tüketici, hasta, işçi gibi kimselerin korunması temeline dayalı hükümlerin (İş Kanunundaki L-221-1, 223-1; Tüketici Kanunundaki L.145-15,L.145-16;133-1; Sigorta Kanunundaki L.111-2 vb.) ekonomik kamu düzeni kavramından doğduğu kabul edilmektedir. Fransız Hukukunda daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ekonomik kamu düzeni kavramına dayalı bağımsız ve hakim geniş takdir yetkisine bağlı yazılı olmayan hükümler bulmak zordur. Philippe MALAURIE; **Les contrats contraires à l’ordre public** Reims, Matot-Braine, 1953, Rn.52,71-72. **Ripert** kendisinden daha güçlü olan tarafla sözleşme ilişkisine girme riskini göze almış olan kimseleri koruyucu bu alanın sosyal kamu düzeni kavramı altında homojen bir yapıya kavuşması gerektiğini savunmuştur. G.RIPERT; **L’ordre public économique et la liberté contractuelle**, in Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de F. Gény, Sirey, 1934, Rn.293-294. Ekonomik kamu düzenine ilişkin cezai veya sözleşmesel yaptırımları belirleme keyfiyetinin hakime değil; kanun koyucuya ait olduğu isabetli olarak şu ifadelerle de anlatılmaktadır: “*Réglementer les rapports économiques est, principalement, une oeuvre positive. Le législateur peut la réaliser, non le juge*”. FLOUR/AUBERT/SAVAUX; **a.g.e.**, s. 214. Aynı yönde bkz: EREN; **a.g.e.**, s. 286. Örneğin doktrinde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un “*belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemlerinin yasak*” olduğunu söyleyen 4.maddesi ile kişilik hakkının bir yönünü oluşturan ticaret ve rekabet hakkını ve aynı zamanda iktisaden zayıf olan tarafı korunmasının amaçlandığı kabul edilmektedir. Kanaatimizce zayıf tarafın korunmasını amaçlayan hükümler kişiliğin korunması ve kamu düzeni çerçevesinde inceleme altına alınıp, emredici hükümler başlığı altında yer alması düşünülmelidir. İktisadi bakımından zayıf olan tarafın korunması, kamu düzeni ve kişilik hakları arasındaki ilişki hakkında geniş bilgi için bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 54-55.

¹³⁴ **Rouiller** kamu düzeni kavramını OR Art. 19 Abs. 2 çerçevesinde emredici hükümlerin tespitinde yorum yardımcısı niteliği ile kullanmıştır. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 49. Aynı yönde bkz: Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 250; KELLER/SCHÖBI; **a.g.e.**, s. 143; LÖRTSCHER; **a.g.e.**, s. 197-198; Michael KAMM; **Freizechnungsklauseln im deutschen und im schweizerischem Recht-im Vergleich**, Bergisch Gladbach, Köln, 1985, s.170; HATEMİ; **Medeni Hukuk**, s. 43 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 529.

ayrı ayrı sözleşme özgürlüğüne sınır getiren kavramlardır¹³⁵. Bu görüşe uygun şekilde kaleme alınan ancak her iki madde arasındaki söz konusu uyumsuzluğun Borçlar Kanunu Tasarısının “sözleşme özgürlüğü” alt başlıklı 26.ve 27.maddelerinde giderilmeye çalışılması son derece isabetli olmuştur¹³⁶. Ancak BK.m.20/f.1’i karşılayan Tasarı’nın 27.maddesinde *kişilik hakları* ve *kamu düzeni* kavramlarının sözleşme özgürlüğünün bağımsız sınırı olarak kabul edilmesi kanaatimizce yukarıda açıkladığımız sebeplerle isabetli olmamıştır. Zira kişilik hakları kavramı BK.m.20/f.1’de yer almasa dahi; bu haklara aykırılık zaten MK.m.23/f.2 anlamında emredici hükme aykırılık oluşturacaktır¹³⁷.

BK. m. 20 anlamında sözleşme özgürlüğünün sınırları genellikle kamu düzeni ve kişilik hakkı kavramının bağımsız birer sözleşme özgürlüğü sınırı olarak ele alınıp alınamayacağı noktasında kendisini gösterir. İçerik sakatlığı sebeplerine ilişkin sınıflandırmayı hukuka aykırılık, imkânsızlık ve ahlaka aykırılık şeklinde yapan yazarlardan bir kısmı; hukuka aykırılık kavramı içerisinde emredici kurallara aykırılık, kamu düzeni ve kişilik haklarını sıralarken¹³⁸; bazıları hukuka aykırılık içerisinde sadece emredici hukuk kurallarına aykırılığı¹³⁹; bazı yazarlar da kişilik haklarına aykırılığı ahlaka aykırılığın alt kavramı olarak belirtmişlerdir¹⁴⁰. İfade etmek gerekir ki, benzer şekilde bir terim uyumsuzluğunun İsviçre Hukukunda OR. Art. 19 ve 20’de mevcut olmasının yanında, doktrinde de bu konunun son zamanlarda tartışıldığı ve birçok farklı sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir¹⁴¹.

¹³⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 530; ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 65; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 647.

¹³⁶ Borçlar Kanunu Tasarısının 26.maddesinde “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” denildikten sonra; 27.maddesinin ilk fıkrasında sözleşme serbestisinin sınırları çizilerek “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” denilmektedir.

¹³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 531.

¹³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 532 vd.; EREN; **a.g.e.**, s. 288.

¹³⁹ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 127.

¹⁴⁰ ATEŞ; **a.g.e.**, s.167; ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 129; SCHWENZER; **OR AT**, Rn.32.04; HUGUENIN; **Art.19/20 OR**, Rn.12-13.

¹⁴¹ G. PETITPIERRE; “**Une Proposition de Lecture Systematique des Art. 19 et 20 CO**”, SJZ, 2001, s. 73-78; Andreas ABEGG; “**Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im System von Art.19 und 20 OR- eine historisch evolutorische Perspektive**”, AJP 2005, s. 1113-1125. Kişilik hakları ihlalini hukuka aykırılık altında bağımsız bir sözleşme sınırı olduğu yönünde BUCHER; **OR AT**, s.265, kişilik haklarına ihlalin ahlaka aykırılık altında incelenmesi gerektiği yönünde GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.658; SCHWENZER; **OR AT**, Rn..32.04, kişilik haklarına

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kamu düzeni kavramının bağımsız bir sözleşme sınırı olamayacağını; aksi bir kabulün Hukuk Devleti ilkesi ile de bağdaşmayacağını düşünüyoruz¹⁴². Bu anlamda BK.m.19/f.2’de yer alan kamu

ihlalin emredici hükümler altında incelenmesi gerektiği yönünde KRAMER; **Art.19/20 OR**,Rn.128, kamu düzenini hukuka aykırılık altında değerlendirenler GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, N. 648, BUCHER; **OR AT**, s.250, kamu düzeni kavramını bağımsız bir sözleşme sınırı olarak görenler ATAMER; **a.g.e.**, s. 184; KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn. 156. Kamu düzenini bağımsız bir sözleşme sınırı olarak görmeyenler; Martina BUOL; **Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung**, Zürich, 1996, s. 349; KAMM; **a.g.e.**, s. 170.

¹⁴² *Hatemi*’ye göre yazılı hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kuralı yoktur. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına gerekçe olabilecek mülahazalar arasında Anayasa’nın 11.maddesinde “kamu düzeni” de yer almaktadır. Anayasa’nın 13.maddesine göre de, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak BK.m.19’da ifade edilen “kamu düzeni” bakımından ise bu yönde bir hüküm içi boşluğun olduğu kabul edilemez. Bir başka ifadeyle, kamu düzenine aykırılık başlı başına sözleşme içeriğinin sınırı olamaz. BK.m.19’da kamu düzenine aykırılık kavramı ile kastedilen, gerek lafzından açıkça emredici hukuk kuralı haline gelmiş hükümlerin, gerekse lafzından emredici niteliği olduğu anlaşılmayan ancak ihlal edilmeleri halinde kamu düzenini de ihlal edecek hükümlere aykırılığın anlaşılması gerekir. Buna paralel olarak öncelikle Anayasada belirlenen temel ilke ve değer yargılarının tümü kamu düzeni kavramının bir parçası olarak algılanmalıdır. HATEMİ; **Medeni Hukuk**, s. 43-44. *Reisoğlu* bağımsız bir kamu düzeni kavramına yer vermekle beraber, bu başlık altında emredici hukuk kuralı haline gelmiş kamu düzeninden bahsetmiştir. Yazar kamu düzeni kavramını “takdiri bir kavram” olarak tanımlamaktadır. REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 129. Tüm bu gerekçelere katılmakla beraber, BK.m.19/f.2’de yer alan kamu düzeni kavramını lafzından emredici olduğu anlaşılmayan hükümün emredici nitelikte olup olmadığını tespit etmeye yarayan bir yorum yardımcısı olduğu kabul edilmektedir. BUOL; **a.g.e.**, s. 349; LÖRTSCHER; **a.g.e.**, s. 196 vd.; HATEMİ; **Fasiküller**, s. 60. Birçok Yargıtay kararında da kamu düzenine emredici kurallar vasıtasıyla atıf yapılmaktadır. Bkz: Y.13.HD. T. 18.3.1996, E.1996/1734, K.1996/2495 (YKD. 1996, s. 746-748). Y.1. HD. T.22.12.2005, E.2005/13770, K.2005/2942, Y. 2. HD. T. 12.09.2005, E.2005/9793, K.2005/11787. (Corpus). Sonuç itibarıyla özetleyecek olursak, kamu düzeni kavramının *virtuel*, yani sınırları belirsiz bir kavram olarak, hakime geniş takdir yetkisi tanınması tehlikesi karşısında, bu kavramın bağımsız bir sözleşme sınırı olarak kabul edilemeyeceği görüşüne katılıyoruz. Fransız Medeni Kanununun 6.maddesi, kamu düzeni ve ahlaka aykırılık ile ilgili olan *emredici kurallara aykırı* anlaşmaları yasaklamaktadır. Aynı şekilde CC. Art.1131 ve 1133’de, kamu düzeni ve ahlaka aykırı işlemleri içeren emredici hükümlere aykırı bir amaçla yapılan anlaşmaların hükümsüz olacağını ifade etmektedir. Yazarlar kamu düzeni kavramını ailevi, toplumsal düzeni vb. içine alan politik kamu düzeni ve tüketim ve ekonomik vb. düzeni içine alan ekonomik kamu düzeni olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Politik kamu düzeninin *judiciaire* (*hakimin takdirine bağlı*), ekonomik kamu düzeninin *législatif ya da textuel* (*kanuni*) niteliğinin bulunduğu yönünde bkz: FLOUR/AUBERT/SAVAUX; **a.g.e.**, s.201-203. Yazarlara göre, 1929 tarihli Fransız Yüksek Mahkemesinin kanun kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kuralları da olduğuna yönelik geleneksel tutumun bir anlamda değiştiğini görmek mümkündür. FLOUR/AUBERT/SAVAUX; **a.g.e.**, s. 214. Alman Hukukunda *kamu düzeni* kavramı bağımsız bir sözleşme sınırı ya da kesin hükümsüzlük sebebi olarak sayılmadığı gibi, ahlaka aykırılık ve gabini düzenleyen BGB § 138’in kamu düzenini kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Bkz: Konstantin SIMITIS; **Gute Siten und ordre Public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB**, Marburg, 1960, s.168. BGB § 138’in ilk tasarısında “kamu düzeni” kavramı yer alırken; ikinci tasarıda bu kavrama yer verilmemiştir. Bunun sebebi ise İmparatorluk Meclis Komisyonu tarafından, “*kamu düzeni kavramı güvenli bir sözleşme sınırı olmamakla beraber, emredici hukuk kuralları ve ahlaka aykırılık kavramı altında telakki edilebilir bir kavram*” olduğu yönünde açıklanmıştır. FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 364. İsviçre’de ise bazı yazarlara göre, kamu düzeni, hukuk düzenine

düzeni kavramını yalnızca, yine aynı maddede yer alan ahlak ve kişilik hakları kavramı gibi lafzından emredici olduğu anlaşılmayan emredici kuralların tespitinde söz konusu madde hükmünü bir yorum yardımcısı olarak kabul eden görüşe üstünlük tanıyoruz¹⁴³. Bu görüşün sonucu olarak, eğer bir kanun hükmüne aykırı davranılması ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı düşüyorsa, söz konusu hükmün emredici hüküm olduğu sonucuna varılacaktır. Lafzından emredici olduğu anlaşılmayan hükümlerin tespitinde dikkate alınacak kamu düzeni kavramı, korunmasında ve uygulanmasında toplumun ve devletin menfaatlerinin söz konusu olduğu konularda, toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kanun kurallarının tespitinde yardımcı olacaktır¹⁴⁴. İleride de açıklayacağımız üzere, BK. m. 20 hükmünün kesin hükümsüzlük yaptırımına bağladığı dar anlamda emredici hükümlerin yanında, sözleşmenin konusuna dahil olmayan emredici hükümler ile anlam ve amacından kesin hükümsüzlük yaptırımının en uygun sonuç olarak ortaya çıktığı yasaklayıcı hükümleri de bünyesinde toplayan BK.m.19 maddesine Borçlar Kanunu Tasarısında yer verilmemiş olması haklı olarak eleştirilmiştir¹⁴⁵. Aynı şekilde Tasarı'nın sakıncalı taraflarından birisi de, BK.m.19'da yer alan "kamu düzeni" terimini- BK.m.19'da belirtilen yazılı kanun kurallarından bağımsız ve ahlak kuralları gibi yazılı olmayan ve emredici (yaptırımlı) kurallar varmış gibi BK.m.20'yi karşılayan 27.maddenin ilk fıkrasına aktarmış olmasıdır¹⁴⁶.

Sonuç olarak, BK.m.19/f.2'de yer alan "*kamu düzeni*" kavramı ile ihlal edilmeleri halinde emredici kanun hükümlerine aykırılık sonucunun oluştuğu kuralların varlığının kastedildiğini ve yazılı kurallardan bağımsız soyut bir kavram

açıkça dahil olan (*immanent*), bir başka deyişle hukuk düzenine içkin olan bir düzen anlayışını ifade eder. HONSELL; **Art.19 OR**, Rn.10. HUGUENIN; **Art.19/20 OR**, Rn.23-24. KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn. 157. BELSER; **a.g.e.**, s. 391. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.648. Kamu düzeni kavramının bağımsız bir sözleşme sınırı olarak kabul edilmesi yönünde bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.73; ATAMER; **a.g.e.**, s.184; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 544; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 402; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 159 vd.

¹⁴³ HATEMİ; **Fasiküller**, s. 60; BUOL; **a.g.e.**, s. 349; KAMM; **a.g.e.**, s.170; LÖRTSCHER; **a.g.e.**, s. 170.

¹⁴⁴ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 42-43. İsviçre Hukukunda da kamu düzeni kavramından "tüm hukuk kurallarının oluşturduğu düzen" anlaşılmaktadır. HONSELL; **Art.19 OR**, Rn.10; HUGUENIN; **Art.19/20 OR**, Rn.23-24; KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn.157.

¹⁴⁵ Hüseyin HATEMİ; "**Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı Yazısı**", Güncel Hukuk Dergisi, C:2, S:62, Şubat 2009, s.14.

¹⁴⁶ HATEMİ; **Borçlar Kanunu Tasarısı**, s. 15 vd.

olan kamu düzeni gerekçesiyle sözleşmenin geçersiz sayılmasının hukuk güvenliğini sarsacağı gerekçesiyle bu kavramın bağımsız bir sözleşme sınırı olarak kabul edilmesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz¹⁴⁷. Ayrıca hemen ifade etmek gerekir ki, doktrinde genel itibarıyla kişilik haklarına, emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırı olmama kavramlarını bağımsız sözleşme sınırı olarak kullanan yazarlar tarafından da, emredici hüküm niteliğine kavuşmamış bağımsız bir kamu düzeni kavramına dayanan yargı kararları veya somut uygun örnekler verilmediği ya da en azından kanaatimizce yetersiz kaldığı görülmektedir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Daha önce de belirttiğimiz üzere, Alman Hukukunda kanun koyucu tarafından kamu düzeni kavramına bağımsız sözleşme sınırı olarak yer verilmemiş olmasını bu anlamda isabetli bulmaktayız. Bkz: yuk. dn. 353.

¹⁴⁸ *Ateş*; emredici hukuk kuralları ile düzenlenmemiş bağımsız kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek bazı örnekler vermektedir. Örneğin, taraflardan birinin diğerinin işlediği trafik suçundan doğan borcu ödeyeceği yönünde yapılan bir anlaşma ya da bir kimsenin kanunen şahitliği zorunlu olmasına rağmen, şahitlik yapmaya gelmesi için bir kişiye para borcu altına girmesi veya iki kişinin hacizden mal kaçırmak yönünde yaptıkları anlaşmalar kamu düzenini ihlal ettiğinden bahisle geçersiz olacaktır. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 159, dn.438. Ancak kanaatimizce bu örnekler bağımsız bir kamu düzeni kavramına işaret etmemektedir. Zira taraflardan birinin diğerinin işlediği trafik suçundan doğan borcu ödeyeceği yönündeki sözleşme kaydı, "**cezaların şahsiliği**" ilkesini emredici hukuk kuralı olarak düzenleyen 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22.maddesinde açıkça düzenlediği göz önünde tutulacak olursa, söz konusu kaydın varlığı emredici hukuk kuralına aykırılık teşkil edecektir. Yine iki kişinin hacizden mal kaçırmak yönünde yaptıkları anlaşma muvazaası (Y.21.HD. T.9.10.2003, E. 2003/9249, K.2003/7831-(Corpus)) ve hatta İİK.m.44/f.3 ve 280.madde hükümleri çerçevesinde emredici hükümlere aykırı olarak değerlendirilebilir. Yine bir kimsenin kanunen şahitliği zorunlu olmamasına rağmen, şahitlik yapmaya gelmesi için bir kişiye para ödeme borcu altına girmesi açıkça **karar verme özgürlüğünü** ortadan kaldırdığı için MK.m.23/f.2 çerçevesinde kişilik haklarına ve MK.m.20 çerçevesinde de ahlaka aykırı sayılması mümkündür. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 572. Nitekim emredici hukuk kuralı haline gelmemiş ama toplumun genel menfaatlerini ihlal eden bir sözleşme ile karşılaşmak mümkün olsa dahi, böyle bir sözleşmenin ahlaka da aykırı sayılması mümkün olacaktır. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.107. Aynı şekilde doktrinde Yargıtay'ın kanunda boşluk olduğu gerekçesiyle, yıllık kira artışlarına dair sözleşme hükümlerinin sınırlandırılmasının kamu düzenine aykırılık olacağı yönünde verdiği çeşitli kararlar örnek verilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 73-74. Ancak kira artış oranlarının aşırı yüksek olması halinde açılacak kira tespit davalarında, öteden beri hakimim "objektif iyiniyet" ve "hakkaniyet" in sağlanması amacıyla sözleşmeye müdahale etmesi kabul edilmekteydi. "*Bununla birlikte kira parasının tesbiti yöntemini anılan yasadan doğan boşluk nedeniyle belirleyen 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da, kira parasının "hak ve nesafete uygun" seviyede takdiri ile "sınırlı artışı" öngörülmektedir*". Y.3 HD., T. 6.12.1994, E. 1994/ 14420, K. 1994/15571 (Corpus). Yargıtay'ın bu oldukça önemli kararında kira artışlarına müdahalesinin nedenleri arasında açıkça "kamu düzeni" kavramına yer verilmemiştir. Karara gerekçe teşkil eden kısmında "*Gelirindeki artış, endeksteki artışın altında kalan ve büyük bir çoğunluğu teşkil eden kiracıların yaşamlarının korunması ve kira parasını ödeyemez duruma sokulmalarındaki kamu yararı ve kiralayanın aynı dönemde taşınmaz malındaki değer artışı ve bunun miktarı da dikkate alınarak; endeksteki artışın gelirdeki artışın çok üstünde olduğu ve normal kazanç ölçülerini de aştığı dönemlerde, bir yarar denkleştirmesi sağlayabilmek için, ileri sürülüp kanıtlanmış özel bir neden bulunmayan hallerde, Toptan Eşya Fiyat Endeksindeki artış oranının bir bölümünün yansıtılarak yeni dönem kira parasının tesbiti hak ve nesafet kurallarına da uygun düşer*". Unutulmamalıdır ki, kamu düzeni gerekçesiyle sözleşme

İsviçre Borçlar Kanununun 20.maddesinin gerek Almanca metninde yer alan “*widerrechtliche*” kavramı, gerekse Fransızca metninde yer alan “*illicite*” kavramını karşılamak üzere kullanılan “*hukuka aykırılık*” kavramı üzerinde durmakta fayda vardır. Türk Hukuk doktrinde BK.m.20 anlamında hukuka aykırılık kavramına ilişkin çeşitli tanımlar ve birbirinden farklı sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir¹⁴⁹. Bu anlamda, sorumluluk hukukuna dayanan hukuka aykırılık kavramı ile sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak ifade edilen hukuka aykırılık kavramı veya sözleşmenin içeriğine etki eden emredici hükümlerin niteliği dikkate alınarak *dar anlamda*, *geniş anlamda* ve hatta *en geniş anlamda hukuka aykırılık*¹⁵⁰ veya *şekli ve maddi hukuka aykırılık*¹⁵¹ gibi sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir.

özgürlüğünü sınırlamak Hukuk Devleti'nin ilkeleriyle bağdaşmaz. Zira “mülkiyet hakkı” Anayasa'nın 36 ve 13.maddeleriyle teminat altına alınmıştır. Bu hakkın sınırlanması ise yine Anayasa'nın 35.maddesine göre kamu menfaati gereği ancak kanun yoluyla gerçekleşebilir. Nitekim toplumda huzur ve güvenin sağlanması, zayıf tarafın korunması amacıyla İsviçre ve Almanya'da da kanun koyucu kira artış oranlarına müdahale etmiş olmakla birlikte, Türkiye'de de kanunkoyucu 4531 sayılı Kanunla (RG. T. 18.02.2000, S. 23968) bu orana müdahale etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kanunu iptal etmiştir (T.9.7.2001 E.2001/303, K.2001/333). Kamu düzeni kavramının bağımsız sözleşme sınırı olarak kabul eden yazarların değerlendirmeleri için bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.24, 127 vd. EREN; **a.g.e.**, s.286-288. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s.547.

¹⁴⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, sözleşme özgürlüğü alanında kabul ettiği “hukuka aykırılık” kavramını; hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan kurallara aykırılık olarak tanımladıktan sonra, bu kavramın altında sadece emredici kanun hükümleri, kamu düzeni ve kişilik haklarını saymış olup, yazılı olmayan ahlak kurallarını ayrı bir başlık altında değerlendirmiştir. Hâlbuki pozitif hukukun atf yaptığı ahlak kuralları artık yazılı olmayan hukuk kuralları haline gelmiştir ve bu nedenle hukuka aykırılık kavramı altında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilirdi. Karş. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 532 vd. **Ateş**'e göre “*BK.m.19 hükmünde ifade bulan hukuka aykırılık, kişi davranışlarının, yasak ve emir koyan, soyut, genel bir hukuk normuyla çatışmasından doğan ve sözleşme içeriğiyle ilgili maddi hukuka aykırılıkları*” ifade etmektedir. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 146. BK.m.20 anlamında hukuka aykırılık kavramı ise, İsviçre Hukukunda **Rouiller**'in de ifade ettiği gibi, soyut veya yazılı olmayan kuralları değil; *zwingende Normen* karşılığı olmak üzere özel veya kamu hukuku kaynaklı ve yazılı olan emredici hükümlerin tamamını ifade etmektedir. Bu kuralların içerisine yasaklayıcı normlar da girmektedir. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 24., 29; Andreas ABEGG; **Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts**, Schultess, Freiburg Schweiz, 2004, s. 25 vd.

¹⁵⁰ ATEŞ; **a.g.e.**, s. 145. Yazar; kişilerin mutlak ve ekonomik varlıklarını zarar verici müdahalelerden koruma amaçlı hukuk normlarının ihlalini dar anlamda hukuka aykırılık; belirli bir davranışı zorunlu kılan hükümlerin ihlalini geniş anlamıyla hukuka aykırılık ve emredici bir hukuk kuralının ihlali ile sözleşme özgürlüğü alanının sınırlarının aşılması olarak BK.m.20'de düzenlenen hukuka aykırılık kavramının en geniş anlamda hukuka aykırılık tanımına uyduğunu savunmaktadır.

¹⁵¹ **Başpınar**, sözleşmede yer alan bir hükmün pozitif hukuk normu ile çatışmasını şekli anlamda hukuka aykırılık; sözleşmenin içerdiği hak ve borçlar itibarıyla hukuk düzeninin emredici bir normuna aykırılığını maddi anlamda hukuka aykırılık olarak ifade etmekle beraber, BK.m.20'de düzenlenen hukuka aykırılık kavramının maddi anlamda hukuka aykırılık tanımına uyduğunu savunmaktadır. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 124-125.

İsviçre Hukuk doktrininde ise genellikle OR Art. 20 hükmünde yer alan hukuka aykırılık kavramı dar anlamda, yani “emredici hükümlere aykırılık (*Rechtswidrigkeit-zwingende Normen*)” anlamında kullanılmaktadır¹⁵². Geniş anlamda hukuka aykırılık kavramı aslında *Merz*’in de ifade ettiği gibi, hukuki bağlayıcılığı olan kurallardan oluşan bir bütün olarak “*hukuk düzeni*”ni ifade etmek için kullanılır¹⁵³. Buna göre, geniş anlamda hukuka aykırılık kavramından genel olarak emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılığı anlamak gerekecektir¹⁵⁴.

Yukarıda anılan sebeplerle biz de BK. m. 20 anlamında sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin açıklamalarımızda hukuka aykırılık kavramı için ayrı bir başlık açmamakla beraber, dar anlamda hukuka aykırılık için “*emredici hükümlere aykırılık*” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz¹⁵⁵. Geniş anlamda hukuka aykırılık kavramını ise kanuna, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılığın tamamını içine alacak şekilde kullanacağız¹⁵⁶. Pozitif hukukta ahlaka atıf yapan birçok hukuk kuralı ile karşılaşabiliriz: BK.m.41/f.2, m.65, m.155, m.161, m.226, m.319 ve MK. m. 47/f.2, m.89, 101/f.3, 515/f.2, 557/f.3 vb. Bu maddeler ile atıf yapılan ve ilgili norm çerçevesinde yaptırıma bağlanan ahlaka aykırılık kavramı “yazılı olmayan hukuk kuralı” haline gelmiştir. Hukuka aykırılık kavramının sınırlarının saptanması sorunu BK.m.20 ve BK.m.41 anlamında farklılık gösterir¹⁵⁷. Bu konunun detaylarına girmek

¹⁵² HONSELL; **Art.19**, Rn.8; ROUILLER; **a.g.e.**, s.25; GUGGENHEIM; **a.g.e.**, s.173 vd.; HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 31, dn.6.

¹⁵³ MERZ; **a.g.e.**, s. 49-50. Aynı yönde PETITPIERRE; **a.g.e.**, s. 75; HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 31-32.

¹⁵⁴ *Zufferey-Werro* tüm bu kavramları tekrar saymak yerine, OR. Art. 19 hükmü için “*sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeninin sınırları içerisinde teminat altına alınır*” şeklinde öneri getirmektedir. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 71-72. İsviçre Hukukunda OR.Art.20 hükmündeki “hukuka aykırılık” kavramı ile OR. Art. 41 hükmündeki hukuka aykırılık kavramının aynı anlamda olmadığı yönünde SCHWENZER; **OR AT**; Rn.32.05.

¹⁵⁵ Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 27. maddesinin ilk fıkrasında hukuka aykırılık kavramı yerine emredici hükümler kavramı kullanılmaktadır. Gerçekten de madde hükmüne göre; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler batıldır*”. Yargıtay da bir kararında “*Bir sözleşmenin ihtiva ettiği hak ve borçlar, hukuk düzeninin emredici bir normu ile çatıştığı takdirde hukuka aykırı olur*” diyerek, hukuka aykırılığı dar anlamda kullanmıştır. Y.13.HD. T.01.01.2004, E. 2004/7997, K. 2004/16937 (Corpus).

¹⁵⁶ Karş. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 31; 35-36; ATEŞ; **a.g.e.**, s.146, 152. Y.4.HD. T.3.6.1985, E.1985/2315, K.1985/5606) KARAHASAN; **a.g.e.**, s. 402.

¹⁵⁷ BK.m.41 anlamındaki “hukuka aykırılık”, başkasına “*zarar*” verilerek, hukuk düzeninin davranış özgürlüğüne çizdiği sınırın aşılmasıdır. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 15.

mümkün olmadığından şimdilik sadece BK. m. 20'deki hukuka aykırılığın sınırının emredici kanun kurallarına ve pozitif hukukun atf yaptığı yazılı olmayan ahlak kurallarına aykırılık olacağını belirtmekle yetinelim¹⁵⁸.

Sonuç itibariyle, içeriğe ilişkin geçerlilik şartlarını “emredici hükümlere aykırı olmama”, “sözleşmenin konusunun imkânsız olmaması”, “kişilik hakkının koruduğu değerlerin ihlali” ve “ahlaka aykırı olmama” olarak dört grupta sınıflandırmayı uygun bulmaktayız¹⁵⁹. Her ne kadar BK.m.19/f.1'de geçen kişilik haklarına aykırılık, aşağıda daha detaylı şekilde açıklayacağımız üzere bazı durumlarda ahlaka aykırılık, geniş anlamda da emredici kurallara aykırılık oluştursa da¹⁶⁰, bu kavramın özellikle “aşırı bağlılık” halinde kısmi hükümsüzlük açısından arz ettiği önemi dikkate alarak ayrı bir başlık altında incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

ii- İmkânsızlık

aa- Genel Olarak Başlangıçtaki İmkânsızlık Kavramı

Roma Hukukundan günümüze kadar gelen *impossibilium nulla obligatio est* (imkânsızlık borç doğurmaz) ilkesini takip eden BK.m.20'ye göre, sözleşmenin konusundaki başlangıçtaki objektif imkânsızlık, sözleşmenin hüküm doğurmasına engel bir kesin hükümsüzlük halidir¹⁶¹. BK.m. 20/f.1'de yer alan ve sözleşmenin kesin hükümsüz olmasına sebep olan imkânsızlık türü, başlangıçtaki objektif imkânsızlıktır (*anfängliche Unmöglichkeit*)¹⁶². Sözleşme kurulduktan sonra meydana

Dolayısıyla faile belli bir fiili yasaklayan özel nitelikli emredici bir norm olmasa dahi, “zarar” doğuran eylemin varlığı halinde Anayasa'nın 8. ve 10.maddelerinin birlikte yorumundan çıkarılacak sonuçla zarar verici davranışta bulunmama yükümlülüğünün ihlalinin oluştuğunu söylemek mümkündür. Ancak bu halde dahi; “hukuka aykırılık” niteliğinin Anayasa'nın 8.ve 10.hükümlerinin birlikte yorumundan çıkan bir üst norma aykırılıktan kaynaklandığı ortadadır.

¹⁵⁸ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 36-37. Yargıtay da bu iki kavrama atf yaptığı bir kararında “kanuna ve ahlaka aykırı akitlerin belli edilmesinde B.K. nun hükümleri yanında diğer mevzuatın da göz önünde bulundurulması gerekir” diyerek aslında hukuka aykırılığın sınırlarını tespit etmiştir. Y.1.HD., T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K.2002/2892 (Corpus).

¹⁵⁹ İslam Hukukunda da akdin konusunun sınırları *akdin konusunun mümkün olması, akdin konusunun tesliminin mümkün olması, akdin konusunun mülkiyet altında olması, akdin konusunun malum ve muayyen olması ve akdin konusunun hukuki muameleye uygun olması* şeklinde sınıflandırılmaktadır. Geniş bilgi için bkz: Recep ÖZDİREK; **İslam Hukukunda Akdin Sınırları**, Yedirenk, İstanbul, 2010, s. 123 vd.

¹⁶⁰ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 49.

¹⁶¹ Mehmet ALTUNKAYA; **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 58-60.

¹⁶² HONSELL; **Art. 20**, Rn.2; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 633; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 25; BUCHER; **OR AT**, s. 247. BGE 96 II 18; 21. Alman Medeni Kanunu'nda imkansızlık halleri, 1

gelen imkânsızlığın hukuki sonuçlarını ise kanun, borçlunun kusurlu olup olmamasına göre (BK. m. 96 vd; 117) ayrıca düzenlemiştir. Objektif imkânsızlık doktrinde büyük çoğunlukla kabul edildiği üzere; sözleşmenin konusunu oluşturan edimin yalnızca borçlu açısından değil, herkes açısından sürekli olarak yerine getirilemez nitelikte olmasıdır¹⁶³. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık; sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda edimin ifasının herkes bakımından ve sürekli bir engel sebebiyle mümkün olmamasıdır¹⁶⁴.

İsviçre- Türk Hukuk doktrininde başlangıçtaki objektif imkânsızlığın genellikle *fiili* veya *hukuki imkânsızlık* olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁵. Fiili imkansızlık, edimin iş hayatındaki telakkilere, dürüstlük ve güven kurallarına göre borçlu da dahil hiç kimse tarafından yerine getirilememesidir¹⁶⁶. Bu duruma doktrin ve uygulamada en sık verilen örnekler; mevcut olmayan bir malın teslimini konu edinen sözleşme¹⁶⁷, bir gökdelenin altındaki bileziği çıkarmayı taahhüt etmesi olarak söylenebilir. Hukuki imkânsızlık ise, borçlanılan edimin mümkün olmasına rağmen, emredici bir hüküm nedeniyle hiç

Ocak 2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reform Kanunu (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) ile birlikte tek bir maddede (BGB § 275) düzenlenmiştir. Birinci fıkrada “gerçek imkânsızlık”, ikinci fıkrada “fiili imkânsızlık”, üçüncü fıkrada “şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik”, dördüncü fıkrada ise imkânsızlığın sonuçları düzenlenmiştir. Bkz: JAUERNIG; § 275, Rn. 12 vd. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık hali de artık kesin hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Böylece, sözleşme konusu edim başlangıçta herkes için imkânsız olsa dahi, sözleşme geçerli şekilde kurulmuş olmaktadır (BGB § 311 a/b I). Türk Hukukunda de *lega feranda* aynı çözümü benimseyen yazarlar olarak bkz: SEROZAN; **İfa Engelleri**, s. 102; ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 241. Aksi yönde bkz: HATEMİ; **Medeni Hukuk**, s. 163; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 116, dn. 62. Daha geniş bilgi için bkz: TOPUZ/CANPOLAT; “**Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**”, AÜHFD, C.57, S.3, 2008, s. 675 vd.

¹⁶³ Objektif-subjektif imkansızlık kavramları arasındaki ayrım bakımından doktrindeki görüşler için geniş bilgi için bkz: ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 99-100; TOPUZ/CANPOLAT; **a.g.m.**, s. 676; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 111; HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn.3 vd.; GAUCH/AEPLI/CASANOVA; **a.g.e.**, s. 44; KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn. 247; KELLER/ SCHÖBI; **a.g.e.**, s. 145; Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 262; PALANDT/HEINRICH; § 275 BGB, Rn. 23; JAUERNIG; § 275 BGB, Rn. 4; FIKENTSCHER/ HEINEMANN; **a.g.e.**, s. 190 vd.

¹⁶⁴ TOPUZ/CANPOLAT; **a.g.m.**, s. 678.

¹⁶⁵ HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn. 5; Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 264. BGE 111 II 134; 141; 133 III 311; 318. **BGer** 4C.275/2005, E.3.2. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 76; TOPUZ/CANPOLAT; **a.g.m.**, s. 676. EREN; **a.g.e.**, s. 297; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.112. Doktrinde bazı yazarlar bu sınıflandırmaya mantiki imkansızlığı da sokmaktadırlar. ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 91 vd. 194. Alman Hukukunda hem mantiki (*naturges Unmöglichkeit*) hem de fiziki imkansızlık (*physische*) kavramını aynı anlamda kullanan yazarlar için bkz: JAUERNIG; § 275 BGB, Rn. 12 vd. PALANDT/HEINRICH; § 275 BGB, Rn.5.

¹⁶⁶ ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 93.

¹⁶⁷ YHGK. T. 13.11.1957, K. 1957/77, E. 1957/80 (ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 93, dn. 151).

kimse tarafından yerine getirilemez olmasıdır. Bu anlamda hukuki imkânsızlığın dayandığı sebepler doğrudan hukuk düzeninden kaynaklanır. Bu bakımdan Türk-İsviçre Hukuklarında hukuki imkânsızlığın emredici hükümlere aykırılık ile sınırını ayırt etmek çoğu zaman kolay değildir¹⁶⁸. Örneğin ihracat veya ithalat yasağı olan malların bu yasağı ihlal etmeden teslim edilmeyecek şekilde satılmalarının hukuki imkânsızlık sebebiyle mi yoksa emredici hükümlere aykırılık sebebiyle mi geçersiz sayılacakları doktrinde tartışmalıdır¹⁶⁹. Hukuki imkânsızlık için doktrinde verilen en tipik örnekler olarak tarafların, kanunda yer alan aynı haklardan başka bir aynı hak üzerinde anlaşmaları ve bunu tapu siciline tescil ettirmek istemeleri veya uyuşturucu ya da askeri eşya satımını konu alan sözleşmeleri söyleyebiliriz¹⁷⁰.

Buraya kadar anlattıklarımız çerçevesinde görüleceği üzere, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda BK. m.20/f.1 (*OR. Art.20 Abs.1*) hükmüne göre, edimin ifasının başlangıçta objektif olarak imkânsız olması, kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur. Ancak Alman Hukukunda başlangıçtaki objektif imkânsızlığın kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmasının olumsuz etkilerini gidermek amacıyla BGB § 311a hükmü ile başlangıçtaki objektif hükümsüzlük kesin hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarılmıştır¹⁷¹. Türk hukuk doktrininde de bir görüşe göre, başlangıçta objektif imkânsız sözleşmeler bakımından – *örtülü bir garanti sözleşmesinin kabulü dışında* olumlu zararın istenebilmesinin *de lege lata* yolu olarak, *BK.m.20 hükmünün dar yorumlanarak ve yalnızca hukuki ve fiili absürd imkânsızlık hallerine inhisar ettirilerek* uygulanması savunulmaktadır¹⁷². Buna göre, bu haller dışındaki fiili imkânsızlık halinde sözleşme geçerli sayılacağından, borçluya güvenen alacaklının ifaya olan menfaatinini sağlamak için olumlu zararını da isteme imkânı doğacaktır. Örneğin, borçlunun alacaklıya henüz icat edilmemiş bir dünya devridaim

¹⁶⁸ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 143. ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 220 vd. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 113-114. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.

¹⁶⁹ Geniş bilgi için bkz: ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s.221 vd.

¹⁷⁰ ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 219.

¹⁷¹ PALANDT/HEINRICH; § 311a BGB, Rn.7; JAUERNIG; § 311a BGB, Rn. 3.

¹⁷² ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 238; 241. Yazar aynı şekilde başlangıçtaki imkansızlık ile sonraki imkansızlık arasında çizilen sınırların belirsizliği ve öngörülen farklı hukuki sonuçların yarattığı adaletsiz sonuçları gidermek amacıyla Alman Hukukundakine benzer bir düzenleme yapılmasını önermektedir. ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 241. Başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde olumlu zararın istenebilmesi yönünde bkz: ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 245; SEROZAN; **İfa Engelleri**, § 14, Rn. 16, 17. Fiili imkansızlık halleri için bkz: ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 191 vd.

makinesinin yapımını taahhüdünde (*fili absürd imkânsızlık*) bulunmuş olması halinde, culpa in contrahendo'ya dayalı olumsuz zararın tazmini isteyebilecek iken, sözleşme kurulmadan önce yok olmuş olan parça borcunun satımına (*fili gerçek imkânsızlık*) ilişkin sözleşme geçerli sayılacak ve olumlu zararın tazmini istenebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, imkânsızlık tarafların hukuki ilişki ile ulaşmak istedikleri amaç bakımından da söz konusu olabilir¹⁷³. Örneğin adi şirkette ortak amacın imkânsızlığı BK.m.20 anlamında kesin hükümsüzlüğe sebep olacaktır¹⁷⁴.

bb- Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımının İmkânsız Olması

İmkânsızlık halinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için, başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması ve tarafların farazi iradelerinden tam hükümsüzlüğün istediklerinin anlaşılması gerekir¹⁷⁵. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ise sürekli edim, geçici bir süre için imkânsız hale gelmişse, kısmi imkânsızlık sonucunun doğacağı ve buna bağlı olarak kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁷⁶. Ancak imkânsızlığın ortaya çıktığı an olarak değerlendirme yapıldığında söz konusu imkânsızlık sürekli nitelikte olduğu vakit, “sonraki imkânsızlık” söz konusu olacak ve bu halde kısmi hükümsüzlükten bahsedilemeyecektir. Zira kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için imkânsızlığın başlangıçta ve sürekli olmasını aramak gerekir¹⁷⁷. Bununla beraber, sözleşmenin kurulduğu sırada var olan imkânsızlık, edimin yerine getirilmesini tamamen değil de kısmen ortadan kaldırıyorsa kural olarak “kısmi imkânsızlık” (*teilunmöglichkeit-teilweise Unmöglichkeit*) söz konusu olur¹⁷⁸. Bir edimin bölünebilirliği, tarafların iradelerine, sözleşmenin yorumuna, borçlanılan edimin niteliğine veya ticari hayatın

¹⁷³ HÜRLIMANN; a.g.e., s. 23; KRAMER; Art. 19/20 OR, Rn.244; GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 637; BGHZ 51, 255, 263.

¹⁷⁴ ALTUNKAYA; a.g.e., s. 195-196.

¹⁷⁵ ALTUNKAYA; a.g.e., s. 127 vd.; BAŞPINAR; a.g.e., s. 117; HÜRLIMANN; a.g.e., s. 22-23.

¹⁷⁶ ALTUNKAYA; a.g.e., s. 126.

¹⁷⁷ FIKENTSCHER/ HEINEMANN; a.g.e., s. 191-192; BAŞPINAR; a.g.e., s. 121.

¹⁷⁸ Geniş bilgi için bkz: ALTUNKAYA; a.g.e., s. 127; PALANDT/HEINRICH; § 275 BGB, Rn. 20. Kısmi imkânsızlık ancak edimlerin bölünebilir olduğu sözleşmelerde uygulanacaktır. Örneğin, eser sözleşmelerinde kural olarak müteahhidin edimi kural olarak bölünebilir bir edim olmadığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kısmi imkânsızlık ancak birden fazla bloklu inşaat hallerinde gündeme gelecektir. Bu konuda bir Yargıtay kararı için bkz: Y. 15.HD. T.29.6.1993, E.1992/5256, K. 1993/3099 (YKD. C:20, S:1, Ocak 1994, s. 87).

kurallarına göre belirlenir¹⁷⁹. Bu halde kısmi hükümsüzlük, edimlerin de bölünebilir olduğu durumda uygulanacağı için doktrinde buna “niceliksel kısmi imkânsızlık” de denilmektedir (*quantitative Teilunmöglichkeit*)¹⁸⁰. Örneğin birden fazla malın ihracını öngören bir sözleşme, mallardan bir kısmı hakkında ihraç yasağı bulunması nedeniyle kısmen geçersiz ise, tarafların farazi iradeleri sözleşmenin kısmen korunması yönünde olmak şartıyla söz konusu sözleşme, ihracı yasak olmayan mallar yönünden geçerli olur¹⁸¹. Ancak, alacaklı sözleşmeden beklenen yararı edimin bütün olarak ifası sonucunda elde edebiliyorsa, edimin bir kısmı da imkânsız olsa tam imkânsızlık söz konusu olur¹⁸².

Kısmi imkânsızlığın söz konusu olabileceği bir diğer hal de şarta bağlı işlemler açısından söz konusudur. Özellikle bozucu şarta bağlı işlemlerde, sözleşme baştan itibaren geçerli bir şekilde kurulduğu ve hükümlerini doğurmaya başladığı için, şartın gerçekleşmesinden önce meydana gelen imkânsızlık, sonraki imkânsızlık olarak kabul edilir. Bu durumda işlemin şartsız yapılmış sayılarak geçerli sayılacağı kabul edilmektedir¹⁸³. Bozucu şartın başlangıçta yani sözleşmenin kurulduğu anda objektif olması halinde sonuç farklıdır. Bu durumda sözleşmenin içeriğine dahil olan bozucu şartın imkansızlığından sonra BK.m.20/f.2 uygulanacaktır. Zira teknik ifadeyle “şart” da sözleşmenin içeriğine dahil olan unsurlardan biridir. Bu bakımdan sözleşmenin geri kalanı bakımından tarafların farazi iradelerini de göz önünde tutarak sonuca varılacaktır. Geciktirici şart için ise, şart baştan itibaren objektif olarak imkânsız ise, sözleşmenin geçerliliğinin bağlandığı bir şartın varlığından bahsedilemeyeceği için sözleşme hiçbir hüküm ifade etmez¹⁸⁴.

Bununla beraber, üçüncü kişinin fiilini taahhüt bakımından taahhüt sözleşmelerinde taahhüt edenin genellikle üstlendiği para edimi bakımından başlangıçtaki imkânsızlık halinden söz edilemeyecektir¹⁸⁵. Ancak bunun dışında

¹⁷⁹ TOPUZ/CANPOLAT; **a.g.m.**, s. 680; EREN; **a.g.e.**, s. 101.

¹⁸⁰ JAUERNIG; § 275 BGB, Rn. 7; FIKENTSCHER/HEINEMANN; **a.g.e.**, s. 192.

¹⁸¹ KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 353.

¹⁸² ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 128.

¹⁸³ Von TUHR/ESCHER; **a.g.e.**, s. 277; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 41.21; PULAŞLI; **a.g.e.**, s. 79; SİRMEN; **a.g.e.**, s. 83; ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 108 vd.

¹⁸⁴ ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 109.

¹⁸⁵ Geniş bilgi için bkz: Sevgi KAYAK; **Üçüncü Kişinin Fiilini Tahhüt**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 223 vd.

üçüncü kişinin fiilinin başlangıçta kısmen imkânsız olması halinde, yukarıda bahsettiğimiz üzere tarafların kısmi imkânsızlık karşısında tam hükümsüzlüğü isteyip istemedikleri noktasındaki farazi iradelerine başvurulacaktır.

Yine, seçimlik borçlarda edimlerden birinde daha sözleşme kurulurken objektif ifa imkânsızlığı bulunması durumunda, BK.m.20/f.2 uyarınca çözüme varılır: Eğer tarafların imkânsız edimin durumunu bilselerdi sözleşmeyi kurmayacakları sonucuna varılırsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz sayılacak, aksi halde imkânsız edim söz konusu olmaksızın diğer edim veya edimlerle borç ilişkisi devam edecektir¹⁸⁶.

Son olarak, doktrinde ahlaka aykırılık ve imkânsızlık hallerinin, sözleşmedeki ifa modaliteleri başlığı altında edim kavramından bağımsız olarak değerlendirerek ayrı bir başlık altında incelendiği görülmektedir¹⁸⁷. İfa modaliteleri ile kastedilen ifa zamanı, yeri, ifanın niteliği ve yöntemi şeklindeki unsurlar, esasen edimin yerine getirilmesinde rol oynayan unsurlardır. Bu unsurlardaki imkânsızlık ya da ahlaka aykırılık, bazı durumlarda ayıp ve temerrüt oluşturabileceği gibi, çoğu durumda da sözleşme konusu edimin imkânsızlığı ya da ahlaka aykırılığı sonucunu doğuracağı için, sadece sözleşmenin içeriğinin bir kısmına ilişkin ahlaka aykırılık ve imkânsızlık hallerinin üzerinde durmayı tercih ettik¹⁸⁸.

iii- Emredici Hükümlere Aykırılık

aa- Emredici Hükümlere Aykırılık Kavramı ve Anlamı

Emredici hükümler doktrinde genellikle, taraf iradeleriyle aksinin kararlaştırılmadığı ve mutlaka uyulması gereken kurallar olarak tarif edilmektedir¹⁸⁹. BK.m.20'deki kesin hükümsüzlük yaptırımını sonucunu doğuran ve tanımını verdiğimiz emredici hükümler kavramının doktrinde *dar* ve *geniş* anlamda kullanıldığını görmekteyiz. Dar anlamı ile emredici hükümler kavramı (*ius cogens*) ile kastedilen ve ihlal edildikleri taktirde *sözleşmenin içeriğine* ilişkin unsurlarda bir

¹⁸⁶ Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s.81. BECKER; **Art. 72**, Rn.13. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 227. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 816. EREN; **a.g.e.**, s. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 119.

¹⁸⁷ Karş: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 122, 143.

¹⁸⁸ Aynı yönde ATEŞ; **a.g.e.**, s. 207.

¹⁸⁹ DURAL/SARI; **a.g.e.**, s. 105.

sakatlık doğacağı kabul edilen hükümlerdir¹⁹⁰. Bu anlamda emredici bir hükme aykırılığın sözleşmenin içeriğine dahil olan ifaya ilişkin unsurlar, şartlar, vadeler, karşılıklı hak ve borçlar, tarafların ortak doğrudan ve dolaylı amaçları gibi unsurlardan biri ya da birkaçına ilişkin olması halinde BK.m.20 anlamında kesin hükümsüzlük sonucu doğacaktır. Bu konuda Yargıtay'ın da bir kararında “*bir sözleşmenin ihtiva ettiği hak ve borçlar, hukuk düzeninin emredici bir normu ile çatıştığı takdirde hukuka aykırı olur. Emredici normlar, herkese hitap eden herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır*”¹⁹¹ demek suretiyle emredici hükümler kavramını dar anlamda kullandığı görülmektedir. Emredici kuralların sözleşmenin içeriğini etkilemesi ile beraber BK.m.20 anlamında kesin hükümsüzlük doğmakla beraber, bu şekildeki dar anlamda emredici hukuk kurallarının sözleşme üzerindeki etkisi İsviçre Hukukunda “sözleşmenin kanuna aykırı içeriği” (*Vertrag mit widerrechtlichen Inhalt*) kavramı ile de ifade edilmektedir¹⁹². Örneğin bir kira sözleşmesinde kiracı kira bedelinin bir kısmını, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde doğan bakım alacağını –*bu alacak irat olarak belirlenmemek şartıyla*- devretmek suretiyle ödemeyi taahhüt etmişse, böyle bir taahhüdü içeren kira sözleşmesi *MK. m. 519 gereğince* tamamen hükümsüz olacaktır¹⁹³. Zira kira sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olan kira bedelinin bir kısmı, emredici nitelikteki bir hüküm ile yasak edilmiş olan bakım alacağının devredilmesi yolu ile ödenmeye çalışılmaktadır. Burada ihlal edilen emredici nitelikteki norm sözleşmenin içeriğine ilişkin bir unsura ilişkin olmakla beraber, doğrudan BK.m.20 hükmünün uygulanmasına sebep olmaktadır.

Ancak sözleşmenin içeriğine yönelen BK.m.127, 139 veya m. 99 gibi emredici hükümlerin dışında, sözleşmenin yapıldığı andaki bazı özel hal ve şartlar veya tarafların nitelikleri gibi unsurlar dikkate alınarak bazı davranışların özel veya kamu hukuku kaynaklı kurallar ile yasaklanması söz konusu olabilir. Bu kurallar kanunkoyucunun, sözleşmenin içeriğine ilişkin bir unsur değil de; sözleşmenin yapıldığı andaki hal ve şartları veya tarafların niteliklerini dikkate alarak bazı

¹⁹⁰ ROUILLER; *a.g.e.*, s. 52-53.

¹⁹¹ Y.4.HD T.3.6.1985, E.1985/2315, K.1985/5606 (AKYİĞİT; *a.g.e.*, s.112).

¹⁹² ROUILLER; *a.g.e.*, s.52.

¹⁹³ Alpaslan AKARTEPE; *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.66 vd.

işlemlerin yapılmasını yasakladığı yasaklayıcı (*buyurucu*) hukuk kurallardır¹⁹⁴. Bu anlamda özel hukukta yer alan, lafzından kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlandığı anlaşılmayan ve sözleşmenin içeriğine değil yapılış şartlarına veya tarafların nitelikleri ile ilgili olan yasaklayıcı hükümlerin yanında, BK.m.19/f.2'nin işaret ettiği ve sözleşmenin içeriğine etkili olmayan emredici nitelikli hükümlere (*örneğin şekil ve ehliyete ilişkin*) aykırılık halinde de BK.m.20'de kesin hükümsüzlük yaptırımının doğacağı genel itibariyle kabul edilmektedir¹⁹⁵. Buradan da görüleceği üzere, BK.m.19/f.2'nin işaret ettiği yasak kurallar, sadece sözleşmenin konusunu hukuka aykırı kılan kurallardan ibaret değildir. Mesela, **yasak işlemleri** düzenleyen MK.m.449'a aykırı şekilde yasal temsilcinin sınırlı ve tam ehliyetsiz adına önemli bağışlama, vakıf kurma ve kefalet sözleşmesi yapması halinde yapılan işlemin konusunda değil; bizzat yasal temsilcinin bu işlemlere taraf olarak katılmasında hukuka aykırılık vardır¹⁹⁶. Sonuç itibariyle, MK.m.449 hükmünün lafzından açıkça kesin hükümsüzlük sonucu çıkmamakla beraber, yasal temsilcinin madde hükmünde belirtilen işlemlere taraf olarak katılması halinde, ihlal edilen normun *anlam ve amacı* gereği söz konusu hukuki işlem kesin hükümsüz olacaktır¹⁹⁷.

Geniş anlamda emredici hükümlere aykırılık kapsamına giren kanunun yasaklayıcı hükümleri (*Verbotnorm*), özel hukuktan kaynaklanabileceği gibi (*MK.m.*

¹⁹⁴ Kanunkoyucu yasaklayıcı kurallar ile sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde kalan bir işlemi, birtakım özel sebeplerle “içeriği”, “elde edilecek sonuç” veya “işleme taraf olanların niteliklerini de kapsamına alacak şekilde işlemin yapıldığı andaki bazı özel hal ve şartlar” bakımından ayrıca yasaklamak gereği duyabilir. ABEGG; **a.g.e.**, s. 152.

¹⁹⁵ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 10. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 126. Yazar söz konusu emredici hukuk kurallarına aykırılığı “geniş anlamda hukuka aykırılık” olarak ifade etmektedir. Ancak kanaatimizce terminolojik olarak uygun ifade “geniş anlamda emredici hukuk kurallarına” aykırılık olmalıdır. Zira hukuka aykırılık kavramı geniş anlamda ahlak gibi yazılı olmayan kuralları da içine alan üst bir kavramdır. Bunun dışında, şekil ve ehliyet gibi unsurlarda kesin hükümsüzlük dışında farklı hükümsüzlük türlerini savunan görüşlerin de bulunduğu daha önce bahsetmiştik. Bkz. yuk: s. 21 vd.

¹⁹⁶ Doktrinde aile konutu üzerindeki diğer eşin rızasını almaksızın yapılacak tasarruf işlemlerini sınırlayan MK.m.194/f.1 hükmündeki “sınırlama”nın niteliği oldukça tartışmalıdır. Bazı yazarlar burada bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu, bazı yazarlar ise tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu görüşündedir. Bkz: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 210-211. *Hatemi*'ye göre, diğer eşin rızası almaksızın yapılan bu işlemler “yasak işlem”dir ve bu hükümde açıkça kesin hükümsüzlük öngörülmediği için, işin niteliği gereği “askıda hükümsüzlük” söz konusu olur. Hüseyin HATEMİ; **Aile Hukuku I- Evlilik Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 78-79. Yasak işlemler konusunu çok ayrıntılı olarak değerlendirememekle beraber, geniş bilgi için bkz: Marcel KOEPPPEL; **Verbotene Geschäfte (insbesondere Art. 408 ZGB); ein Beitrag zum Handlungsfähigkeitsrecht**, Diss. Recht Freiburg/Schweiz, 1989, s. 10 vd.

¹⁹⁷ HATEMİ; **Gerçek Kişiler**, s. 35.

705/f.2, 449); Anayasa, Ceza Hukuku veya uluslar arası hukuk gibi kamu hukuku metinlerinden de kaynaklanabilir¹⁹⁸. Ancak bu tarz yasaklayıcı hükümlerden bir kısmının açıkça yasağa aykırı olarak yapılan işleme kesin hükümsüzlük gibi yaptırım bağlamadığı gibi, bir kısmında da yalnızca cezai veya idari yaptırımlara da bağladığı görmek mümkündür. Ancak lafzından açıkça kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlandığı anlaşılmayan yasaklayıcı kanun hükümlerine aykırılık halinde BK.m.20'nin *kıyasen* uygulanması için, ihlal edilen normun *anlam ve amacının* (*Sinn und Zweck*) birlikte yorumundan kesin hükümsüzlük yaptırımının en uygun yaptırım olduğu sonucu çıkmalıdır¹⁹⁹. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerinde olarak belirttiği gibi, yasaklayıcı kanun hükmü bu hususu açıkça belirtmese dahi, kanun hükmünün anlam ve amacından *kamu yararının* ağır bastığı sonucu çıkarıldığı hallerde BK.m.20 anlamında kesin hükümsüzlüğün uygulanması gerekecektir²⁰⁰. İhlal edilen normun yasaklayıcı hüküm niteliğinde olmasının yanında ayrıca düzen hükmü niteliğindeyse (*lex minus quam perfecta*)²⁰¹ söz konusu hukuki işlem kesin

¹⁹⁸ ABEGG; **a.g.e.**, s. 160. Özel hukuka ve kamu hukukuna ilişkin yasaklayıcı kuralları birbirinden ilk bakışta *-prima facie-* ayıran husus, korudukları menfaatlerin farklı oluşudur. Özel hukuktaki emredici hukuk kuralları bireylerin özel çıkarlarını korurken, kamu hukuku kaynaklı kurallar toplumun genel menfaatlerini korurlar. Ancak işin özünde özel hukuk kaynaklı bazı kuralların da geniş anlamda toplumu korumayı hedef aldıkları görülür. Örneğin sorumsuzluk şartlarını düzenleyen BK.m.99 ve 100 hükümleri ile toplumda birbiriyle sözleşenlerin doğruluk ve dürüstlük içerisinde menfaat dengelerinin özel hukuka ilişkin araçlarla korunması (*mit privatrechtlichen Mitteln*) amaçlanmaktadır. ABEGG; **a.g.e.**, s. 148-149. İsviçre Hukukunda yeni bir görüş, yasaklayıcı kuralların kaynağını sadece kamu hukukundaki kurallarda ararken; özel hukukta kamu yararı nedeniyle getirilen bazı kuralları da kamu hukuku kaynaklı yasaklayıcı hükümler arasında görme eğilimindedir. Bu anlamda Kartel Kanunu (*Kartellgesetz*), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) gibi kanunlardan kaynaklanan emredici kuralların aslında kamu hukuku kaynaklı yasaklayıcı kurallar olduğu savunulmaktadır. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 25-26.

¹⁹⁹ İsviçre Hukukunda bir görüşe göre, BK.m.20 anlamında sözleşmenin içeriğine yönelen ve kesin hükümsüzlüğü gerektiren emredici hukuk kuralları niteliğinde görülemeyen yasaklayıcı hükümlerin ihlal edilmeleri halinde ahlaka aykırılığın doğması ihtimali bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 41; ENGEL; **a.g.e.**, s. 280; ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 117.

²⁰⁰ Rudolf AESCHLIMANN; **Nichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20, unter Berücksichtigung des Kriegswirtschaftsrechts**, Diss., Zürich, 1949, s. 17. Belli bir mesleğin icra edilmesinin ruhsat alınmasına bağlandığı avukatlık, hekimlik gibi meslekler bakımından, bu meslekleri ruhsatsız yapan kişilerle sözleşme yapan iyi niyetli kimselerin korunmasında kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle aradaki sözleşme kesin hükümsüz sayılmak gerekir. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 58. İsviçre Federal Mahkemesi, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, iyiniyetli tarafın hata veya hile sebebiyle işlemi iptal edebileceğini ifade etmiştir. BGE 117 II 47.

²⁰¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 538-539; KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 146; KOLLER; **OR AT**; Rn. 833; ROUILLER; **a.g.e.**, s.98. Düzen hükmü niteliğindeki yasaklayıcı kurallar arasında sınıflandırmayan yazarlar olduğu gibi (GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 638-655; SCHWENZER; **OR AT**; Rn. 32.01-32.47; KELLER/SCHÖBI; **a.g.e.**, s. 140-147), düzen

hükümsüzlük yaptırımını dışında idari veya cezai farklı yaptırımlarla da karşılaşabilir²⁰².

Tüm bu açıklamalar ışığında, BK. m. 20 anlamında kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran emredici hükümlere aykırılık kavramını, sözleşmenin içeriğine ilişkin unsurlardan birini yasaklayan, sözleşmenin bizzat kendisinin yapılmasını yasaklayan, taraflardan biri²⁰³ bakımından yasaklayan ya da anlam ve amacından bu yaptırımın uygulanması sonucu çıkan emredici ve yasaklayıcı kuralların tümünü içerecek şekilde geniş anlamda yorumlanması gerektiğini belirtmek gerekir²⁰⁴. Aslında Yargıtay da son kararlarında emredici hükümlere aykırılık kavramını, lafzı itibariyle kesin hükümsüzlük öngörülmediği halde, anlam ve amacından kesin hükümsüzlüğün uygulanması sonucu çıkan yasaklayıcı hükümleri de kapsamına alacak şekilde geniş anlamıyla kullanmaya başlamıştır²⁰⁵. Sonuç itibariyle, bir sözleşmenin ya da münferit bir hükmün geçerliliğinin tespitinde yalnızca spesifik bir hukuk dalındaki emredici hükümler değil; hukuk düzeninin emredicilik özelliği atfettiği bütün normlar dikkate alınmalıdır.

hükümlerini, ihlal edildikleri taktirde hukuk güvenliğinin sarsılması ya da iyiniyetli tarafın haksız yere zarara uğraması sonucunu doğurduğu durumlara münhasır kılan yazarlar da (ENGEL; **a.g.e.**, s. 272-278) bulunmaktadır.

²⁰² Bu duruma örnek olarak yabancı uyruklu olup da çalışma izni olmadan çalıştırılan işçilerle işveren arasındaki hizmet ilişkisinin geçerli olarak kabul edilmesinde zayıf tarafın korunma amacını taşıyan İş Kanunu hükümleri gerekçe gösterilmiştir. BGE 114 II 279; 117 II 47; 117 II 287. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 651. Alman Yüksek Mahkemesinin de benzer yöndeki kararı için bkz: BAG ZGS 2003, 325 ff. JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 14.

²⁰³ Taraflardan biri bakımından sözleşme yapılmasının yasakladığı durum (*şekli tek taraflılık-formelle einseitigkeit*) ile taraflardan birinin belli içerikte bir sözleşme yapılmasının yasaklandığı (*maddi tek taraflılık- materielle einseitigkeit*) durumlarında birbirinden farklı sonuçlar doğurması ile ilgili geniş bilgi için bkz: Hansrudolf SCHMID; **Die Einseitigkeit des gesetzlichen Verbots und der Vertrag**, Diss., Basel, 1987, s. 112.

²⁰⁴ **Rouiller** bu yöndeki açıklamalarını, sözleşmenin içeriğinin emredici hükümlere aykırılığı (*Vertrag mit widerrechtlichen Inhalt*) yerine, sözleşmenin kendisinin emredici hükümlere aykırılığı (*widerrechtlichen Vertrag*) kavramını kullanarak yapmaktadır. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 53; 74-75.. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 644; ENGEL; **a.g.e.**, s. 267; HONSELL; **Art. 20**, Rn. 9. Zira bir Yargıtay Kararında “..yapılan işin esası avukat için yasak edilmiş alanda bir sözleşme olmasına göre Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi hükmünce bu sözleşme kül halinde geçersizdir” demek suretiyle, sözleşmenin kendisinin yasaklayıcı hükümlere aykırı olmasının sonucunu BK.m.20’ e göre kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamıştır. Y.4.HD. T.2.2.1965, E.1965/2026, K.1965/545). KARAHASAN; **a.g.e.**, s. 413. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 146. **Başpınar** “geniş anlamda hukuka aykırılık” kavramını kullanmaktadır. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 126.

²⁰⁵ “Emredici hukuk kuralları, uyulması zorunlu kurallardır.Yasaya aykırılık durumu, özellikle cezayı gerektiriyorsa, borçlu tarafından taahhüt edilen hareket tarzı batıl olur”.Y.1.HD., T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K.2002/2892 (Corpus).

Doktrinde emredici hükümler arasında niteliklerine göre mutlak ve nisbi emredici hükümler şeklinde bir ayırım yapıldığından bahsetmiştik²⁰⁶. Bu ayrıma göre, bir kısım emredici hükümler doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendiren ve belli bir davranışı ilgililerin iradelerini hiçbir suretle dikkate almaksızın yasaklayan mutlak anlamda emredici hükümlerdir (örneğin MK.m.23, 92, 127, vb.). Bu hükümlere aykırılık kural olarak BK.m.20 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşırken, kanun koyucunun özellikle iktisadi, sosyal vb. bakımdan zayıf olan (genellikle tüketici, işçi, kiracı vb.) tarafı korumak amacıyla koyduğu emredici hükümlere aykırılık halinde, ihlal edilen normun anlam ve amacına uygun olarak geçersiz kaydın yerini emredici hüküm almakta ve sözleşme olabildiğince ayakta tutulmaya çalışılmaktadır. Aynı şekilde korunan taraf lehine olmak üzere, ilgili kanun hükmünü değiştirici bir sözleşme yapılabildiği halde, bunun tersi yani diğer taraf lehine olarak kanun hükmünün bertaraf edilmesi mümkün değildir²⁰⁷. Örneğin, İş Kanunu'nun 45.maddesinde, "*toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilere tanınan haklara, ücretli izinlere ve yüzde usulü ile çalışan işçilerin bu Kanunla tanınan haklarına aykırı hükümler konulamaz*" denilmektedir. Kanun koyucunun zayıf olan tarafı ve kamu düzenini koruma amacını açıkça ortaya koyduğu bu hükmün de nisbi emredici nitelikte olduğunu kabul edilmektedir²⁰⁸. Bu anlamda toplu iş sözleşmelerinde veya iş sözleşmelerinde İK.m.46'da en az 24 saat olan hafta tatili bu sürenin altında belirlenemeyeceği gibi üzerinde belirlenebilmesi mümkündür. Eğer işçiyi koruma amaçlı bu hükme aykırılık varsa, o zaman sadece işçinin zararına olan hüküm geçersiz olacak ve tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri aranmayacaktır²⁰⁹.

²⁰⁶ BURCKHARDT; **a.g.e.**, s. 176. Mutlak ve nisbi emredici hükümler kavramlarının yerine "*iki taraflı*" ve "*bir taraflı*" emredici hükümler kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir. Bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s.536.

²⁰⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 536.

²⁰⁸ Yargıtay bu amacı açıkça ortaya koyduğu kararında "*..İş Yasasının en belirli amacı, hem koruyucu iş hayatı kurallarını zayıfların korunması ülküsüne yönelmek hem de toplum düzeninin ve toplum sükununun süreklilik şartlarını araştırmaktan ibaret olmuştur*". YHGK T.29.5.1963, E.1963/4-39, K.1963/59 (Corpus).

²⁰⁹ Kenan TUNÇOMAĞ; "**Toplu İş Sözleşmesinin Kanuna Aykırılığı Sorunu**", Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 338-339.

bb- Emredici Hükümlere Aykırılığın Tespiti

Emredici hükümlerin tespitinde yol gösterici olan hususlar; söz konusu hükmün lafzı, korumak istediği menfaat ve konuluş amacıdır. Lafzından emredici nitelikte olduğu anlaşılan hükümler genellikle “*aksine anlaşma yapılamaz, geçersizdir, batıldır, bağlayıcı değildir*” şeklinde ibareler taşıyan ya da emir cümlesi biçiminde kaleme alınmış hükümlerdir (Örneğin MK.m.949, 873/f.2). Lafzından emredici nitelikte olduğu anlaşılmayan hükümlerin emredici nitelikte olup olmadığının tespitinde yukarıda bahsettiğimiz üzere; söz konusu normun BK.m.19/f.2’nin gönderme yaptığı kişilik hakları, ahlak veya kamu düzeni veya bu kavramlar altında değerlendirilebilen zayıf tarafı koruma amacı gibi değerleri bünyesinde barındırıp barındırmadığı araştırılacaktır.

Yargıtay, lafzından emredici olduğu açık şekilde anlaşılmayan hükümlerin, kamu düzeni, kişilik hakları, ahlaka aykırılık ve zayıf tarafı koruma kavramlarının yorumuyla ulaşabileceğini ifade ettiği 14.7.2005 tarihli bir kararında “*1136 sayılı Avukatlık Yasasının 4667 sayılı Yasa ile değişik md. 164 f. son uyarınca "Dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti, avukata aittir". Uyuşmazlık, yukarıda anılan hükmün taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanıp uygulanamayacağı ve aksinin sözleşme ile kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı noktasındadır...Avukatlık Kanununun avukatlık ücretine ilişkin 164.maddesinin son fıkrasında yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinin 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen metinde yer almamasının, bu hükmün (164. maddenin son fıkrası (ilk) cümlesinin) aksine sözleşme yapılamayacağı sonucunu doğurmayacağını ve böyle bir düzenleme ile hükmün yasak -buyruk- koyan emredici hukuk normu haline geldiğinin de kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir²¹⁰.*

Lafzından açıkça emredici nitelikte olduğu anlaşılan hükümlere örnek olarak, zamanaşımı def’inden önceden feragat edilmesine ilişkin BK.m.139, zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasına ilişkin BK.m.127, temsil yetkisinin geri alınamayacağına ilişkin BK.m.34/f.2, kiracının fesih hakkından vazgeçmesine ilişkin BK.m.249/f.3 hükümlerini sıralayabiliriz. Bununla beraber, uygulamada ve doktrinde özellikle üst

²¹⁰ Y.3.HD. T. 14.7.2005, E. 2005/7644, K.2005/7978 (Corpus).

sınır getiren hükümlerin niteliğini tespit etmenin büyük önemi vardır²¹¹. Zira ileride de detaylı şekilde bahsedeceğimiz üzere, bu hükümlerin nitelikleri düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında etkili olabilecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki; yedek hukuk kurallarına aykırılık kesin hükümsüzlük yaptırımını gerektirmez²¹². Ancak özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bedeli *belirlenebilir* kılmaya yarayan çeşitli tamamlayıcı hukuk kurallarına aykırı şekilde *alım-satımda semen (BK.m.182), hizmet akdinde ücret (BK.m. 323)*²¹³, *eser sözleşmesinde bedel (BK.m. 366) ve vekâlet sözleşmesinde ücretin (BK.m.386)* ahlaka veya kişilik haklarına (MK.m.23/f.2) aykırı şekilde belirlenmesi halinde oluşan sözleşme boşluğunu doldurmak üzere söz konusu tamamlayıcı hukuk kuralları devreye girecektir²¹⁴. Bununla beraber, ödünç sözleşmelerinde faiz ve kira sözleşmelerinde kira bedeli gibi konularda nasıl bir yaptırım uygulanacağı konusunda bu tarz hükümlerin niteliğinin yanında, anlam ve amacının da çok iyi araştırılması gerekmektedir. Bu konuya ileride daha detaylı olarak değineceğiz.

cc- Sözleşme İçeriğinin bir kısmının Emredici Hükümlere Aykırılığı

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, sözleşmenin içeriği kavramının geniş anlamda kullanıldığı vakit, sözleşmenin içeriğinin taraflara ait hak ve borçlar, tarafların doğrudan ve dolaylı amaçları, yan ve fer'i unsurlar (*cezai şart, teminata vb. ilişkin kayıtlar*) bakımından emredici hükümlere aykırılığı mümkün olmakla beraber; sözleşmenin geçerliliğine ilişkin veya sözleşmenin içeriğinin yalnızca taraflardan biri açısından yasaklandığı durumlarda da BK.m.20'nin uygulanması söz konusu

²¹¹ Türk Tabipler Birliği'nin, 6023 sayılı Kanununun 28/II maddesine göre belirlediği işyeri hekimliği asgari ücret tarifesindeki ücrete ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olup olmadığı yönünde karşı oy yazısı ile beraber değerlendirilmesi gereken Yargıtay kararı için bkz: Y. 9.HD. T. 05.04.2004, E. 2003/19606, K.2004/7404 (Corpus).

²¹² Aynı şekilde düzen hükmü nteiliğindeki tamamlayıcı hükümlere aykırılık da kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşmaz. ROUILLER; **a.g.e.**, s. 95. JAUERNIG; § 134 BGB, Rn. 8. BGH 143, 288.

²¹³ BK.m.323/f.1'e göre, "*iş sahibi mukavele edilen yahut adet olan yahut kendisinin bağlı bulunduğu umumi mukavelelerde tespit olunan ücreti tediye ile mükelleftir*". Görüldüğü üzere, ücretin belirlenmesinde, hizmet sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve adet rol oynamaktadır. Sözleşmede ücretin miktarına ilişkin bir uyuşmazlık olduğu vakit, Yargıtay durumun meslek odalarından sorulmasını ve bu şekilde ücretin tespit edilmesini içtihat etmektedir. Bkz: Y.9.HD. T.14.4.1997, E.1666, K. 7407 (Bkz: ÇELİK; **a.g.e.**, s. 139, dn.15).

²¹⁴ AKSOY DURSUN; **a.g.e.**, s. 167-168.

olabilecektir. Uygulamada bir hukuki işlemin bir kısmının emredici hükümlere aykırı olabileceği birçok durum söz konusudur. Burada her bir durumu tek tek inceleyememekle beraber, sözleşmenin bir kısmının emredici hükümlere aykırı olmasından sonra dört ihtimal ile karşılaşılabileceğini ifade edelim:

Birincisi, emredici nitelikteki hüküm aynı zamanda bir üst sınır da öngörmekte ise, o takdirde kanaatimizce ihlal edilen normun lafzından, anlam ve amacından ortaya çıkan farklı uygulanma şartlarına öncelik vermek suretiyle TTK.m.1466 hükmünden hareketle *düşey kısmi hükümsüzlük* uygulanacaktır. Bu konuyu dördüncü bölümde inceleyeceğimiz için burada sadece kanaatimizi belirtmekle yetiniyoruz.

İkincisi de, emredici nitelikteki bir hükmün ihlal edilmesi halinde, söz konusu hüküm sözleşmenin sakat kısmına uygulanacak hükmü bizzat belirleyebilir. Böylece tarafların aksi yöndeki farazi iradelerine de başvurulmaksızın *değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* yolu ile sakat kısmın yerini, emredici hüküm alır²¹⁵.

Üçüncü ise, emredici nitelikteki hükmün, kendisinin ihlali halinde yerine geçecek hüküm bizzat tayin etmediği durumlarda, sakat kısmın sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmaması şartıyla, tarafların aksi yöndeki farazi iradeleri dikkate alınmaksızın yalnızca söz konusu normu ihlal eden kısım hükümsüz olacaktır (*zorunlu basit kısmi hükümsüzlük*). Örnek vermek gerekirse, tarafların yaptıkları sözleşmede zamanaşımını def'inden feragat (BK.m.134) veya cezai şarttan indirim hakkından feragata ilişkin bir kayıt koymaları halinde zorunlu basit kısmi hükümsüzlük uygulanacaktır.

Dördüncüsü ve son olarak, sözleşmenin bir kısmının emredici nitelikte bir hükme aykırı olmasına rağmen, sakat kısım sözleşmenin objektif veya tarafların *olmazsa olmaz* unsur olarak gördükleri subjektif bakımdan esaslı bir unsura ilişkin olması halinde, sözleşme tamamen sakat olacaktır²¹⁶.

²¹⁵ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 156; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 289. Ayrıca değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğe ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşağıda s. 145 vd.

²¹⁶ Sözleşmenin esaslı unsur olarak bölünebilirliğine ilişkin açıklamalarımız için bkz: yukarıda s. 82 vd.

iv- Ahlaka Aykırılık

aa- Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Anlamı

Türk-İsviçre doktrindeki hakim görüşe göre BK.m.19 ve 20’de sözü edilen ahlak²¹⁷; *kişiden kişiye farklılık gösterebilen ve bireyin sadece iç dünyasına yönelmiş olan subjektif ahlak anlayışının aksine, “belli bir yerde ve zamanda o topluma ait sosyolojik kurallar ile ahlak kurallarından temel alan ve kamusal vicdanda benimsenen, dürüst, makul insanlara²¹⁸ ait asgari, sosyal ve hukuki ahlak kuralları olarak adlandırılan ahlak kurallarıdır²¹⁹.*

Ahlak kuralları çağdan çağa, toplumdaki topluma değişken yapıda olması²²⁰ hakim ahlaka aykırılığı tespit etme görevini zorlaştıracaktır. Bu durumun, BK.m. 20’nin öngördüğü ahlaka aykırılık süzgecinin artık görev yapamaz düşmesi gibi bir tehlike yaratması karşısında doktrinde, konuya daha pozitivist bir açıdan yaklaşılması, ahlak kurallarının anayasal ilkeler ışığında incelenmesi ve uygulanacak ahlak kurallarının pozitif hukukun atfı yapabildiği doğrultuda olması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür²²¹. Bu anlamda anayasal düzene aykırı olacak

²¹⁷ Doktrinde “genel ahlak” ve “ahlak” kavramını eş anlamda kullananlar olduğu gibi (Bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 550), bir ahlak kuralının genel ahlak kuralı haline gelebilmesi için bazı unsurlar taşıması gerektiği görüşünde olanlar da mevcuttur. Bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 85 vd. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 136.

²¹⁸ Bazı yazarlar bu tanımın içerisine “orta zekalı” insan kıstasını da koymaktadırlar. Bkz: ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 83; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 136. Ancak ahlaki değerlendirmede zekanın öneminin olmadığı, doğruluk ve dürüstlük kuralının belirleyici olduğunu kabul etmek gereklidir. Yargıtay da bu hususu isabetli olarak “*Genel ahlak, makul ve dürüst düşünen kimselerin çoğunluğunun ahlak anlayışdır*” şeklinde ifade etmiştir. Y. 1.HD. T.6.3.2002, E.2001/10578, K.2002/2892 (Corpus). Aynı yönde bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 550, dn. 83).

²¹⁹ Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 256; EREN; **a.g.e.**, s. 291; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 74; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 87, 189. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 136; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 550; LARENZ/WOLF; § 41, Rn.9. KOZIOL/ BYDLINSKI; § 879 ABGB, E. 55.

²²⁰ ATEŞ; **a.g.e.**, s. 88-89. Bir ülkede pozitif hukukun temel ilkeleri değişmiş ise, bunların atfı yaptığı ahlak kuralları da Hukuk Düzeninden çıkarılmış ve başka hukuk kuralları iktibas edilmiş olur. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 115–116. Örneğin 1960’lı yıllarda İsviçre’de evli çiftler dışında üçüncü kişilerden sperm ve yumurta bağı yapılmaması ahlaka aykırı kabul edilirken, 1980’li yıllardan itibaren gerekli şartları sağladıktan sonra yapılırsa bu yöndeki sözleşmelerin ahlaka aykırı olmadıkları kabul edilmiştir. Bu sözleşmelerdeki tarafların amacının çocuk sahibi olmayan çiftlere yardım etme amacı taşıdığı anlayışı hakim olmuştur. Yine İsviçre’de 1.12.2002 tarihinde yürürlüğe giren 20.12.2001 tarihli *Prostitutionsgesetz* ilk maddesinde; para karşılığı cinsel ilişkiye girme faaliyetini içeren anlaşmalar, hukuken geçerli bir faaliyet izni çerçevesinde geçerlidir. Farklı bir örnek için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 551, dn. 87.

²²¹ *Hatemi*’ye göre, *de lege lata* ahlak normlarının uygulanabilirliği anayasal düzenin sınırları içerisinde denetlenebilir. Ancak yazar *de lege feranda* olarak, Anayasa’nın da “asgari ahlak kuralları” ya da “yaptırımlı ahlak kuralları” demek olan Tabii Hukuku çevreleyen Evrensel ahlaka

şekilde ahlak kurallarının uygulanması mümkün değildir. Ahlak kurallarını tespit ederken ise, topluma mal olmuş sosyal ahlak ilkeleri ile Anayasa ve kanun hükümlerine temel oluşturan etik değerlendirmeler esas alınacak başlıca kaynaklar olacaktır²²². Ahlak kurallarının çağdan çağa değişken niteliği karşısında hakim, bir sözleşmenin ahlak kurallarına aykırı olup olmadığını, içeriğine ve kurulduğu andaki durum ve koşullara göre belirler²²³.

Ahlak toplumdaki gerçek değer yargıları üzerine kuruludur. Bu anlamda ahlaka aykırı bir faaliyetin sonradan hukuka uygun hale gelmesi, bu faaliyeti konu edinen sözleşmeleri ahlaka aykırı olmaktan kurtarmaz. Nitekim Yargıtay da isabetli olarak bir faaliyetin ruhsat altında icrasının BK.m.20 anlamında ahlaka uygun kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağını belirterek, genelev işletmeyi amaç edinen bir ortaklık sözleşmesini konu bakımından geçersiz kabul etmiştir²²⁴. Ahlaka aykırılık çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir: bizzat sözleşmenin ahlaka aykırı olması, borçlanılan edimin ahlaka aykırı olması, tarafların dolaylı ya da doğrudan amacının²²⁵ ahlaka aykırı olması durumlarının her birinin tespitinde sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki; sözleşmenin emredici hükümlere veya ahlaka aykırılığın oluşması için, sakatlığı “*bilme*” ya da “*bilmesi gerekme*” şartı yeterli

aykırı olmaması gerektiğini savunmaktadır. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.104 vd.; 110, dn.32.

²²² BGE 115 II 235. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 668. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 553.

²²³ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s.78. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.700. GIGER; **a.g.e.**, s. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s.

²²⁴ Y.4HD. T.29.1.1959, E.1959/10681, K.1959/1331 (Corpus).

²²⁵ Taraflardan birinin ahlaka aykırı olarak güttüğü amacı karşı tarafın bilmesinin yeterli olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, karşı tarafın bu amacı bilmesi yetmez, aynı zamanda benimsemesi de gerekir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 556-557; HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 170, 194 vd.; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 227; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 146-147; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 37; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 656. Bir diğer görüşe göre de, ahlaka aykırı amacı öğrenen sözleşenin sözleşmeyi yapmaktan kaçınmadığı durumlarda, amaç ile içerik arasında sıkı bir bağlantı ortaya çıkacağı ve ancak böyle bir durumda ahlaka aykırılıktan bahsedileceği kabul edilmektedir. BUCHER; **OR AT**, s. 257. Alman Medeni Kanunu BGB § 138 ise konu, amaç gibi unsurlara değinmeksizin daha geniş bir ifadeyle “*ahlaka aykırı bir hukuki işlem kesin hükümsüz olur*” demektedir. Geniş bilgi için bkz: Klaus LUIG; “**Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB**”, Festschrift für Coing, 1982, s.171.

değildir²²⁶. Tarafların ortak amacının her ikisi tarafından bilinip takip edilmesi halinde kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşılır²²⁷. Örneğin, yetkili makamlardan izin almadan kumarhane işletmesi amacıyla bir kimseye borç para verilmesi halinde, yapılan ödünç sözleşmesinin amacı hukuka aykırıdır. Taraflardan birinin bildiği veya bilmesi gerektiği bir aykırılık söz konusu ise, iyiniyetli zarar gören taraf bakımından ileride bahsedeceğimiz üzere tazminat sorumluluğun doğması söz konusu olabilir. Tarafların sözleşmeyi yapmadaki niyeti ya da ortak amacı ahlaka aykırılık değerlendirmesinde tek başına öneme sahip değildir²²⁸. Bir sözleşmenin ahlaka aykırılığı, o sözleşmenin “konusu” veya sözleşme taraflarının “ortak amacı” dışında, sözleşmenin yapıldığı hal ve koşullarından ve edimlerden kaynaklanabilir²²⁹.

²²⁶ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 206. *Başpınar* tarafların farazi iradelerinden tam hükümsüzlüğü istedikleri sonucu çıkarılıyorsa hakimin tam hükümsüzlüğe hükmedeceğini ifade ettikten sonra, tarafların geçersizlik sebebini sözleşmenin kurulma aşamasında bilmeleri halinde tam hükümsüzlüğün uygulanmayacağını; bunun yerine **muvazaa** söz konusu olur ve görünüşteki sözleşmenin geçersiz olacağını ifade etmektedir. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 93. Ancak yazar ifadesiyle kısmi hükümsüzlüğün şartlarına sözleşmenin bir kısmındaki “geçersizliği bilmeme” gibi yeni bir şart gündeme getirdiği izlenimi uyandırmaktadır. Halbuki yazarın bu ifadesi şu şekilde anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Sözleşmenin bir kısmındaki geçersizliğin bilinmesi BK.m.20/f.2 c.2 gereği tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmasını engeller. Yoksa her iki tarafın da geçersizlik sebebini bilip bilmeleri daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sözleşmenin hukuka aykırılığının tespitinde önem arz etmemektedir. Her iki tarafın hukuka veya ahlaka aykırılığı bilmeleri halinde, BK.m.18 çerçevesinde tarafların gerçek ve ortak amaçları araştırılır. Eğer taraflar üçüncü kişilere karşı sakat olduğunu bildikleri fakat aslında istemedikleri sözleşme hükmü ile bağlandıklarını arzu etmekte iseler, o vakit basit (adi) muvazaadan bahsedilir. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 108. Çünkü böyle bir durumda BK.m.20/f.2'nin işaret ettiği anlamda bir sözleşme “kısmi” mevcut değildir. Sözleşmenin “kısmı”ndan bahsedebilmek için gerçekten o kısmın taraflarca geçerliliğinin istenmesi lazımdır. Taraflarca geçersizliği bilinen kısım aslında tarafların dış dünyaya geçerliymiş gibi (*simulierte Teil*) gösterdikleri ve aslında istemedikleri kısım. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 58. Bu noktada kısmi muvazaa söz konusu olmakla beraber, sözleşmenin geri kalanı bakımından BK.m.20/f.2 c.1 gereği kısmi hükümsüzlük gündeme gelir. MEDICUS; **BGB, § 45**, Rn.507. Ancak tarafların sözleşmenin bir kısmındaki hükümsüzlüğü bilselerdi ne isterlerdi yönündeki farazi iradeleri araştırılmaz. Eğer taraflar sözleşmenin bir kısmındaki hukuka aykırılığı bilmekle beraber geçersiz olacağını bilmiyorlar ise, artık muvaadan bahsedilemez ve BK.m.20/f.2 c.2 gereği farazi iradeleri dikkate alınarak sonuca varılır. Hukuka aykırılığı bilen ancak geçersizliği bilmeyen tarafların farazi iradelerinden tam hükümsüzlük sonucuna ulaşıldığı vakit tarafların birbirinden tazminat vb. talepleri hakkın kötüye kullanılması yoluyla engellenebilecektir. Zira sözleşmedeki kısmi hükümsüzlük sebebini bilen veya bilmesi gereken tarafın, sakat olan kısmın geçerli olacağı yönünde karşı tarafta uyandırdığı bir güvenden bahsedilemez. ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 247.

²²⁷ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.200; 206; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 202. Yazar, sözleşmenin ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olabilmesi için her iki tarafın da ahlaka aykırı amacı taşıması veya en azından diğer tarafın bu amacı bilmesi ve amacı gerçekleştirmeye teşvik etmesi ya da normalin üzerinde bir çıkar sağlaması gerektiği görüşündedir.

²²⁸ Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz: Y.11.HD. T.8.12.1975 E.1975/4834, K.1975/7191 (KARAHASAN; **a.g.e.**, s. 238-241),

²²⁹ LÖRTSCHER; **a.g.e.**, s.203,205, KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn.205. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s.138; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 401; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 232 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 558. Bu yöndeki bir Yargıtay kararı için

Örneğin, sperm bağıışı, taşıyıcı annelik gibi yapay dölleme teknikleri açısından aslında tarafların niyetlerinin sadece “çocuk sahibi olmak veya karşı tarafı çocuk sahibi yapmak” olması sözleşmeyi ahlaka aykırı olmaktan kurtarmayacaktır. Zira sperm bağıışı açısından salt “çocuk sahibi olma amacı”, çocuğun soyunu bilme hakkı ile çatışabildiği gibi, taşıyıcı annelik bakımından bu uygulama aynı zamanda maddi menfaat karşılığı insan vücudunun araçlaştırılması sonucunu doğurduğu için kişilik hakkının koruduğu değerlerden bir kısmı ile çatışacaktır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, sperm bağıışının kabul edildiği Avrupa ülkelerinin birçoğunda bu işleme bağlı başkaca ahlaka aykırı sorunlar gündeme gelebilmektedir²³⁰.

bb- Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımının Ahlaka Aykırı Olması

Sözleşmedeki bir kaydın ahlaka aykırı olması mutlak olarak sözleşmenin kısmen hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Bir başka deyişle, sözleşmenin içeriğinin bir kısmının ahlaka aykırı olmasına rağmen sözleşmenin tamamının hükümsüz olabileceği haller mevcuttur. Örneğin, Alman Hukukunda gerek uygulama gerekse çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, heterolog döllemeye ilişkin olarak anne adayı ve döllemeyi yapan doktor arasında yapılan bir sperm bağıışı sözleşmesinde yer alan “anonimlik kaydı”, bir başka deyişle spermin kime ait olduğunun bildirilmeyeceğine ilişkin kayıtlar BGB § 138 uyarınca ahlaka aykırı sayılarak sözleşmenin tamamen geçersiz olmasını sağlar²³¹. Benzer şekilde taşıyıcı

bkz: Y.20 HD., T.28.3.2002, E.2002/1955, K.2002/2791 (YKD. 2002/7, s.1077). Aksi yönde bkz: GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.676; BUCHER; **OR AT**, s. 258-259. İsviçre Federal Mahkemesinin de; bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığının sadece içeriğine göre belli edilmesi gerektiği yönünde (BGE 84 II 13) ve sözleşmenin kurulması hal ve şartların edimler arasında dengesizliğe yol açması halinde, bu durumun gabne ilişkin BK.m.21'in uygulama alanına gireceğine yönelik (BGE 115 II 36) kararları mevcuttur.

²³⁰ Geniş bilgi için bkz: Kurt MÜLLER; “**Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation**”, FamRZ, 1986, s. 635. Geniş bilgi ve başka örnekler için bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 238 vd.

²³¹ PALANDT/HEINRICH; § **138**, Rn. 48. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 7.maddesine göre çocuğun soyunu öğrenme, genetik anne-babasını tanıma ve onlarla birlikte bulunma hakkı mevcuttur. Genel olarak sperm bağıışına yönelik detaylı bilgi için bkz: Nagehan KIRKBEŞOĞLU; **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.60 vd. Bir görüşe göre, BGB § 139 uyarınca tarafların farazi iradesinden “donörün gizli kalacağına ilişkin kayıt” olmaksızın sözleşmenin geçerli olacağına ilişkin anlaşılması halinde, yalnızca kaydın hükümsüz olması gerektiği ifade edilmektedir. Katharina WAIBL; **Kindesunterhalt als Schaden, fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination**, München, 1986, s.223. Bir diğer görüşe göre de, anne adayı ve döllemeyi yapan doktor arasında yapılan ve anonimlik kaydını içeren bir sözleşmenin geçersizliğinin, aynı kaydı içeren ve donör ile döllemeyi gerçekleştiren doktor arasında yapılmış olan sözleşmeyi etkilemeyeceği ifade

annelik sözleşmelerinde de birçok kayıt ahlaka ve hukuka aykırı kabul edilmekle beraber, çocuk doğduktan veya hamile kalıdıktan sonra sözleşmenin tamamen geçersiz kalması çocuk yararı ilkesi gereğince reddedilmektedir²³².

Yine özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran veya ani edimli olup da oldukça uzun süreli yapılan sözleşmelerde “süre” unsurun ahlaka aykırılığı tespit edildiğinde sözleşmenin geçerliliği koruyan indirim ile caiz süre üzerinden geçerliliği sağlanmaktadır²³³. Bu çerçevede, İsviçre Federal Mahkemesi 1994 tarihinde verdiği bir kararda, borçlunun gelecekte olabilecek tüm borçları için gösterdiği garanti kefaletini kişinin ekonomik özgünlüğünün genel ahlaka aykırı ihlali olarak değerlendirmiş ve sözleşmenin kısmen hükümsüzlüğüne karar vermiştir²³⁴.

v- Sözleşmenin İçeriğinin Bir Kısımının Kişilik Hakkına Aykırı Olması

MK.m.23 çerçevesinde kişilik hakkı alanında korunan değerler; kişisel durumlar, ehliyetler, maddi, manevi (*manevi alanı, beden bütünlüğü, özel hayatı gibi*) ve ekonomik değerlerdir²³⁵. MK.m.23/f.2’de ise “kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” denilmektedir. Ancak madde hükmünün kapsamına kişi özgürlüklerinin yanında yukarıda saydığımız kişilik haklarına ilişkin diğer değerlerin de girip girmeyeceği ve BK.m.20 karşısında yaptırımının ne olacağı meselesi uzun zaman Türk-İsviçre

edilmektedir. Donörün gizli kalmaya yönelik menfaati ile çocuğun soyunu bilme menfaatinin çatıştığı bu durumda çocuk, sözleşmenin geçersizliğini sağlama yoluyla değil de, özel hukuktan doğan taleplerini ileri sürerek donörün bilgilerini edinebileceği savunulmaktadır. LAUFS/ UHLENBRUCK; **Handbuch des Arztrechts**, 3.Aufl., München, 2002, s.382. Bir diğer görüşe göre, bu son halde çocuğun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumundan yararlanarak donöre ait bilgileri işlemi uygulayan Merkezden sözleşmeyi hükümsüz bırakmaya gerek olmaksızın edinebileceği ifade edilmektedir. Eva-Maria RÜTZ; **Heterologe Insemination- Die rechtliche Stellung des Samenspenders**, Springer, Heidelberg, 2008, s.48.

²³² Bu kayıtlar sözleşmenin ivaz karşılığı yapılması, çocuğu gönüllü çifte evlatlık olarak verme zorunluluğu gibi kayıtlar olmakla beraber, özellikle ücret unsuru çocuğu taşıma fiilinin karşılığı (karşı edim) olarak objektif esaslı unsurdur. Çocuğun korunması ilkesi yalnızca bu tarz kayıtların geçersiz sayılmasına sebep olurken, oluşan sözleşme boşluğunun doldurulmasında da ön planda tutulmalıdır. Harald HESRAL; **Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterchafts- und Eizellenspendeverträgen**, Diss., Schaeuble Verlag, Rheinfelden, 1990, s. 144-151.

²³³ GAUCH; **Dauerverträge**, s. 40 vd.; LEU/CASPAR; **a.g.m.**, s.222 vd.

²³⁴ BGE 120 II 94. Pierre TERCIER; “**Le Prix Abusif vers une nouvelle Conception de la Liberté contractuelle**”, Baurecht/Droit de la construction, 1998, s. 80.

²³⁵ ATEŞ; **a.g.e.**, s.163.

doktrininde tartışma konusu olmuştur²³⁶. Türk doktrininde bizim de katıldığımız görüşe göre MK.m.23/f.2 hükmü, sadece özgürlükleri değil; *kişilik haklarının kapsamına giren tüm kişilik değerlerine ilişkin olarak, karar verme özgürlüğünden*²³⁷ *vazgeçilmesini ya da bu konuda ahlaka aykırı sayılabilecek ölçüde aşırı bağlılık altına girilmesini yasaklayan bir hükümdür*²³⁸. Bu sonuç BK.m.19/f.2'nin emredici hükümleri tayin etmeye yarayan yorumlayıcı fonksiyonu olduğu kabul edildiğinde *per se* geçerli olduğu gibi, sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı fonksiyona sahip olduğu kabul edildiği takdirde de geçerlidir. Nitekim kişilik haklarının yalnızca “özgürlükler” bağlamında değerlendirilmesi, kanun koyucunun kişilik haklarına bağlı diğer değerleri kapsamına almadığı anlamına gelir ki, bu sonuç kanun koyucunun MK.m.24 ve 25. maddeleri ile kişilik haklarına bağlı değerlerin tamamını korumaya yönelik amacı ile de bağdaşmaz²³⁹.

MK.m.23/f.2 çerçevesinde kişilik hakkının koruduğu değerlerin ihlali, BK.m.20/f.1 bağlamındaki sözleşme özgürlüğünün sınırını iki şekilde oluşturabilir: *özgürlüklerden vazgeçme veya özgürlüklerin ahlaka aykırı şekilde sınırlanması*. Türk-İsviçre Hukuklarında MK.m.23/f.2'ye aykırı davranılmasının yaptırımı konusunda *karar özgürlüğünden vazgeçilmesi veya karar özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması (örneğin para karşılığı dinini değiştirme taahhüdü) ve ahlaka*

²³⁶ ATEŞ; **a.g.e.**, s. 295 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 565 vd. BK.m.19/f.2'de kanun koyucunun kişilik haklarına yaptığı atfın, kişileri özgürlüklerinin aşırı sınırlanmasına karşı korunması için yeterli olacağı, MK.m.23/f.2 hükmünün bu anlamda gerekli olmadığı dahi savunulmuştur. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 60-61.

²³⁷ Karar özgürlüğü, kişilerin hiçbir zorlama altında kalmadan kendi iradeleriyle hareket etme serbestisini ifade eder. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 249. Bir örnek vermek gerekirse, kiralık annelik sözleşmesi ile çocuk doğurma ve teslim etme borcu altına girmiş bir kadının bedenini Kant'ın ifadesiyle amaç değil araç olarak kullanmasının ahlaka aykırı sayılması bir yana, bu sözleşmede “*belli süre cinsel ilişkide bulunmama, içki ve sigara kullanmama, bebeği düşürme tehlikesi yaratan hareketlerden kaçınma aksi halde tazminatla sorumlu tutulma ve çocuğun velayet hakkından vazgeçme*” gibi kayıtların kişinin özel yaşamına yapılacak müdahalelere izin vermesinin yanında karar özgürlüğünün ahlaka aykırı bir amaçla sınırlanması anlamına geldiği için (ayrıca bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 250) ayrıca MK.m.23 kapsamında kişilik haklarına da aykırı sayılacaktır. Kiralık annelik sözleşme örnekleri ve değerlendirmesi için bkz: Sinan YILMAZ, **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim**”, ylt, İstanbul, 2002, s. 53 vd.

²³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 567; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 165, 251. İsviçre Hukukunda aynı yönde bkz: HONSELL; **Art.19**, Rn.22, 25; THÉVENAZ; **a.g.e.**, s. 65. HUGUENIN; **Art.19/20 OR**, Rn.44. Türk Hukuk doktrininde MK.m.23/f.2'nin dar anlamda yalnızca “özgürlüklerden vazgeçme veya özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılması”na münhasır bir hüküm olarak değerlendirenler için bkz: DURAL/ÖĞÜZ; **a.g.e.**, s.135; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY; **Kişiler Hukuku**, 7.b.s., İstanbul, 2002, s.131. İsviçre Hukukunda aynı değerlendirme için bkz: BUCHER; **OR AT**, s. 120. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 126.

²³⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 567.

aykırı sayılabilecek ölçüde aşırı bağlılık (örneğin aşırı faiz, aşırı uzun süre) durumları açısından farklı değerlendirmelerde bulunulmuştur²⁴⁰. İsviçre Hukukunda bugün itibariyle hakim görüş tarafından, kişilik haklarına aykırılığın aynı zamanda hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil ettiği hallerde bunun yaptırımının her zaman ve her iki durumda BK.m.20 hükmünün BK.m.23'ün koruma amacına uygun şekilde sınırlandırılması yoluyla *nisbi hükümsüzlük (Relativierung der Nichtigkeit)*²⁴¹ şeklinde uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁴². Buna göre, yalnızca kişilik hakkının koruduğu değerleri zedeleyecek ölçüde bağlılık altına giren taraf hükümsüzlüğe dayanabilmeli, o hükümsüzlük iddiasında bulunmadıkça, diğer tarafın sözleşmenin

²⁴⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 568 vd.; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 295 vd.

²⁴¹ Bu kavram, hukuk düzeninin bir hukuki işlemi tarafları arasında geçerli saydığı halde, bu hukuki işlemin sonuçlarının başkalarına karşı ileri sürülememesini kabul ettiği hallerde (örneğin İİK m.277 vd maddeler) söz konusu olan *nisbi etkisizlik (relative Unwirksamkeit)* kavramı ile karıştırılmamalıdır. İsviçre Hukukunda **Eugen BUCHER** tarafından ortaya atılan ve büyük yankı bulan nisbi hükümsüzlük görüşüne göre, MK.m.23/f.2 kapsamına giren ihlallerde doğrudan BK.m.20/f.1'e dayanan geçmişe etkili şekilde her zaman ve herkes tarafından ileri sürülebilen kesin hükümsüzlüğün uygulanması MK.m.23'ün koruma amacı ile bağdaşmaz. Bu anlamda özgürlüklerden vazgeçme anlamında kişilik hakkının ihlali söz konusu olduğunda, hükümsüzlüğün yalnızca ihlale uğrayan taraf açısından ileri sürülebilmesini ve ihlale uğrayan taahhüdünü gerçekleştirmediğinde, karşı taraf bunun ifasını istemeyecek; ifa gerçekleşmiş ise hükümsüzlük iddiasında da bulunamayacaktır. Ahlaka aykırı şekilde aşırı bağlılık halinde ise sözleşme geçerli olup, ihlale uğrayan taraf dilerse aşırılığın gerçekleştiği andan itibaren kendisine tanınacak fesih hakkını kullanarak sözleşme ilişkisinden ileriye etkili kurtulabilecektir. BUCHER; **OR AT**, s. 259; 265 vd. Eugen BUCHER; **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2.Abteilung: Die natürlichen Personen, 2.Teilband, Kommentar zu Art.27 ZGB, Bern, 1993, Rn.128. Aynı yönde OGer Luzern SJZ 84 (1988), 48. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s.356. Aynı çözüm Bucher'e atıf yapmaksızın **Tercier** tarafından da benimsenmiştir. Bkz: Pierre TERCIER, **Les droit des obligations**, Zürich/Bale/Genève, 2004, Rn. 597.

²⁴² BK.m.20/f.1'deki kesin hükümsüzlük kavramının özel hüküm niteliğindeki MK.m.23'ün amacı göz önünde bulundurularak ve bu amaca uygun bazı değişikliklerle uygulanmasının "*esnek hükümsüzlük*" anlayışı çerçevesinde gerçekleşeceği yönünde bkz: BGE 123 III 299; 119 II 155, 224. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 685-687; KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 209, 371; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 53; HUGUENIN; **Art. 19/20 OR**, Rn. 55-56. Bu yönde verilen bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz: BGE 112 II 433. BK.m.23 kapsamında kişilik haklarına aykırılığın aslında ahlaka aykırılığın alt-kavramını oluşturacağını düşünen yazarlar MK.m.23/f.2 kapsamında özgürlüklerden vazgeçme halinde ahlaka aykırılığın tespitiyle beraber sözleşmenin tamamının geçersiz olmasını, özgürlüklerin aşırı derecede bağlılık oluşturacak şekilde sınırlandırılması halinde ise kısmi hükümsüzlük ile aşırılıkların giderilmesi imkanının kabul edilmesini savunmaktadırlar. Jean B. ZUFFEREY-WERRO; **Les Contrats du Sport Professionnel face aux Bonnes moeurs**, SJZ, 86, 1990, s.117; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 168, 238, 300. Biz bu görüşe sonucu itibariyle katılmakla beraber, kişilik haklarının yalnızca ahlak kuralları altında değerlendirilmesi fikrine katılmıyoruz. Zira MK.m.23/f.2 kapsamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlali her daim BK.m.20/f.1 kapsamında yalnızca ahlaka aykırılık olarak değerlendirilemez. Şöyle ki; MK.m.23 hükmü, özgürlüğünü tam olarak muhafaza etmesi gereken durumlarda bağlılık altına giren tarafı korumaya yönelik emredici nitelikte bir hüküm olmakla birlikte, bizzat bu hükmün çiğnenmesi geniş anlamda emredici hükme aykırılık oluşturur. KELLER/SCHÖBI; **a.g.e.**, s. 141; GUHL/MERZ/KOLLER; **a.g.e.**, s. 40.

hükümsüz olduğunu ileri sürmesine izin verilmemelidir. Bunun gibi hakim de, kesin hükümsüzlüğü sadece kişilik hakları korunan taraf lehine re'sen göz önünde tutabilmelidir²⁴³. Örneğin, bir kişinin ileride doğacak her türlü alacak hakkını başkasına temlik etmesi ekonomik özgürlüğün genel ahlaka aykırı biçimde kısıtlanması anlamına gelmesinin yanında aynı zamanda MK.m.23/f.2 hükmüne aykırı olması nedeniyle emredici nitelikli bir hükme aykırılık oluşturacaktır²⁴⁴. Bu tarz hükümler, ihlal edildikleri taktirde ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlanması ya da ekonomik kamu düzeninin bozulması tehlikesine karşı tesis edilmiş hükümlerdir (*örneğin asgari ücretin altında ücret kararlaştırılmayacağına ilişkin AÜY.m.12 ya da işçinin 10 yılı aşan hizmet sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin BK.m.343*). Ancak elbette kişilik haklarını zedeleyecek biçimde aşırı bağlılık altına girilmesi, hem toplumda hakim olan ahlak anlayışına hem de Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinin temelinde yatan etik değerlendirmelere aykırı düştüğü için ahlaka aykırılığın da ek olarak gerçekleştiğini söylemek mümkündür²⁴⁵.

MK.m.23/f.2 hükmü gereğince aşırı bağlılık halinin kabul edilebilmesi için, sözleşmedeki sınırlamanın ahlaka aykırılık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir²⁴⁶. Özgürlüklerin aşırı derece ihlali ve aşırı bağlılık oluşturan sözleşmelerin tespitinin yapılabilmesi için de; taahhüde konu değerler, taahhüdün

²⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 571.

²⁴⁴ ENGEL; **a.g.e.**, s.876, EREN; **a.g.e.**, s. 1187, OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 921.

²⁴⁵ **Hatemi**'ye göre, "Bu gibi sözleşmelerde, MK.m.23/f.2 dolayısı ile "ahlaka aykırılık" aynı zamanda "hukuka aykırılık" durumuna gelir. Nicelik bakımından belirli bir dereceye yükselen özgürlük kısıtlamaları, MK.m.23/f.2 dolayısı ile hukuka aykırı sayılır ve bu dereceyi ahlak kuralları belirler". HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 224.

²⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu bir olayda hizmet sözleşmesinde belirlenen tazminat koşulu ile ilgili olarak "...gerçekten bireylerin kişiliklerini ekonomik varlıklarının temellerini ahlaki anlayışlarla bağdaşmayacak bir biçimde fiziki, ahlaki bakımdan tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları aşan sözleşmeler geçersiz olur" denilmektedir. YHGK T. 11.2.1976 E.1973/4-1088, K.1976/209 (YKD. C.2, S.2, s.1269). Yargıtay'ın 5.5.1999 tarihli kararında; fesih halinde yüklenicinin o tarihte inşaat yaptığı imalattan hiçbir bedel talep etmeyeceğine dair sözleşmeye konulan hükmün, BK.'nun 20. maddesi ve HGK.'nun 1970/1053 E.1974/222 sayılı kararı gereğince, tacirin iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır, haksız ve iyi niyet kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğu belirtilmiştir. Y. 15. HD. T. 5.5.1999, E. 1999/1119., K. 1999/1769.(Corpus). Yargıtay 11.5.2000 günlü kararında; *iktisaden mahva sebep olacak kadar ağır olmasa dahi* zararın çok üstünde olan, etik yönden toplumu rahatsız eden kayıtların dahi BK.'nun 19 ve 20. maddelerine göre batıl olduğu belirtilmiştir. Y. 15.HD. T. 11.5.2000, E. 1999 / 4655, K. 2000/ 2324. (YKD., C. 27, S. 9, Eylül 2000, s. 1394-1395).

süresi ya da taahhüt edilen meblağın aşırılığı, taahhüdün yoğunluğu, taraflar arasındaki menfaat ve edim dengesi, sözleşmenin niteliği gibi hususlar hakim tarafından araştırılması gereken hususlardır²⁴⁷. Bu anlamda doktrinde ifade olunduğu üzere, ekonomik faaliyet özgürlüğünün sözleşmeyle sınırlandırılmasının ahlaka aykırı sayılabilmesi için bu durumun, sözleşen tarafın ekonomik varlığının yok olması tehlikesini yaratacak şekilde mutlak şekilde alacaklının insiyatifine bırakarak, borçluyu kısıkrak bağlaması veya ekonomik faaliyetini felce uğratması gibi çok ağır şartları bünyesinde barındırması gerekir²⁴⁸. Bir kimsenin MK.m.23/f.2'ye aykırı şekilde ekonomik faaliyetlerini ahlaka aykırı şekilde sınırlandıran ve ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıracak şekilde aşırı bağlandığı sözleşmelere doktrinde kelepçeleme sözleşmesi (*knebelungsvertrag*) denilmektedir²⁴⁹.

Kişilik haklarına aykırılığın çalışma konumuz açısından önem arz eden kısmı kişilik haklarına aykırı biçimde uzun ya da sonsuz süre ya da bedel/oran kararlaştırılan sözleşmeler bakımından uygulanan indirim yaptırımıdır²⁵⁰. **Bucher** ve

²⁴⁷ ATEŞ; **a.g.e.**, s. 238 vd.; KRAMER; **Art. 19-20 OR**; Rn. 224; BUCHER; **OR AT**, s. 264; OGer Basel-Land BJM 1973 95, 97.

²⁴⁸ SUNGURBEY/KANETİ; “**Borçlunun Kişilik Haklarından olan İktisadi Faaliyet Hürriyetinin Hangi Ölçüde Sınırlanması Ahlaka Aykırı Düşer?**”, Medeni Hukuk Sorunları, 3.cilt, İstanbul, 1976, s. 179.

²⁴⁹ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 663. KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 225. GIGER; **a.g.e.**, s. 72. SPIRO; **a.g.m.**, s. 449. MAYER-MALY; **BGB § 139**, Rn. 64. JAUERNIG; **BGB § 138**, Rn. 12. Veysel BAŞPINAR; “**Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri**”, ABD., S. 1, 1999 s.20. İsviçre Federal Mahkemesi 1978 yılında karara konu olan 5 yıl süreli bir “*menajerlik*” sözleşmesinde, karşı tarafça yıldız şarkıcı olarak yetiştirilmesine karşılık, şarkıcı olan taraf kazancının %40'ına ulaşan bir bölümünü menajer ücreti olarak ödeme yükümlülüğü yanında, karşı tarafın rızasını almadan sahneye çıkmamama, sanatsal faaliyetine ilişkin başka kimselerle bir sözleşme imzalamama, diğer tarafın tüm talimatlarına uyma, kendisine teklif edilen şarkıları kabul etme, menajeri tarafından imzalanan sözleşmeleri yerine getirme gibi bir dizi ağır ve kapsamlı yükümlükler altına girmişti. Mahkeme tarafından söz konusu yükümlülükler MK.m.23/f.2 anlamında kişilik haklarına aykırı kabul edilirken, söz konusu süre içerisinde sözleşmeden geri dönülemeyeceğine ilişkin yer alan kaydı, “*vekâlet sözleşmelerinde tarafların sözleşmeden her zaman geri dönebileceğine*” ilişkin OR. Art. 404 Abs.1'e aykırı bularak, sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasına karar vermiştir. BGE 104 II 108. Bu karar ile ilgili değerlendirme için ayrıca Bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 575–576; KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn.382.

²⁵⁰ Federal Mahkeme kararlarından örnekler için bkz: KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn. 217 vd. **Fick**, kişilik haklarına aykırı olacak biçimde uzun ya da sonsuz süre belirlendiği hallerde hakim tarafından her bir somut olaya göre değişen süre indiriminde bulunulmasının hukuki güvensizlik yaratacağını belirtmekle beraber, Art. 334 hükmündeki 10 yıllık sürenin kıyas yoluyla bütün sözleşmelere uygulanmasını önermiştir. F. FICK; “**Die Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit**”, SJZ, 10, 1914, s. 285. Ancak bu düşünce, her bir sözleşme tipinin birbirinden farklı özellikler gösterdiği ve tarafların sözleşmeye olan menfaatlerinin farklı tipteki sözleşmeler bakımından çeşitlilik arz ettiği göz önüne alındığında isabetli bulunmamıştır. KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn. 221. OR Art.404 hükmünün, franchise ve genel olarak isimsiz sürekli borç ilişkisi

Tercier, nisbi hükümsüzlük görüşü çerçevesinde sözleşmenin nicel kısımlarındaki aşırılıkları kısmi hükümsüzlük (indirim yaptırımı) yolu ile düzeltmenin (*örneğin sözleşmenin süresini azaltmak, rekabet yasağındaki coğrafi alanı daraltmak gibi*) kişilik hakları özel olarak korunan taraf aleyhine sözleşmenin dengesini bozacağını savunmaktadırlar²⁵¹. Kanunen bir nicel sınır olmadığı hallerde tarafların farazi iradelerini dikkate alarak ve sözleşme boşluğunu doldurma faaliyeti ile uygun sınıra indirim uygulamak kişilik hakları korunan kimse açısından adaletli sonuçlara yol açmayacaktır. Dolayısıyla buradaki indirim de hakim tarafından ex officio uygulanan bir yaptırım olmalıdır. **Giger** ise kısmi hükümsüzlük çerçevesinde hakimin indirimin yapılacağı ölçüyü tarafların menfaat dengelerini dikkate alarak belirleyebileceğini ve OR. Art.20 Abs.2 uyarınca tam hükümsüzlük taleplerinin dikkate alınmayacağını savunmaktadır²⁵². Bu konuda Almanya ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında yerleşik hale gelen tipik örnek bira teslimi (**Bierlieferungsverträge**) sözleşmeleridir²⁵³. Sonsuza kadar ya da ahlaka aykırı olacak şekilde uzun süre kararlaştırılmış bira teslimi sözleşmelerinde Mahkeme 1988 yılında verdiği kararda bira teslimi sözleşmesini tarafların farazi iradelerini de dikkate alarak 20 yıl üzerinden geçerli kılmıştır²⁵⁴. Sözleşmelerde kararlaştırılan sürenin kişilik haklarına aykırı olmasına sebep olan ölçünün nasıl tespit edileceği konusu çalışma konumuz dışında kaldığı için²⁵⁵, burada yalnızca söz konusu indirimin kanunda nicel bir sınır

doğuran sözleşmeler bakımından uygulama alanı hakkında bkz: Peter GAUCH; **“Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR”**, SJZ 101, 2005, s.520 vd. Kişilik haklarına aykırı şekilde nicel unsurları bakımından aşırı bağlanma yaratan durumlardan her birini (rekabet yasağı sözleşmeleri, yüksek faiz, aşırı bedelli sözleşmeler vb.) kendi başlıkları altında bir sonraki bölümde inceleyeceğiz.

²⁵¹ BUCHER; **Art.27 ZGB**, Rn. 553–557; BUCHER; **OR AT**, s. 267; TERCIER, **Les obligations**, Rn. 598–601. Alman Hukukunda da aynı çözüm benimsenmektedir. Bkz: BECKMANN; **a.g.e.**, s. 297, 449.

²⁵² GIGER; **a.g.e.**, s. 73-74. 1981 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararında kişilik haklarına aykırılıktan hiç bahsetmeksizin sonsuz süreli tek satıcılık sözleşmesinde indirimin yapılacağı ölçüyü (**Maßstab**) belirlerken OR Art. 20/2 çerçevesinde farazi iradeleri dikkate almıştır. “...Daher ist anzunehmen, dass beide Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit des Vertrags die nichtige Klausel durch die Vereinbarung einer festen Vertragsdauer von acht Jahren ersetzt hätten.“ BGE 107 II 216. Kararda Mahkeme farazi iradeleri dikkate alırken hem objektif hem de subjektif kriterleri bir arada değerlendirmiştir.

²⁵³ De BRONETT Georg-Klaus, **Die Bierlieferungsvertrag als Beispiel vertraglicher Monopole im deutschen, französischen und belgischen Recht**, Diss., Köln, 1976, s. 23 vd.

²⁵⁴ BGE 114 II 159. WÜTRICH; **a.g.e.**, s. 30 vd.; Aynı yönde çeşitli Kanton Mahkemesi kararları için bkz: KRAMER; **Art.19–20 OR**, Rn.382;

²⁵⁵ Bu konuyla ilgili geniş bilgi için bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 244-245; 257 vd.

öngörülmediği durumlarda BK.m.20/f.2'den kaynaklanan *değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* ile uygulandığını belirtmekle yetinelim²⁵⁶. Ancak kanun tarafından üst sınırın belli edildiği ve bu sınırın aşıldığı durumlarda da kanaatimizce TTK.m.1466'nin amaca uygun yorumlanması ile hükümsüzlük *düşey* şekilde uygulanacaktır. Bazı yazarlar tarafından üst sınır hükümleri (rekabet yasağına sınır koyan OR Art. 340a. vb) kişilik haklarını koruyan nitelikte emredici hükümler olarak görüldükleri için nisbi hükümsüzlüğün bu tarz hükümlere aykırılık halinde uygulanabilmesini savunmaktadırlar²⁵⁷. Bizce bu görüş isabetli değildir. Zira kanunda daraltma/sınırlama ya da nicel sınırlar getiren hükümler için yalnızca kişilik haklarını koruyucu hükümler olduklarını söyleyerek hareket etmek doğru değildir. Örneğin bu hükümlerden tüketici sözleşmeleri bakımından geçerli olacak bedel hükümleri (*Maximalpreis-Vorschriften*) ya da İş Kanunlarındaki fesih ya da rekabet yasağı sınırlamaları ile sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu hükümler olarak adlandırılmakla beraber esasen geniş anlamda kamu düzenini koruyucu hükümlerdir²⁵⁸. Bütün bu hükümlere aykırılık halinde tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın düşey kısmi hükümsüzlük uygulanacaktır²⁵⁹. Aslında kişilik haklarına ihlalin gerçekleştiği bütün durumlarda BK.m.20/f.2 hükmü yeterli korumayı sağlamaktadır. Şöyle ki, batıl kısımdan zarar gören tarafın kısmi hükümsüzlük talebini iletmesi ile beraber hakim artık tam hükümsüzlüğe karar veremeyecektir (*nisbi hükümsüzlük*)²⁶⁰.

Sözleşmenin süre ya da meblağ (hatta oran) şeklindeki nicel unsuru yönünden aşırı bağılılık yaratması durumu, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından söz konusu olabileceği gibi ani edimli sözleşmeler bakımından da söz konusu olabilir (*Örneğin bir malı 20 yıl boyunca aynı kişiye satmak*). Bu tarz sözleşmelerde de tarafların edimlerinin uzun zamana yayılması, edimlerin iadesinde yaratacağı sıkıntı

²⁵⁶ KRAMER; **Art.19–20 OR**, Rn. 361–362; ROUILLER; **a.g.e.**, s. 168, dn.921; 187 vd.; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 302-303.

²⁵⁷ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 189, dn.1049'da belirtilen yazarlar; SCHWENZER; **OR AT**, Rn.32.38; HUGUENIN; **Art.19/20 OR**, Rn. 55. Bu görüş çerçevesinde hakim tam hükümsüzlüğü kişiliği korunan taraf lehine re'sen nazara alacaktır.

²⁵⁸ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 197; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 301.

²⁵⁹ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 39, 197.

²⁶⁰ Bkz: yuk. s.

ve hukuk güvenliğinin sarsılmaması amacıyla hükümsüzlüğün, tespit edildiği andan itibaren ileriye etkili sonuç doğurması kabul edilmelidir²⁶¹.

Bunun dışında çalışma konumuz bakımından değinmemiz gereken bir diğer husus ise bir kimsenin sözleşmede yer verdiği bir kayıt ile ileride doğacak alacaklarını toptan temlik etmesi (*Globalzession*) meselesidir. Türk-İsviçre Hukukunda baskın olarak, ileride doğacak alacakların toptan temliki BK.m.23/f.2 anlamında kişilik haklarına aykırı ise sözleşmenin tamamen hükümsüz kalacağı savunulmaktadır²⁶². Ancak *Ateş ve Aral*, böyle bir halde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceğini savunmaktadır. *Ateş*'e göre Federal Mahkemenin bu görüşü, bir sözleşmenin kısmen hükümsüz olması imkânını ortadan kaldırmaktadır. Oysa ki hakimin elinde temlikin zaman yönünden kapsamını değiştirme ya da maddi olarak sınırlama imkanı (*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yolu ile*) bulunmaktadır. Bunun yanında MK.m.23/f.2 hangi şartlar altında hangi miktarda para ödeme borcunun kabul edilemez olduğunu gösteren bir işleve sahip değildir²⁶³. *Aral*'a göre ise, MK.m.23/f.2 hükmü temlik borçlusunun durumu üzerinde hiçbir etki yaratmaz. Temlik ihbarının yapılmamasının temlik borçlusu üzerinde yaratacağı belirsizlik BK.m.165 ile çözümlenmiştir²⁶⁴. Alman Hukukunda da büyük çoğunlukla bankalarla yapılan mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan kredi ve alacağın toptan temliki sözleşmelerinde, hakimin elinde düşey parçalama (*vertikale Aufteilung*) imkanı bulunması gerektiği savunulmaktadır. Bu noktada hakim, sözleşmedeki temlik edilen

²⁶¹ KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn. 220 vd.

²⁶² Von TUHR; **a.g.e.**, s. 349. Hermann BECKER; **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band VI, Obligationenrecht I, Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, **Art. 1-183 OR**, 2. Aufl., Verlag von Stämpfli&Cie, Bern, 1934, **Art. 164**, Rn.41; GUHL/MERZ/KOLLER; **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 8.Aufl., Zürich, Schultess, 1991, s.248-249. İsviçre Federal Mahkemesi de geçerli alacak miktarının belirlenmesinin mümkün olamayacağı, bu durumun hukuki güvensizliğe yol açacağını belirtmekle beraber temlik edilen alacağın borçlusunun hangi alacağın kısmen batıl olduğunu bilemeyeceğini ifade etmiştir. BGE 106 II 379, 112 II 433. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s.248; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 899-900; EREN; **a.g.e.**, s. 1187. Toptan temlikin ne zaman ahlaka ve kişilik haklarına aykırı sayılacağı konusunda geniş bilgi için bkz: Fahrettin ARAL; “**Topyekün Temlik**”, AUHFD, C.42, S.1-4, 1991-1992, s. 123 vd. İsviçre Hukukunda kısmi hükümsüzlük görüşü taraftarları için bkz: KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn.347; ARAL; **a.g.m.**, s.126, dn.33'de anılan yazarlar.

²⁶³ ARAL; **a.g.m.**, s.126-127; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 265-266 ve özellikle dn.784.

²⁶⁴ ARAL; **a.g.m.**, s. 127.

miktarı teminat verilen tutar nispetinde indirim imkanına sahip olmalıdır²⁶⁵. Bu meseleye ilişkin olarak kanaatimizce çoğunluk görüşü ve İsviçre Federal Mahkemesi kararı isabetlidir. Zira ileride doğacak alacağın toptan temlik sözleşmesinde söz konusu temlik kaydı sözleşmenin *karakteristik edimi* olarak yer alır ve böyle bir durumda sözleşmenin objektif esaslı unsuru olması nedeniyle tam hükümsüzlük söz konusu olur. Ancak eğer ki toptan temlik kaydı bir kredi, satım veya teminat sözleşmesinin içerisinde yer alan münferit bir kayıt durumunda ise, o taktirde Alman Hukuku ve Türk Hukukunda da savunulduğu üzere kısmi hükümsüzlük uygulanabilmelidir²⁶⁶. Burada geçerliliği koruyan indirim şeklinde uygulanacak olan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük gereğince temlik edilen alacağın miktarında indirim yapılırken hakim sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde bulunacaktır²⁶⁷.

Son olarak, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerde kısmi hükümsüzlüğe yalnızca kişilik hakları korunan taraf dayanabilmekle beraber hakimin de yine sadece onun lehine olarak re'sen göz önünde tutması gerekmektedir. Bu durum doktrinde İsviçre Hukuk Doktrininde "*sınırlı esneklik görüşü*" olarak ifade edilmekte olup²⁶⁸, Türk Hukuku bakımında da taraftar bulmaktadır²⁶⁹. Hatırlanacağı üzere benzer yönde bir çözüm toplumda iktisaden veya sosyal olarak zayıf olan kimseleri koruma amacının bulunduğu bütün emredici nitelikli hükümlere aykırılık halinde de benimsenmektedir²⁷⁰.

(2) Geniş Anlamda İçerik Sakatlığı Sebepleri

Geniş anlamda içerik sakatlığı sebeplerinin incelenmesi meselesi, sözleşmenin dar anlamda içeriğine giren unsurların BK.m.20 hükmü dışında kalan sebepler ile kısmen sakatlanması ve bu sebeple sözleşmeye BK.m.20/f.2'nin uygulanıp

²⁶⁵ Josef ESSER; "**§ 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession**", ZHR 135, 1971, s. 320 vd. Geniş bilgi için bkz: Fardjam C. YAZHARİ; **Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession**, Diss., Hamburg, 2002, s. 52 vd.; Andreas FILLMANN; "**Anfechtung der Globalzession als inkongruente Deckung-BGH locuta, causa finita?**", NJOZ, Heft 10, März 2008, s. 824-825; JAUERNIG; **§ 398 BGB**, Rn.21 vd.

²⁶⁶ Örneğin bir Banka ile yapılan kredi sözleşmesinde bankaya karşı verilen teminat amaçlı temlik taahhüdünde durum böyledir. ARAL; **a.g.m.**, s. 98 vd., özellikle s. 125.

²⁶⁷ Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanması ile ilgili geniş bilgi için bkz: a.ş.a.s.

²⁶⁸ KOLLER; **§ 13**, Rn. 150. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.684.

²⁶⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 591 vd.

²⁷⁰ SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 32, 38; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 593, dn. 44.

uygulanmayacağı sorusu üzerine gündeme gelmektedir²⁷¹. Geniş anlamda içerik sakatlığı sebepleri ise; fiil ehliyetine sahip olmama (MK.m.15), şekil eksikliği (BK.m.11), muvazaa (BK.m.18) veya irade sakatlıklarından (BK.m.23, 28, 29) kaynaklanmakla birlikte, doktrinde de bu sebeplerin sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması halinde kıyasen BK.m.20/f.2'deki kısmi hükümsüzlüğün –*niteliğine uygun düştüğü ölçüde*- uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷². Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi²⁷³ ve doktrinde de yaygın olarak benimsenen görüşe göre²⁷⁴; sözleşmenin sadece bazı hükümleri özel bir şekil şartına tabi olup da bu şarta uyulmamışsa, BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması sonucu yalnız bu kısımlar hükümsüz olur, geri kalan kısım geçerli olmaya devam eder. Meğerki hükümsüz kalan kısımlar olmadan tarafların sözleşmenin tamamını yapmayacakları anlaşılabilir. Ancak kanunun resmi şekli geçerlilik şartı olarak kabul ettiği durumlarda (*örneğin taşınmaz satım sözleşmesi*), tarafların böyle bir sözleşmenin bir kısmında şekil kurallarına uymaları halinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmayacağı meselesi Alman²⁷⁵ ve İsviçre Hukuk doktrininde tartışmalıdır. Bir grup İsviçreli yazar ve İsviçre Federal Mahkemesi (*ve hatta bazı kantonların İstinaf Mahkemelerinde*) bu halde de kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı kabul etmektedir²⁷⁶. Bazı yazarlar ise böyle bir çözümün, şekli geçerlilik şartı olarak öngören kanun hükmünün koruyucu amacı ile bağdaşmayacağını ve işlemin

²⁷¹ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 104.

²⁷² BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 104.

²⁷³ BGE 58 II 365; 60 II 98, 99; 90 II 38; 117 II 382.

²⁷⁴ SCHWENZER; **OR AT**, Rn.32.28; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 95; 101 vd; HONSELL; **Art. 11 OR**, Rn.11; BUCHER; **OR AT**, s. 170; HUGUENIN; **Art. 20 OR**, Rn. 66; BECKER; **Art. 11 OR**, Rn.12; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.547. TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 53. BGE 60 II 98. Türk Hukukunda aynı yönde bkz: EREN; **a.g.e.**, s. 265. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 108.

²⁷⁵ Alman Federal Mahkemesi 1966 yılında verdiği bir kararda, gayrimenkul satımına ilişkin sözleşmenin bir kısmının şekle aykırı olması halinde BGB § 139 hükmünün uygulanabileceğini belirtmiştir. BGHZ 45, 376 (379)= NJW 1966, 1747. Ancak Mahkeme 13.11.1998 tarihinde verdiği kararda, kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında şekle aykırılığın taraflarca bilinip bilinmediğinin araştırılması gerektiğine içtihat etmiştir. Mahkemeye göre tarafların sözleşmenin bir kısmına ilişkin şekil eksikliğini bilerek sözleşmeyi yapmış olmaları, onların bağlanma niyetlerinin olmadığını göstermeye yeter. BGH, NJW 1999, 351. Geniş bilgi için bkz: Cristopher KEIM; **“Keine Anwendung des § 139 BGB bei Kenntnis der Parteien von der Teilnichtigkeit?”**, NJW, 2.Halbband, 1999, s. 2866–2867.

²⁷⁶ BUCHER; **OR AT**, s. 170; BECKER; **Art. 11 OR**, Rn. 11, 12; BGE 117 II 386; BGer ZGRG 16 (1997), S.29; BGer 4C.175/2003, E.5= ZBGR 86 (2005), S.133; OGer ZH, ZR 87 (1988), Nr.18, S.47; HGer ZH, ZR 96 (1997), Nr.38, S. 106.

tamamen hükümsüz olması gerektiğini savunmaktadırlar²⁷⁷. Bu yazarlara göre, örneğin bir gayrimenkul satımı sözleşmesinde sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı unsurlarından bir kısmı tescil edilmemişse, sözleşmenin geri kalanı bağımsız olarak ayakta kalabilecek nitelikte olsa bile, şeklin sıhhat şartı olarak öngörüldüğü hükümlerin koruma amacı gereği tam hükümsüzlük söz konusu olacaktır.

Taraflardan birinin sözleşmeyi hata, hile, ikrah gibi irade sakatlığına ilişkin sebeplerden biri veya birkaçının sözleşmenin yalnız bir kısmına ilişkin bulunması halinde, BK.m.20/f.2'ye kıyasen kısmi iptalin uygulanması artık yaygın olarak kabul edilmektedir²⁷⁸. Yine ileride bahsedeceğimiz üzere, BK.m.20/f.2'ye kıyasen kısmi iptal imkanı, *favor testamenti* ilkesi gereğince ölüme bağlı tasarruflarda da uygulanmaktadır.

Yine müteselsil borçluluğun bulunduğu bir sözleşmede, sözleşme kurulurken borçlulardan sadece bazısı fiil ehliyetinden yoksun ise, sadece bazısı yetkisiz olarak temsil edilmiş veya sadece bazısı iradesi sakat olduğu için sözleşmeyi iptal beyanında bulunmuş ise BK.m.20/f.2 doğrultusunda çözüme varılır²⁷⁹. Şayet bu hükümsüzlük sebepleri şahsında gerçekleşmeyen borçluların diğer borçlular olmasaydı bu sözleşmeyi kurmayacakları söylenemiyorsa, her biri (*şahsında hükümsüzlük sebebi bulunmayan borçlular*) borcun tamamından sorumlu olmaya devam eder. Aksi halde, sözleşme tamamen hükümsüz kalır ve şahsında hükümsüzlük sebebi bulunmayan borçlular, kendilerinden ifa isteyen alacaklıya karşı bu durumu ortak bir savunma olarak ileri sürmek durumundadırlar (BK.m.143).

Müteselsil alacaklılıkta, alacaklılardan biri ya da birkaçı borçlunun tecrübesizliğinden yararlanmış ise, borçlu BK.m.21'deki iptal hakkını yalnızca gabni

²⁷⁷ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 95; SCHMID; **a.g.e.**, s. 232; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.581, dn. 200'de belirtilen yazarlar.

²⁷⁸ BUCHER; **OR AT**, s. 170. BGE 81 II 213. İrade sakatlıkları bakımından kıyasen uygulanacak kısmi hükümsüzlüğe IV. Bölümde daha geniş şekilde yer vereceğiz. Bkz: aşa: s.234.

²⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 313; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 849. Müteselsil borçluluğun olduğu bir sözleşme ilişkisinde, borçlulardan birinin irade sakatlığı sebebiyle iptal hakkını kullanmasından sonra ortaya çıkan hükümsüzlüğün BK.m.20/f.2 uyarınca diğer borçlular bakımından ortak bir savunma oluşturması mümkündür. Ancak bu halde, diğer borçluları iradesi sakat olan borçlunun iç ilişkideki payı kadar borçtan kurtaracağı şeklinde de bir görüş vardır. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 310. Aksi yönde bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.849, dn.184. Sinallagmatik (karşılıklı) sözleşmenin bulunduğu durumlarda gabin halinde kısmi iptalin uygulanamayacağı yönünde bkz: Faruk ACAR; "Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 391-392.

gerçekleştiren alacaklıya karşı kullanabilir. Bu durum iptal hakkının kullanımına “bireysel etki” (*Einzelwirkung*) tanınması anlamına gelmektedir. Ancak gerçek hak sahibi bir tane olup, diğerlerinin şekli anlamda borç ilişkisinde bulunmaları halinde yukarıdaki kural haksız sonuçlara sebep olabilecektir. Bu halde BK.m.20/ f.2 hükmü kıyasen uygulanacak ve müteselsil alacaklılardan birinin borç ilişkisinden çıkması durumunda, diğer müteselsil alacaklılar şayet dışta kalan alacaklı olmasaydı böyle bir borç ilişkisini oluşturmayacakları anlaşılıyorsa borçlunun iptal beyanı sözleşmenin tamamen geçersizliğini sağlayacaktır²⁸⁰.

Geniş anlamda içerik sakatlığını, sözleşmenin bir kısmının yetkisiz temsil (BK.m.38) ile yapılmış olması halinde de kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulanması söz konusu olabilir²⁸¹. Örneğin (A), (B)'ye (C)'de 100 kilogram un satın alması için temsil yetkisi vermiş olsun. Ancak (B), (C)'den 120 kilogram un satın alırsa, sözleşmenin hükümsüzlüğe ilişkin meselede BK.m.20/f.2'ye kıyasen çözüme varılabilir. (A), verdiği yetkinin dışında kalan 20 kilogram un için icazet vermediği takdirde karşı tarafın bu kısım olmaksızın sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğu yönünde iddiası bulunmaması şartıyla sözleşme kısmen hükümsüz olur.

C- Kısmi Hükümsüzlüğün Subjektif Şartı: Tarafların Farazi İradelerinden Sakat Kısım Olmasaydı Sözleşmenin Yapılmayacağı Anlaşılmasının Gerekir

1- Farazi İrade Kavramı ve Farazi İradenin Tespitine İlişkin Görüşler

Farazi ortak irade kavramı ilk olarak sözleşme boşluğu bulunduğu hallerde sözleşmenin tamamlanması veya sözleşmenin yorumu aşamalarında karşımıza çıkmaktadır²⁸². Farazi irade kavramından ne anlaşılması gerektiği ve farazi iradelerin tespitinde hangi kriterlerden faydanılması gerektiği ve hatta bu kavramın gerekli olup olmadığı dahi doktrinde tartışmalıdır²⁸³. Bu nedenlerle farazi irade kavramına ilişkin

²⁸⁰ ACAR; **a.g.m.**, s. 389-391.

²⁸¹ Benzer yönde bir örnek için bkz: ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 107.

²⁸² Geniş bilgi için bkz: AKSOY DURSUN; **a.g.e.**, s. 101 vd.; Şener AKYOL; **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 110, 122.

²⁸³ Alman Hukukunda *Larenz*'e göre, tarafların farazi iradesinin araştırılması, hayali kurmaca bir kıstasa dayanmaktadır. LARENZ/WOLF; **AT**, s.533, 537. *Oertmann*'a göre tarafların farazi iradeleri kavramını “bilimsel açıdan tamamen değersiz bir kavram” olarak nitelendirirken Paul OERTMANN; “**Anfangliches Leistungsvermögen**”, AcP 140, 1935, s. 147. *Gernhuber* ise,

ne kanunda ne doktrinde verilmiş bir tanıma rastlamak zordur. Ancak farazi ortak irade kavramından kısaca; sözleşmenin kurulması sırasında tarafların sözleşmedeki boşluğu ya da geçersizliği bilmiş olsalardı, nasıl bir düzenleme yaparlardı sorusunun yöneldiği iradeleri anlamak mümkündür. Bu soru kapsamında araştırılacak farazi ortak iradelerin tespitinde hangi kriterlerden yararlanılacağı meselesi özellikle BK.m.20/f.2 c.2 kapsamında araştırılacak farazi iradelerin tespitinde büyük öneme sahiptir. Zira İsviçre-Türk hukuklarında sözleşmenin bir kısmı geçersiz olduğunda iki ihtimalle karşılaşılacaktır: Ya sözleşmenin yalnız söz konusu sakat kısmı geçersiz olacak ya da sözleşmenin tamamı geçersiz olacaktır. Bu ihtimallerden hangisinin uygulanacağı meselesi ise, tarafların empirik ya da gerçek iradelerinden değil; farazi iradesinden (*hypothetische- mutmaßliche Parteiwillen*) çıkan sonuca göre halledilecektir²⁸⁴.

BK.m.20/f.2 c.2 lafzı gereği kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında tarafların farazi iradeleri kural olarak *–zorunlu düşey kısmi hükümsüzlüğe ilişkin haller hariç–* öncelikle araştırılması gereken husustur. Tarafların tespit edilen iradelerinin, gerçek iradeleri olduğu takdirde ise farazi iradelerini araştırmak ve bu iradeye göre yaptırım uygulamak zaten mümkün değildir. Zira tarafların gerçek iradelerinin varlığı, kendi aralarında butlan anlaşması yaptıklarını gösterir²⁸⁵. Bu konuya tekrar ileride değineceğimiz için, burada kısmi hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmaması bakımından hangi kriterlerin esas alınacağı konusunda doktrinde yer alan görüşlere ve uygulamadan bazı örneklere değinmekte fayda vardır.

bu kavramın hakime aslında tarafların iradesine göre değil, kendi adalet anlayışına göre sözleşmenin içeriğini belirleme imkanı sunduğunu ifade etmiştir. Joachim GERNHUBER; **“Drittwirkungen und Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe-Zur Lehre von der Verträgen mit Schutzwirkungen für Dritte”**, FS. A.Nikisch, 1958, s. 261.

²⁸⁴ Peter GAUCH; **“Modifizierte Teilnichtigkeit”**, Anmerkung zu BGE 107 II 216, Recht 1983, N.3, s. 96; KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn.338 vd.; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 71; PIOTET; **a.g.m.**, s. 107. Doktrinde kullanılan tarafların “muhtemel iradeleri” (*mutmaßliche Parteiwillen*) ile “farazi iradeleri” (*hypothetische Parteiwillen*) kavramının aynı anlamda olmadığı yönünde bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 89-90. Ancak İsviçre Hukuk Doktrininde her iki kavramın da eş anlamda kullanıldığı görülmektedir. Karş: HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn. 16. GAUCH/AEPLI/CASANOVA; **Art. 20 OR**, s. 51. Her iki kavramla da anlatılmak istenen; tarafların sakatlığı bilmiş olsalardı; nasıl bir düzenleme yapacak olduklarına ilişkin farazi yöndeki iradelerinin tespitidir.

²⁸⁵ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 92.

a- Objektifleştirilmiş Farazi İradeler Görüşü

Alman Hukukunda ilk defa *Pawlowski* tarafından ileri sürülen ve daha sonra İsviçre Hukukunda büyük oranda kabul gören objektif farazi irade görüşü, sözleşmeyi ayakta tutma konusunda tarafların fiili-psikolojik iradelerinden çok, makul ve dürüst sözleşşenler olarak ölçülmesi gereken farazi iradelerinin araştırılmasını savunmaktadır. İsviçre ve Alman Hukuklarında objektif teoriyi benimseyen yazarlar tarafından, farazi iradelerin tespitinde doğruluk ve dürüstlük kuralının yardımıyla sözleşşmenin somut taraflarının yerine, orta zekâlı, makul ve dürüst kimseleri esas alarak bu iradenin belirlenmesi gerektiği neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir²⁸⁶. Hakimden bu konuda beklenen, MK.m.2/f.1'de yazılı dürüstlük kuralı ışığında ve olayın bütün özelliklerini göz önünde tutmak suretiyle objektif bir değerlendirme yapması, yani makul ve dürüst sözleşşenlerin bu şartlar altında hükümsüzlüğü bilseydi neyi istemiş sayılacaklarının araştırılmasıdır. Dolayısıyla hakim hiçbir şekilde tarafların sözleşşenin kurulması aşamasındaki fiili-psikolojik durumlarını araştırmayıp, işin niteliğini, sözleşşenin niteliğini ve özelliklerini dikkate alarak somut şartlar altında makul ve dürüst sözleşşenlerin geçersizliği bilselerdi tam hükümsüzlüğü isteyip istemeyeceklerini araştıracaktır.

Hakim, farazi iradeleri objektif bir değerlendirme ile güven teorisini ve sözleşşenin kurulduğu anı esas alarak tespit etmelidir²⁸⁷. Eğer hakim bu değerlendirmesi neticesinde, taraflardan birinin dahi sözleşşme ilişkisini kurmak istemeyeceği sonucuna ulaşırsa sözleşşme tam hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesinin ilk zamanlar objektif görüşü esas alarak verdiği kararları mevcuttur²⁸⁸. Bu yöntemin en zayıf tarafı olarak, bu şekilde elde edilen sonucun, tarafların gerçekten istemiş olacakları sonuca hiç uymaması tehlikesini taşıması gösterilmektedir²⁸⁹.

²⁸⁶ PAWLOWSKI; *a.g.e.*, s. 185 vd.. ENGEL; *a.g.e.*, s. 206. SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 32.40. Von TUHR/PETER; *a.g.e.*, s. 227. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.700. GAUCH; **Parteiwille.**, s. 356 vd.; HÜRLIMANN; *a.g.e.*, s.56. TANDOĞAN; *a.g.e.*, s. 76. HUGUENIN; **Art.19/20 OR**, Rn. 63. BGE 110 I 63; 120 II 41; 123 III 297, 300; BGer ZGRG 16 (1997). BGer 4C.156/2006, E.3.3. Hubert PILZ; **Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung**, Freiburg Schweiz, 1963, s. 57-58. MEYER; *a.g.e.*, s. 97; OFTINGER; *a.g.e.*, s. 568.

²⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn..700, 1257; HURLIMANN; *a.g.e.*, s. 61; GAUCH; **Teilnichtigkeit**, s.95-96; TANDOĞAN; *a.g.e.*, s. 76-77; PILZ; *a.g.e.*, s. 58-60.

²⁸⁸ BGE 48 II 373; 114 II 159;115 II 488.

²⁸⁹ BAŞPINAR; *a.g.e.*, s. 100.

b- Subjektifleştirilmiş Farazi İradeler Görüşü

Piotet gibi yazarların savunduğu subjektif teoriye göre tarafların farazi iradesinin tespitinde herhangi iki normal zekâlı, dürüst, makul kişinin değil, sözleşme taraflarının amaçları ve beklentilerinin dikkate alınması gerekmektedir²⁹⁰. Bu görüşe göre, hakimin incelemesi sadece tarafların dış dünyaya yansımış ve anlaşılabilir hale gelmiş bireysel- subjektif çıkar değerlendirmeleri açısından ele alınacaktır. Hakim bunu yaparken gerektiğinde tarafların sözleşmeye koydukları bütün kayıtları yorumlayacaktır²⁹¹. Bu anlamda hakim, en azından sözleşme görüşmelerinden, hükümlerin kaleme alınış tarzından veya ilgili hükmün sözleşmenin bütünü içindeki yerinden bu hükmün taraflardan biri için dahi olsa arz ettiği öneme göre hareket edecektir. Kısacası subjektif unsurlar olarak, somut olaydaki çıkar dengeleri, tarafların bireysel özellikleri ve somut ilişkiye has beklentileri dikkate alınacaktır. Alman Hukukunda son zamanlarda “uyarlama kaydı” (*Anpassungs-klauseln*) nın geniş ve teknik olmayan bir şekilde bir nevi ikame kaydı olarak yorumlandığı da görülmektedir²⁹². Hatta bir görüşe göre tarafların farazi iradelerinin belirlenmesinde, sözleşmenin kurulduğu andaki fiili ve psikolojik iradelerin esas alınması gerekirken; tarafların sözleşmedeki zayıf ve güçlü durumları dahi dikkate alınmalıdır²⁹³. Zira bu durumlarda çoğu zaman sözleşmenin zayıf tarafı, sözleşmenin kurulduğu anda sözleşmenin yapılmasındaki menfaatini ön planda tutmakta ve çoğu zaman sağlıklı bir içerik değerlendirmesi yapamamaktadır. Bu durumda hakim tarafların sözleşme

²⁹⁰ PIOTET; **a.g.m.**, s. 110; 113. BECKER; **OR. Art. 19/20 OR**; Rn. 15. OSER/SCHÖNENBERGER; **Art.20 OR**, Rn. 66. JOSEPHAL; **a.g.e.**, s. 53.

²⁹¹ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında tek satıcının “süresiz” olarak fesih hakkından vazgeçtiğine yönelik konulan kayıttan tarafların sözleşme ile bağlı kalmak istedikleri sonucunun çıkarılabileceğini tespitinde bulunmuştur. BGE 107 II 216.

²⁹² Alman Hukukunda genellikle bu tarz kayıtlar sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere dahil olan genel işlem şartlarında yer almaktadır. Alman Yüksek Mahkemesi 2007 tarihli bir kararında tarafların yaptıkları internet sunucusu sağlama sözleşmesinde bedelin değişen pazar koşullarına uyarılacağına ilişkin bir kayıt yer almaktaydı. Mahkeme değişen pazar koşullarında sadece sağlayıcıya tanınan uyarılama hakkının müşterinin de değişen koşullar karşısındaki ödeme gücünü zora soktuğu için söz konusu kaydın “müşteri düşmanı” (*kundenfeindliche*) bir yoruma müsait olabileceğini (*BGHZ 158 aaO, Senatsurteil vom 23 Januar 2003 kararına atıfla*) ve aynı zamanda BGB § 308 Nr.4’e aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bununla beraber Mahkeme bu kaydın tamamen geçersizliğinin sözleşmenin esaslı unsuru olan bedelin tayinine yönelik bir kayıt olması nedeniyle sözleşmenin tamamen geçersizliğini sağlayabileceğini belirterek, bu kaydı tarafların sözleşmeyi ayakta tutma iradelerinin bir ürünü olarak değerlendirmiş ve söz konusu kaydı iki tarafa da uyarılama hakkı sağlayacak şekilde düzelterek geçerliliğini sağlamıştır. BGH-ZR III, (11.10.2007) 63/07, benzer yönde bkz: BGHZ 141, 153, 155.

²⁹³ PILZ; **a.g.e.**, s. 57 vd.

ile takip ettikleri amaçları, onları sözleşme yapmaya sevk eden saikleri dikkate alarak karar vermelidir.

c- İki Aşamalı Farazi İradeler Görüşü

Bu görüş açısından ilk olarak subjektif unsurlar olan tarafların sözleşmeye verdikleri anlam, sözleşmenin niteliği ve sözleşmesel menfaat dengesi dikkate alınarak tespit yapılmalıdır. Hakimin bu yöntem ile bir sonuca varamaması halinde ise, objektif unsurlar; yani işin niteliği, dürüstlük kuralı ve teamüllerden yola çıkılarak farazi iradeler araştırılmalıdır. İki aşamalı görüş olarak adlandırılan bu görüş doktrinde gitgide taraftar toplamakla birlikte kanaatimizce de en isabetli çözümü sağlamaktadır²⁹⁴.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın²⁹⁵ BK.m.20/f.2'yi karşılayan 27.maddesinde: “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı **açıkça** anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” denilmektedir. Madde metninde geçen “açıkça” ibaresi tarafların yalnızca dış dünyaya yansımış bir takım fiillerinin ve gerçek ortak iradelerinin dikkate alınacağı izlenimi uyandırmaktadır. Ancak kanaatimizce burada kanun koyucunun sözleşmenin geri kalanının akıbeti konusunda “farazi irade” kavramını bertaraf ettiği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Eğer tam hükümsüzlük konusunda gerçek iradenin varlığı şart koşulmak istense idi, o zaman kısmi hükümsüzlük gerçek iradenin bulunmadığı durumlarda mutlak şekilde uygulanması zorunlu olan bir kurum haline gelirdi. Kanımızca amaca uygun yorum yaparak kanun koyucunun burada farazi ortak iradenin tespitinde tarafların dış dünyaya yansımış fiili ve psikolojik durumlarını, sözleşme görüşmelerinde ve sözleşmenin geri kalanında kullandıkları terimleri ve menfaat dengeleri gibi subjektif unsurların da dikkate alınmasını amaçladığını söylemek gerekir.

²⁹⁴ HONSELL/VOGT/WIEGAND; Art. 18 OR, Rn.78, KRAMER; Art. 18 OR, Rn.240; MEDICUS; BGB, § 45, Rn.508; Yazar da ilk önce tarafların sözleşmenin yapıldığı andaki psikolojik durumlarının (*psychischen Tatsache*) ve menfaat dengelerinin (*maßgebende Interessen der Parteien*) araştırılmasına öncelik vermektedir. Aynı yönde bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 599; AKSOY DURSUN; a.g.e., s. 181 (*Yazar bu görüşü boşluk doldurma faaliyetinde de benimsemektedir*).

²⁹⁵ Bkz: Çevrimiçi [http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf].

İsviçre Federal Mahkemesinin de verdiği iki kararda iki aşamalı farazi iradeler görüşünü benimsediği zımnen ortaya çıkmaktadır. Mahkeme 1981 tarihli kararında; belirsiz süreli bir tek satıcılık sözleşmesinde ağır şartlarla fesih hakkı tanınmasının uzun süre sözleşme ile bağlı kalınması tehlikesi doğurması sonucunda, bu kaydı kişilik haklarına (MK.m.23/f.2) aykırı bulmuştur. Mahkeme sözleşme süresine ilişkin kaydın caiz bir süre ile geçerliliğini sağlamak üzere tarafların önce bireysel-subjektif çıkarlarını dikkate almasının yanında makul ve dürüst sözleşenler olarak geçersizliği bilselerdi hangi süreyi kararlaştıracaklarını araştırmıştır. Buna göre ticaretin yoluna konulması için ihtiyaç duyulan zamanı 3 yıl ve sermaye olarak yatırılan kısmın ödenmesi ve hazırlık çalışmaları için de 5 yıl hesaplayarak; tarafların geçersizliği bilselerdi süreyi 8 yıl olarak koyacaklarını kabul etmiştir. Mahkeme sürenin tespitinde tarafların sözleşmeye verdikleri anlam, ticari teamüller, işin mahiyeti ve sözleşmenin diğer hükümlerinden tarafların amacının araştırılması yoluna gidilmiştir²⁹⁶.

Mahkeme'nin 1988 tarihli kararına konu olan başka bir olayda²⁹⁷, bir havalimanının lokantacılık hizmetlerini yürüten şirket (F.AG), buradaki lokantalarının ihtiyacı olan bira , coca-cola ve maden suyunu süresiz olarak yalnız bir şirketten (X AG) almayı taahhüt etmiştir. Şirketin (X AG), sözleşmeyi fesheden şirketten sözleşmede yer alan %5'lik cezai şartın tekabül ettiği 8.000- CHF talep etmesi üzerine Mahkeme, öncelikle süresiz teslim kaydının kişilik haklarına aykırı olduğunu tespit ederek söz konusu kaydın kısmen hükümsüz olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren 13 yıl sonra feshedildiğini tespit ettikten sonra, cezai şart ve tazminat talebi açısından öncelikle sözleşmenin süresinin tespit edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. F.AG şirketi için söz konusu hizmetin yan hizmetlerden olduğu ve sözleşmenin 20 yıl süreli olmasının şirketin iktisaden yıkımına sebep olmayacak bir süre olduğunu ifade ederek (*subjektif kriter*), tarafların makul ve dürüst sözleşenler olarak ele alındığı farazi iradelerine göre (*objektif kriter*) sözleşmenin ancak 20 yıllık bir süre için yapılacağı sonucuna varmıştır.

²⁹⁶ BGE 107 II 216.

²⁹⁷ BGE 114 II 159.

d- Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce çoğu olayda sadece makul ve dürüst sözleşenlerin farazi iradeleri ile yetinmek, sözleşmeyi yapan tarafların sözleşme kurulurken içinde bulunduğu şartlar ve işin mahiyeti gibi unsurlar araştırılmaksızın varılacak sonuç açısından yeterli olmayabilir. Tarafların farazi iradeleri, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte hakimin BK.m.2/f.2 ve MK.m.1 gereği boşluk doldurma faaliyeti ve BK.m.20/f.2 c.2 bakımından tarafların sözleşme ile bağlı kalıp kalmak istemediklerinin tespitinde önem taşımaktadır. Her iki araştırma bakımından da yalnızca MK.m.2 ışığında objektif farazi iradenin esas alınması, genel işlem şartları veya sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler gibi tarafların birbirine olan üstünlüğü ve sözleşmenin devamına ilişkin menfaatlerinin ön plana çıktığı sözleşmeler bakımından her zaman hakkaniyetli sonuç vermeyebilir. Bununla beraber, sadece tarafların konumları, işin mahiyeti gibi subjektif kıstasların esas alınması ise, sözleşmenin kurulması esnasındaki tarafların fiili ve psikolojik durumlarının tespitinin zor ve hatta imkânsız olduğu hallerde mümkün olmayacaktır. Örneğin işe oldukça ihtiyaç duyan bir kadının 10 yıl süre ile hamile kalmasının fesih sebebi oluşturacağı yönünde bir kayıt içeren hizmet sözleşmesinde tarafların dışa yansımış iradelerini esas alan subjektif kriter tek başına yeterli sonuç vermeyecektir. Yine sadece objektif kriteri göz önünde bulunduran hakim, tarafların içinde bulunduğu koşulları ve menfaat dengelerini dikkate almaksızın makul ve dürüst sözleşenlerin neyi isteyeceklerini belirlerken kendi sağduyularının da etkisine girme tehlikesi ile karşı karşıyadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu durumu “*MK.m.20 hükmü, hak ve fiil ehliyetlerine sahip kişilerin vasisi, koruyucusu değildir*” şeklinde ifade etmiştir²⁹⁸. Yukarıdaki örnekte işin niteliği bakımından hamilelik; söz konusu iş kolunda işin görülmesi açısından bir engel teşkil etse bile, bunun süresinin 10 yıl olarak belirlenmiş olması karşısında kişilik haklarına aykırı bu kaydın geçersizliğinden sonra oluşan boşluğun doldurulmasında objektif kriterin de değerlendirilmesi gerekir²⁹⁹.

Sonuç olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulamalarını ve taraf menfaatlerini göz önünde tutarak savunulması gereken en isabetli görüş kanaatimizce

²⁹⁸ BGE 85 II 13.

²⁹⁹ Benzer yönde bir örnek hizmet sözleşmesine konulan “evlenmeme” kayıtları bakımından da düşünülebilir. Bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 218, dn. 607.

iki aşamalı farazi iradeler görüşüdür. Bunun sonucu olarak, hem borçların ifasına hakim olan dürüstlük kuralı hem de sözleşme hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü bir arada işlerlik kazanmış olacaktır.

2- Tarafların Farazi İradelerinin Aranacağı Zaman

Tarafların sözleşmenin bir kısmının geçersizliğini bilselerdi, sözleşmeyi hiç yapmayacakları yönündeki farazi iradelerinin ne zaman aranacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüşe göre, farazi iradelerin araştırılmasında esas alınacak an, hükümsüzlük iddiasının ileri sürüldüğü veya bu konuya ilişkin davanın açıldığı an olmayıp, sözleşmenin kurulduğu andır³⁰⁰. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre ise, tarafların farazi iradelerinin dikkate alınması gereken zaman somut olayın özelliklerine göre davanın açıldığı zamandır³⁰¹. Doktrinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu uygulaması, taraflar arasındaki menfaat dengesinin en iyi ölçülebildiği an olan sözleşmenin kurulması anını bertaraf ettiği ve bu yolun OR Art. 20 Abs.2'nin koruma amacı ile bağdaşmayacak sonuçlara sebep olacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir³⁰². Türk Hukukunda da tarafları sözleşmeyi yapmaya iten saikler ancak sözleşmenin kurulmasındaki hal ve şartların dikkate alınmasıyla gerçekleşebileceği düşüncesi ile Mahkeme'nin bu uygulaması eleştirilmektedir³⁰³. Alman Hukukunda da benzer şekilde, "makul ve dürüst hareket eden kimseler olarak tarafların, hükümsüzlüğü bilmiş olsalardı nasıl bir karar verirlerdi" yönündeki farazi iradelerinin dikkate alınması gereken an olarak sözleşmenin kurulması anının esas alınması gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁴.

³⁰⁰ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 65. KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn.367. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 74. BGE 107 II 219; ZR 81, 1982. Nr.77, s.184. Farklı yönde bkz: BUCHER; **OR AT**, s. 234.

³⁰¹ BGE 80 II 327; 335.

³⁰² HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 65. MEYER; **a.g.e.**, s. 95.

³⁰³ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 101-102.

³⁰⁴ SOERGEL/HEFERMEHL; § 139 **BGB**, Rn. 33.

3- Taraflarin Butlan Anlaşması Yapmamış Olmalarını Gerekir

a- Butlan Anlaşmasının Tanımı ve Türleri

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere BK.m.20/f.2 hükmü, niteliği itibariyle emredici nitelikte bir hüküm olmayıp, düzenleyici bir hukuk kuralıdır³⁰⁵. Bu nedenle tarafların yaptıkları sözleşmede BK.m.20/f.2 hükmünün aksini kararlaştırmaları mümkündür. Yani, taraflar hükümsüz kısım olmaksızın geri kalan tüm sözleşme hükümlerinin (BK.m.20/f.2 c.2 gereği farazi irade araştırması yapmaksızın) geçerli olacağını kararlaştırmış olabilirler. İşte, tarafların sözleşmenin bir kısmının sakat olması halinde, bu kısmın hükümsüzlüğünün sözleşmenin diğer kısımlara etkisini düzenlemek üzere yaptıkları anlaşmaya *butlan anlaşması* denir³⁰⁶. Butlan anlaşmasının bulunduğu bir durumda tarafların farazi iradelerinin araştırılmasına gerek yoktur. Ancak şöyle ki, bu anlaşmanın varlığına rağmen, geri kalan kısım bağımsız olarak varlığını koruyabilecek nitelikte değilse; yani hiç değilse objektif esaslı noktalarını içermiyorsa, sözleşme tamamen hükümsüz olacaktır³⁰⁷. Sözleşmenin bir kısmındaki geçersizliğin sözleşmenin geri kalan kısmının kaderini ne yönde değiştireceği sözleşmenin içerisinde yer alan bir butlan anlaşması ile tayin edilebileceğini söyledik. İşte bu amaçla yapılan butlan anlaşmasının konusu üç ihtimalden birini içerebilir³⁰⁸:

- 1- Sözleşmenin bir kısmı geçersiz ise sözleşmenin tamamı geçersiz olacaktır³⁰⁹.
- 2- Sözleşmenin bir kısmı geçersiz ise, bu kısım olmaksızın sözleşmenin geri kalanı geçerli sayılacaktır (*Kısmi Hükümsüzlük Kayıtları- Teilwirksamkeitsklauseln- Alman Hukukunda salvatorische Klauseln olarak ifade edilmektedir*)³¹⁰.
- 3- Sözleşmenin bir kısmı geçersiz ise, bu kısmın içeriğini değiştirerek sözleşme geçerli sayılacaktır (*İkame kayıtları- Ersatzklauseln*).

³⁰⁵ HONSELL; Art. 20, Rn.21; GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 645; HÜRLIMANN; a.g.e., s. 47; BAŞPINAR; a.g.e., s. 77.

³⁰⁶ GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 695; GAUCH; *Teilnichtigkeit*, s.100; KRAMER; Art.19-20 OR, Rn.330 vd.; HÜRLIMANN; a.g.e., s. 48. BAŞPINAR; a.g.e., s. 77-78.

³⁰⁷ HÜRLIMANN; a.g.e., s. 49. GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 696.

³⁰⁸ GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 696.

³⁰⁹ GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 696; HÜRLIMANN; a.g.e., s. 47.

³¹⁰ LARENZ/WOLF; § 45 BGB, Rn.23; JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 13. BGH NJW 56 (2003), s.347.

Butlan anlaşmasının şekli konusunda kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığından, BK.m.11/f.1’de düzenlenen şekil serbestisi gereğince, butlan anlaşmasının herhangi bir şekle bağlı kalınarak yapılması zorunlu değildir. Taraflar bu sözleşmeyi yazılı, sözlü veya resmi şekilde yapabilirler. Aynı şekilde taraflar sözleşmede yer verdikleri bir hükümlerle bu hususu belirleyecekleri gibi ayrı bir anlaşma metni ile de düzenleyebilirler³¹¹. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin sınırlar (BK.m.20) butlan anlaşması için de geçerli olup, taraflar bu anlaşmanın içeriğini BK.m.20’deki sınırlara bağlı kalmak kaydıyla özgürce kararlaştırabilirler.

Tarafların yaptıkları butlan anlaşması yalnızca sözleşmenin bir kısmının geçersizliği halinde, geri kalanının durumunun ne olacağı ile ilgili olarak yapılabilir. Yoksa taraflar yaptıkları butlan anlaşması ile sözleşmenin tamamının geçersizliği halinde, sözleşmenin başka hükümlerle geçerliliğinin devam ettirilmesi gibi çözümler getiremezler³¹².

(1) Kurtarıcı Kayıtlar (*salvatorische Klauseln*)

Kısmi hükümsüzlüğün istisna olarak düzenlendiği Alman Hukukunda kurtarıcı kayıtlar kavramı ile sözleşmenin bir kısmının geçersiz olması halinde, sözleşmenin geri kalan kısmının tamamının ya da bir kısmının geçerli olacağına ilişkin sözleşmeye konulan kayıtlar anlaşılmaktadır³¹³. İsviçre-Türk Hukuk doktrinde de kabul edilen ve sözleşmenin bir kısmının geçerli olacağına ilişkin olması halinde bu kayıtlara “*kısmi hükümsüzlük kayıtları*” (*Teilnichtigkeitklauseln*) ya da “*muhafaza kayıtları*” (*Erhaltungsklauseln*) da denilmektedir³¹⁴. Bu tarz kayıtlar, tarafların kısmi

³¹¹ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.78.

³¹² HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s.48. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 697.

³¹³ Genel işlem şartları kullanılarak yapılan sözleşmelerde kurtarıcı kayıtların etkisi üzerine geniş bilgi için bkz: KASSELMANN; **a.g.e.**, s. 41; SOMMER/WEITBRECHT; “**Salvatorische Klauseln in GmbH-Verträgen**”, GmbH-Rundschau, Nr.10, 1991, s. 449; JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 13.

³¹⁴ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 696. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s 49. Alman Hukuku bakımından bkz: BÖHME; **a.g.e.**, s. 50; Günümüzde bu tarz kayıtlara Amerikan Sözleşme Hukukunda da rastlamak mümkündür. Birçok sözleşmede “severability clause” olarak ifade edilen ve kelime anlamı ile “bölünebilirlik kaydı” anlamına gelen kayıt ile sözleşmenin geçersiz kısım olmaksızın da ayakta tutulacağı kararlaştırılmaktadır. Bu tarz kayıtlar genellikle şu şekilde olmaktadır: “*If any provision of this act or its application to any person or circumstances is held invalid, the invalidity does not affect other provisions or applications of this act that can be given effect without the invalid provision or application, and to this end, the provisions of this act are severable*”. Geniş bilgi için bkz: John Copeland NAGLE; “**Severability**”, North Carolina Law Review, Vol.72, 1993, s. 204 vd. Türk Hukuk uygulamasında da sözleşmelerde kullanılan bu kayıt genellikle şu

hükümsüzlük halinde, sözleşmenin tamamen hükümsüz kalmasına karşılık aldıkları bir tedbirdir. Tarafların gerçek iradeleri ile sözleşmeyi ayakta tutma niyetlerini açıkça koymaları nedeniyle, artık BK. m.20/f.2 c.2'de yer alan farazi iradelerine başvurulmayacaktır. Hemen ifade etmek gerekir ki, bazı alanlarda kurtarıcı kayıtların kullanılması bir anlam ifade etmeyecektir. Bir başka deyişle, sözleşmenin kısmen hükümsüz bırakılmasına yönelik kurtarıcı kayıt olmasa dahi aynı sonuç sözleşmenin niteliğinden veya ihlal edilen normun koruma amacından ortaya çıkabilir. Alman Hukukunda buna örnek olarak, vasiyetname, ortaklık sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerini gösterilmektedir³¹⁵. Türk Hukuku bakımından da, düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı alanlarda kurtarıcı kayıtların pratik bir anlamı olmayacaktır. Nitekim böyle bir kaydın varlığına rağmen, aşırılık içeren kayıt yasal ya da caiz sınıra indirilerek geçerliliğini korumaya devam edecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, bu kayıtların varlığına rağmen, eğer sakat kısım sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturuyor ve sözleşmenin geri kalanı anlamlı bir bütün olarak kalamıyorsa, sözleşme tamamen hükümsüz olacaktır³¹⁶. Yine kurtarıcı kayıtların varlığına dayanarak kısmi hükümsüzlük talebinde bulunmak dürüstlük kuralı (MK.m.2) ile sınırlıdır³¹⁷.

(2) İkame Kayıtları (*Ersetzungsklauseln*)

Taraflar sözleşmenin bir kısmının geçersiz olduğu takdirde, geçersiz kısmın yerine *kanun hükmünü* ya da *hakimin uygun bulduğu bir kaydın* ya da bizzat

şekilde düzenlenmektedir: “*Bu sözleşmenin bir veya birden çok kısmı tamamen veya kısmen batıl olduğu takdirde, sözleşmenin geri kalan kısımları bu sakatlıktan etkilenmez*”. Bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 83-84.

³¹⁵ SOERGEL/HEFERMEHL; **BGB § 139**, Rn.2; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 84; Ortaklık anasözleşmesinde zorunlu olmayan unsurların bir kısmındaki sakatlığın anasözleşmenin tamamına sari olup olmayacağı meselesinde, bu sakatlığın ortaklık ilişkisinin devamını çekilmez hale getirip getirmediğine bakılır. SOMMER/WEITBRECHT; **a.g.m.**, s. 450;

³¹⁶ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 696; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 48 vd.; LAMP; **a.g.e.**, s. 177 vd.. Frankfurt Eyalet Mahkemesi'nin 1995 tarihli kararına olayda, bir hekimin bazı yasal zorunluluklarından aksi sözleşme ile kararlaştırılmış olup, sözleşmenin tamamen hükümsüz kalması hastanın aleyhine sonuçlar doğuracağı için reddedilmiştir. Ancak Mahkeme sözleşmede yer alan kurtarıcı kaydın sözleşmenin esaslı unsurlarındaki geçersizliğe ilişkin olması halinde, kurtarıcı kaydın varlığına rağmen sözleşmenin tamamen hükümsüz olacağını belirtmiştir. OLG Frankfurt a.M. 11.10.1995-VIII ZR 25/94. Alman Hukuk doktrininde genel işlem şartlarında kullanılan kurtarıcı kayıtların geçerli olup olmayacakları meselesi tartışmalıdır. Bkz: MICHALSKI/RÖMERMANN; “**Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel**”, NJW, 1.Hb., 1994, s. 886.

³¹⁷ BÖHME; **a.g.e.**, s. 76.

kendilerinin belirlediği kaydın ikame edileceğini kararlaştırabilirler³¹⁸. İşte tarafların sözleşmenin sakat kısmının yerine yukarıda saydığımız şekilde başka bir hükmün alması yönünde öngördükleri kayıtlara “ikame kayıtları” denir³¹⁹. Örneğin, edimler arası dengesizliğin ortaya çıkması ihtimali karşısında sözleşmede, edime ilişkin kaydın geçersizliği halinde piyasa rayıcı veya para değerindeki değişimin esas alınacağına ilişkin konulan kayıtlar, tarafların sözleşme ile bağlı kalmaya devam etmek istediklerini gösterdiği gibi, bir nevi ikame kayıt olarak değerlendirilebilir. Ancak Alman Hukukunda ikame kayıtları, BGB § 139 hükmü ile sınırlı olarak uygulanmadığı için, bu tür kayıtlara sözleşme yapılırken yer verilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşme yapıldıktan sonra da ilave hükümler ile eklenmesi de mümkündür³²⁰. Burada ikame kayıt ile tarafların amacı, aslında sakat kısmın geçersiz kalmasından sonra oluşan sözleşme boşluğunu doldurmaktır.

Genel işlem şartlarında kurtarıcı ya da ikame kayıt konulması halinde, bu kayıtlar içerik denetimine tabi olmayacaktır. Bu kayıtlar şartı veya alışılmamış şartlar olarak da kabul edilmeyecek sadece açıklayıcı nitelikte oldukları kabul edilecektir³²¹.

Son olarak, gerek kurtarıcı kayıtların gerekse ikame kayıtlarının emredici hükümlere aykırı olmaması ve kanuna karşı hile oluşturulmaması gerekir. Aksi takdirde bu kayıtlar da kesin hükümsüz olacaktır³²².

³¹⁸ KASSELMANN; **a.g.e.**, s. 51; JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 13. Alman Yüksek Mahkemesi kararına konu olan bir sözleşmede yer alan ikame kaydı şu şekildedir: “Geçersiz bir kayıt, geçerli olan bir başka hükümle düzeltilir”. BGH BB 1980, s.336.

³¹⁹ JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 13. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 84. Ortaklık sözleşmelerinde taraflar bu tarz kayıtlarda objektif bir ölçü belirleyebilecekleri gibi, birbirlerine bir yükümlülük de izafe edebilirler. Şöyle ki; objektif bir ölçü olarak “geçersiz kayıt, tarafların ulaşmayı hedefledikleri ekonomik amacı gerçekleştirmeyi sağlayan en uygun kayıt ile düzeltilir” ya da bir yükümlülük olarak “taraflar geçersiz kaydın yerine ekonomik amaçlarını gerçekleştirmeyi sağlayan en uygun kaydı ikame etmekle yükümlüdürler” denilebilir. İkame kayıtları ilk bakışta usul ekonomisine uygun ve pratik çözümü sunuyor gibi gözükse de, anasözleşmede değişiklik yapmaya yönelmiş bu tarz kayıtların yardımıyla anasözleşmenin geçerlilik kazanması için paysahiplerinin belli orandaki çoğunluğunu (TTK.m.387) aramak gerekecek midir? Bu soru Alman Hukukunda ikame kayıtlar arasında bir ayırım yapılmak suretiyle cevaplandırılmaktadır. Eğer ikame kayıt, paysahiplerinin yasal olarak oranı tespit edilmiş çoğunluğunun kararı ile (GmbHG §§ 53 hükmüne göre 3/4) belirlenmesi esasından farklı bir şart içeriyorsa geçersiz olacaktır. O nedenle ikame kayıtları, mutlaka paysahiplerinin yasal olarak aranan orana sahip çoğunluğunun verdiği karar ile belirleneceği esasına dayanmalıdır (*Mitwirkungsklauseln*). SOMMER/WEITBRECHT; **a.g.m.**, s. 451 vd.

³²⁰ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 85.

³²¹ BÖHME; **a.g.e.**, s. 138.

³²² JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 14; LAMP; **a.g.e.**, s. 181 vd.; BÖHME; **a.g.e.**, s. 81-82.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİSMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜN TÜRLERİ

A- Kısmi Hükümsüzlüğün Türleri

1- Genel Olarak

Kısmi hükümsüzlük kurumunu düzenleyen BK.m. 20/f.2 hükmü, lafzı itibariyle sadece basit ve tam kısmi hükümsüzlüğü öngörmektedir. Yani sözleşmenin bir kısmının sakat olması halinde sözleşme ya kısmen hükümsüz olacak (BK.m.20/f.2) ya da tamamen hükümsüz olacaktır (BK.m.20/f.2 c.2). Ancak Türk Hukuk doktrininde kısmi hükümsüzlüğün türlerinin, sözleşmenin yalnızca sakat kısmının geçersiz olmasını ifade eden *basit kısmi hükümsüzlük*; geçersiz kaydın yerine geçerli kaydın ikame edilmesini ifade eden *değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* ve de bir kaydın geçersizliğinin geçerli olan diğer bazı kayıtların da geçersizliğine sebep olduğu durumlarda *genişletilmiş kısmi hükümsüzlük* olmak üzere üç grupta incelendiği görülmektedir¹. İsviçre Hukuk doktrininde, genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün diğer kısmi hükümsüzlük türlerinden net bir biçimde ayrımı yapılmış değildir². Başka bir deyişle, genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün (*erweiterte Teilnichtigkeit*) bağımsız bir tür olarak ele alındığını söylemek zordur. Alman Hukukunda ise kısmi hükümsüzlük türleri arasında ayrıca genişletilmiş kısmi hükümsüzlük kavramına rastlamamaktayız³. Biz de genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir nevi değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olduğunu kabul ettiğimiz için, bu hükümsüzlük biçimini de değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak ele alıp incelemeyi uygun gördük.

Son olarak ifade etmemiz gerekir ki, TTK.m.1466 hükmünün değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramı ile uygulandığını kabul etmediğimiz için, bu madde hükmünün kıyasen veya doğrudan uygulandığı yahut ihlal edilen normun anlam ve

¹ BAŞPINAR; *a.g.e.*, s. 149 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; *Borçlar Hukuku*, s. 601 vd.; ATEŞ; *a.g.e.*, s. 286 vd.

² Kısmi hükümsüzlüğü basit ve değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olarak ikiye ayırarak inceleyen yazarlar olarak bkz: ZUFFEREY-WERRO; *a.g.e.*, s. 343 vd; KRAMER; *Art.19-20 OR*, Rn. 353; 362; Genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğü, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanma biçimlerinden biri olarak gören yazarlar için bkz: HÜRLIMANN; *a.g.e.*, s. 54 vd.

³ Bkz: JAUERNIG; § 139 BGB, Rn.1 vd., STAUDINGER/ROTH; § 139 BGB, Rn. 2 vd.; STAUDINGERS; § 139 BGB, Rn.1 vd.

amacından indirim yaptırımının uygulanması gerektiği anlaşılan durumlarda düşey şekilde gerçekleşen kısmi hükümsüzlük olarak ifade ettiğimiz kısmi hükümsüzlüğü farklı bir başlık altında inceleyeceğiz. Düşey kısmi hükümsüzlük yolu ile gerçekleşen indirim imkanı, bölünebilirlik başlığı altında incelediğimiz üzere, sözleşmenin anlaşma-alt anlaşma ve nicel kısımları itibariyle bölünebilirliğini kabul etmekle mümkün hale gelmektedir.

2- Basit Kısmi Hükümsüzlük (*Yatay Kısmi Hükümsüzlük*)

a- Tanımı ve Özellikleri

Sakatlığın sözleşmenin bir kısmına ilişkin olduğu bir durumda, bu kısmın sözleşmeden çıkarılmasından sonra sözleşmenin geri kalanı bağımsız olarak ayakta kalabilecek nitelikte ise, sözleşme bu kısım olmaksızın geçerliliğini korur ve bu durumda basit kısmi hükümsüzlük söz konusu olur. Bu açıklamadan yola çıkarak bir tanım verecek olursak; *sakatlığın sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması halinde, yalnızca bu kısmın hükümsüz olmasına basit kısmi hükümsüzlük* denir. Türk- İsviçre Hukuk doktrininde “*basit ya da yatay kısmi hükümsüzlük*” (*schlichte- einfache Teilnichtigkeit-Nullité partielle simple*) olarak adlandırılan⁴ bu tarz kısmi kısmi hükümsüzlüğün gerçekleşmesi için; sözleşmenin bölünebilir olması ve geçersiz kısmın taraflar açısından *olmazsa olmaz (conditio sine qua non)* unsur olarak görülmemesi gerekir⁵. Tarafların farazi iradelerinden, sakat kısmın niteliğinde bir unsur olduğu kanaatine varılamıyor ise; basit kısmi hükümsüzlüğü uygulamak hem pratik hem de kısmi hükümsüzlüğün *ratio* legisine uygundur. Zira bu halde taraflar basit kısmi hükümsüzlük durumunda sözleşmeyi en az zararla kurtarmış olurlar. Hatta tarafların farazi iradelerinin ne yönde olduğu konusunda tereddüt edilse dahi, daha önce de ifade ettiğimiz üzere BK.m.20/f.2’yi uygulama imkânı varken, BK.m.20/f.1’e gidilmemesi gerekmektedir.

⁴ Yatay kısmi hükümsüzlük kavramı ile basit kısmi hükümsüzlük kavramları aslında doktrinde birbiri ile eş anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Yatay kısmi hükümsüzlük kavramı için bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 219, dn. 111; KANETİ; **a.g.e.**, s.14, dn.55, 57; KALKAN; **a.g.e.**, s. 150. Basit kısmi hükümsüzlük kavramı için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 25; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 149; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 608; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 286; ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 270.

⁵ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 74; GUHL/MERZ/KOLLER; **a.g.e.**, s. 43; KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn.353; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 702. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 343.

Basit kısmi hükümsüzlük halinde, sakat olmayan kısımlar hiçbir değişikliğe uğramadan aynen geçerliliğini korumaya devam eder. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı eski kararlarında kavram olarak açıkça zikretmeksizin basit kısmi hükümsüzlüğü uygularken, son kararlarında açık bir şekilde basit kısmi hükümsüzlük kavramını kullanmaktadır⁶. Şimdi pozitif hukuktan çeşitli örnekler vererek durumu açıklayalım. 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun⁷, 16/6/1994 tarih ve 539 sayılı KHK ile değişik m.9/f.4 gereği, sigorta şirketleri tescil ve ilan ettiği kapsamın dışında tali acentelerine prim tahsil etme yetkisi veremez. Sigorta şirketinin tali acentesi ile yaptığı acentelik sözleşmesinde bu tarz bir yetkiyi içeren kayıt bulunması halinde, *-BK. m.20/f.2 c.2 gereği tarafların farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça-* acentelik sözleşmesinin tamamı yerine, sadece bu kayıt hükümsüz kalacaktır.

Yine paylı mülkiyette paydaşların idame-i şuyu sözleşmesinde belirledikleri süre sonunda sözleşmenin tekrar yenileneceğine dair yükümlülük altına girmeleri ve yenilenmemesi durumunda cezai şart ödeneceğine ilişkin bir kayıt geçersizdir⁸. Ancak böyle bir halde sözleşmenin sadece bu kayıt bakımından geçersizliği mümkün iken, tam hükümsüzlüğü yoluna gidilmemelidir. Yeter ki tarafların farazi iradelerinden bu kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılсын (BK.m.20/f.2 c.2).

b- Zorunlu Basit Kısmi Hükümsüzlük

Basit kısmi hükümsüzlük az önce de ifade ettiğimiz gibi, BK.m.20/f.2 c.2 gereği tarafların farazi iradelerinden tam hükümsüzlük sonucuna ulaşılmadığı durumlarda ortaya çıkmakla beraber, bazı hallerde kanun hükmü ya da dürüstlük kuralının etkisi gereği zorunlu olarak da ortaya çıkabilir⁹. Bir başka deyişle zorunlu basit hükümsüzlük olarak kabul ettiğimiz durum, bazı hallerde kanun hükmü ya da dürüstlük kuralı gereği ortaya çıkarak, bölünebilirlik ile ilgili belirlediğimiz

⁶ Ayrıca bkz: BGE 130 III 74; 127 III 529.

⁷ RG. T. 30.12.1959, S.10394.

⁸ Zekeriya KURŞAT; **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, Arıkan, İstanbul, 2008, s. 203-204.

⁹ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 195-197.

prensipler çerçevesinde uygulama alanı bulur. Bu hallerde BK.m.20/ f.2 c.2 gereği tarafların farazi iradelerinin ne yönde olduğunun bir önemi yoktur¹⁰. Kısaca;

a-) İhlal edilen normun, sözleşmenin zayıf tarafını ve ekonomik kamu düzenini koruma amacına sahip olan emredici nitelikte bir hüküm olması **veya**

b-) Kanun hükmünün açık lafzından kısmi hükümsüzlük sonucu çıktığı durumlarda **veya**

c-) BK.m.20/f.2 c.2 gereği tam hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmesi¹¹ **ve**

d-) geçersiz kısım olmaksızın da sözleşmenin ayakta kalabileceği hallerde zorunlu basit kısmi hükümsüzlüğün uygulanması söz konusu olacaktır. Tüm bu hallerde, emredici hükme aykırı sözleşme hükmü olmaksızın taraflara farazi iradelerinin aksi yönde olduğunu ispatlama imkânı verilmez¹².

Şimdi tüm bu açıklamalardan sonra zorunlu basit kısmi hükümsüzlüğe ilişkin örnekler vererek, açıklamalarımızı berraklaştıralım. Örneğin, *lex commisorio* yasağına aykırılık halinde ilk bölümde açıkladığımız üzere yalnızca rehinli malın mülkiyetinin borcun ödenmemesi halinde alacaklıya geçmesini öngören kayıt hükümsüz olup, sözleşme bu kayıt olmaksızın geçerliliğini korumaya devam edecektir¹³. Yine bileşik faizi¹⁴ yasaklayan emredici nitelikteki BK.m.308/f.3 ve TK.m.8/f.2 hükümlerine aykırı şekilde kararlaştırılan sözleşme kayıtları hükümsüz olacağı gibi, söz konusu kayıt kısmi hükümsüzlükten zarar gören taraf açısından BK.m.20/f.2 c.2 anlamında *olmazsa olmaz* bir unsura ilişkin olsa dahi, tam hükümsüzlük ileri sürülemeyecektir¹⁵. Nitekim bu hükümler ile sözleşmenin zayıf tarafı veya ekonomik kamu düzeni açıkça korunmak istenmektedir.

¹⁰ ABEGG; **a.g.m.**, s. 1121; ABEGG; **a.g.e.**, s. 202-203.

¹¹ BK. m. 20/f.2'nin koruma amacı çerçevesinde tam hükümsüzlük talebinin engellenebilmesi ile ilgili açıklamalarımız için bkz: yuk. s. 23 vd.

¹² GIGER; **a.g.e.**, s. 128-189; ATAMER; **Genel İşlem Şartları**, s. 225-226; Aksi yönde bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 99.

¹³ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 195. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 601. REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 135. Bu konuda detaylı bilgi için bkz: yuk: s. 33 vd.

¹⁴ Türk Hukukunda bileşik faiz "*faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi*" şeklinde tanımlanmıştır. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 246.

¹⁵ GIGER; **a.g.e.**, s. 41. **Başpınar**, bileşik faizi içeren bir ödünç sözleşmesinde batıl kayıttan zarar gören tarafın (ödünç veren) kısmi hükümsüzlük yönündeki talebi karşısında hakimin artık tam hükümsüzlüğe karar veremeyeceğini ileri sürmekte ve bu sonuca BK. m.20/f.2'nin koruma amacından yola çıkarak ulaşmaktadır. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 99. BK. m.20/f.2'nin kısmi hükümsüzlükten zarar göreni koruma amacı ile ihlal edilen normun zayıf tarafı koruma amacının

Lafzından açıkça zorunlu kısmi hükümsüzlüğün düzenlendiği durumlara en iyi örnek, sınaî hakların kısmi hükümsüzlüğüne ilişkin hükümlerdir (556 sayılı KHK m. 42/f.2, 554 sayılı KHK m. 43/son, 551 sayılı KHK m. 129/ f.3)¹⁶. Gerçekten de söz konusu madde hükümlerine göre, hakkında hükümsüzlük kararı verilmeyen istemler/ürünler/kısımlar bakımından ilgili sınaî hakka ilişkin koruma ve tescil geçerliliğini korumakla birlikte, ilgili sınaî hakkın tamamen hükümsüzlüğü konusunda ilgili sınaî hak sahibinin ya da hükümsüzlüğü talep edenin farazi iradesine başvurulmaz.

Bu konuya ilişkin verilebilecek bir diğer örnek zamanaşımı def'inden önceden feragat edilemeyeceğine ilişkin BK.m.139/f.1 hükmüdür. Sözleşme yapılırken zamanaşımı def'inden vazgeçilmesi halinde, yalnızca bu kayıt hükümsüz olacak ve sözleşmenin geri kalanı geçerliliğini korumaya devam edecektir. Yine bir hizmet sözleşmesi ile, işçinin yıllık izin hakkını kullanmayacağı, kullandığı takdirde işverene bu süreye ilişkin ücret tutarında cezai şart ödeyeceği yönündeki kayıt geçersizdir. Zira yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği İK.m.53/f.2 hükmünde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Yine, Borçlar Kanunu 189/f.3 ve 196. maddelerinde de zorunlu basit hükümsüzlüğün örneğini görmek mümkündür¹⁷. Bu maddelerden BK.m.189/f.3'e göre, satıcı üçüncü şahsa ait olan hakkı bilerek gizlemiş ise, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her kayıt hükümsüzdür. BK.m.196'ya göre ise, satıcı satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemiş ise, tekeffül sorumluluğunu

çakıştığı durumlarda kanaatimce ihlal edilen normun anlam ve amacına öncelik tanıyarak hareket etmek gerekmektedir. Zira BK. m.20/ f.2 hükmü *favor contractus* ilkesi çerçevesinde cari olan kısmi hükümsüzlük kuralının kanundaki genel çerçevesidir. Bunun dışında mevzuatın çeşitli kısımlarında kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına yönelik açık veya örtülü biçimde emredici hükümlere rastlamak mümkündür. Bu noktada, lafzı gereği açıkça olmasa dahi anlam ve amacı gereği zorunlu kısmi hükümsüzlüğün uygulanması ihtimalini daima göz önünde bulundurmak gerekir. Bu anlamda kısmi hükümsüzlükten zarar gören taraf ödünç veren olmasına rağmen, bileşik faizi (faize faiz) yasaklayan emredici normun koruma istediği taraf ödünç veren değil ödünç alandır. Bu sebeple ihlal edilen emredici normun koruma amacına uygun olarak ödünç alan lehine zorunlu basit kısmi hükümsüzlüğü uygulamak gerekecektir. BK. m. 20/f.2'nin koruma amacının tam hükümsüzlüğü engellemesi meselesinde MK.2/f.2 hükmünün işlevini unutmamak gerekir. Şöyle ki, örneğin mahalli örf-âdete göre belirlenen alüminyum fiyatının oldukça üzerinde ve hatta ahlaka aykırı bir fiyat üzerinden alüminyum satan kimse, daha sonra alıcıya bu fiyat üzerinden satmaya hazır olduğunu bildirmesi üzerine artık alıcının tam hükümsüzlük iddiası dinlenilmemelidir. Eğer satıcının sözleşmeyi cari fiyat üzerinden geçerli tutma yönünde bildiri olmazsa o takdirde sözleşme BK. m.20/f.2 c.2 gereğince tam hükümsüzlük ihtimali ile karşılaşacaktır.

¹⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. aşa: s. 272 vd.

¹⁷ GIGER; **a.g.e.**, s. 35-36.

kaldıran veya sınırlayan her kayıt hükümsüzdür. Madde hükümlerindeki şartlar gerçekleştiğinde, satıcının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan kayıt, BK.m.20/f.2'deki tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri dikkate alınmaksızın hükümsüz olacaktır.

Son olarak, Medeni Kanununun 893.maddesinin son fıkrasına göre¹⁸, tescile tabi kanuni ipotek kurulmasına ilişkin haktan “önceden feragat” edilmesi hak sahibini korumak amacı ile yasaklanmıştır. Böylece yapı alacaklısının yapıya ilişkin eser sözleşmesini yapmasından veya alacağı doğuran işi tamamlamasından önce kanuni ipotek hakkından feragat edilmesine ilişkin sözleşme BK.m.20 uyarınca göre hükümsüz olacaktır. Haktan feragat edilmesine ilişkin anlaşma, yapı alacaklısının eser sözleşmesi içinde yer alıyorsa, BK.m.20/f.2'ye göre yalnız bu şart geçersiz olup, eser sözleşmesi geçerli kalır.

3- Değiştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük

a- Genel Olarak Tanımı ve Türleri

İsviçre Hukukunda “*modifizierte Teilnichtigkeit-nullité partielle modifiée*”¹⁹ olarak ifade edilen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, teorik olarak sözleşmedeki münferit anlaşmanın bölünmeksizin tamamen geçersiz kalacağı ve yerine geçerli hükmün ikame edileceği esasına dayanmaktadır²⁰. Hatırlanacağı üzere, BK.m.20/f.2'nin amacı hükümsüzlüğün “*tahrip edici etkisi*”ni ortadan kaldırmak ve *favor contractus* ilkesi uyarınca sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutabilmektir²¹. İşte sözleşmenin geçersiz kısmının yerine uygun bir hukuk kuralı ya da hakimin uygun gördüğü kaydın ikame edilmesi yoluyla geçerliliğini koruma çabası bu amaca hizmet etmektedir. Buna bağlı olarak, Türk-İsviçre Hukuk doktrininde baskın olarak kanundaki üst sınırı aşan kaydın dikey olarak kısmen geçersizliğinin

¹⁸ Kat Mülkiyeti Kanunu 22. maddesi de bu hükme atıf yapmaktadır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR; **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 757-758.

¹⁹ HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn. 17; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 75; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 703; ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s.345. Türk Hukuk doktrininde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı oldukça fazla taraftar toplamıştır. EREN; **a.g.e.**, s. 305; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.152-153; ATEŞ; **a.g.e.**, s.288; Değişik kısmi hükümsüzlük kavramı için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 602.

²⁰ HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn. 17. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 75. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 703. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s.345.

²¹ BGE 123 III 298. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.693. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 345.

sağlanamayacağı, bunun yerine söz konusu nicel kaydı içeren anlaşmanın tamamen geçersiz olacağı ve yerine yasal ya da caiz sınırın ikame edileceği kabul edilmektedir²².

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, sözleşmede yer alan münferit bir anlaşmanın kendi içerisinde bölünme kabul etmeksizin geçersiz olmasını ve yerine geçerli bir anlaşmanın ikame edilmesi suretiyle uygulanmaktadır²³. Sakat kısmın yerine geçecek kısım bakımından ise sözleşme boşluğunun doldurulması meselesi gündeme gelecektir. Bu konuyu detaylı bir şekilde kısmi hükümsüzlüğün sonuçlarına ilişkin dördüncü bölümde yer vermemize rağmen, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için kısaca bazı bilgileri vermekte fayda vardır. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük çerçevesinde söz konusu, sözleşme boşluğu öncelikle emredici ya da tamamlayıcı bir hukuk kuralı ile doldurulmaya çalışılacak; böyle hükümlerin bulunmaması halinde ise tarafların farazi iradelerine başvurulacaktır²⁴. Sözleşmedeki boşlukların doldurulması amacı ile yapılan yoruma “tamamlayıcı yorum” adı verilir ve tamamlayıcı yorum sayesinde kısmi hükümsüzlüğün varlığı ispatlanarak, işlemin tamamen hükümsüzlüğü engellenmiş olur²⁵.

Bununla beraber, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında, ikame hükmün kaynağı kanun ya da tarafların farazi iradeleri olmak üzere ikiye ayrılır. Her iki durumda da, uygulanacak hükmün ve sözleşmenin niteliği dikkate alınması gerekmektedir. Bu anlamda örneğin, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, genel ahlaka aykırılıklar yönünden *nicel (quantitative)* unsurlar taşıyan sözleşmelerde de uygulanabilir. Ancak bu uygulama yalnızca, kanunda üst sınırın öngörülmediği ya da anlam veya amacından indirim yaptırımının uygulanması gerektiğinin anlaşılmadığı durumlarda söz konusu olabilir. Örneğin, kararlaştırılan edimler arasında dengesizlik, taahhüdün yoğunluğu ve süresi gibi kriterlerle borçlunun özgürlüklerinin kişilik

²² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 31; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 607; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 163 vd., 169; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 293; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 706; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 78, 82, 110.

²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 25; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 607. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 152 vd.

²⁴ Geniş bilgi için bkz. aşa: s. 251 vd.

²⁵ AKYOL; **Sözleşmenin Yorumu**, s.126, 128. Ayrıca bkz: Yeşim ATAMER; “**Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler**”, İÜHF, C: LXIII, S:1-2, 2005, s. 177 vd.

haklarına aykırı şekilde aşırı bağlanma hallerinde söz konusu sakat kısım, objektif ve subjektif kriterler dikkate alınarak tarafların farazi iradeleri doğrultusunda uygun bir nicel kayıt ile düzeltilmesi söz konusu olabilir²⁶. Şimdi, sakat kısmın yerine ikame edilecek hükümlerin kaynağına göre kısaca değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün türlerini incelemekte fayda vardır.

i. Sakat Kısımın Yerine Kanunun Emredici ya da Tamamlayıcı Hükümün Geçmesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, sakat kısmın yerine emredici ya da tamamlayıcı hükümün ikame edilmesi suretiyle gerçekleşebilir. Sözleşmenin sakat kısmının yerini emredici hükümün almasına pek çok örnek göstermek mümkündür. Örneğin; borçlunun satılan malda bulunan ayıbı alacaklıdan hile ile gizlemiş olmasından doğan sorumluluğunu daraltan veya kaldıran her şartın kesin hükümsüz olduğunu öngören BK.m.196 ve tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler bakımından benzer düzenlemeyi öngören TKHK.m.4/f.5 hükmüne aykırı olduğu tespit edilen sorumsuzluk kayıtları da aynı şekilde hükümsüz olacaktır²⁷. BK.m.99 ve 100'ün özel görünüm şekilleri olan ve sözleşmenin zayıf tarafını koruyan bu tarz hükümlere aykırılık halinde de geçersiz kaydın yerine söz konusu tamamlayıcı nitelikteki hükümlerde yer alan sınırlar geçecektir²⁸.

Aynı şekilde, vekalet sözleşmesi bakımından BK.m.396 hükmü uyarınca, tarafların her zaman sözleşmeyi sona erdirmeleri mümkündür. Bu hüküm emredici nitelikte olmakla beraber, aykırılık halinde tarafların vekaletten azil ve istifasının her zaman mümkün olduğuna ilişkin hüküm geçecektir²⁹. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun³⁰ 6.maddesine göre; toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet

²⁶ ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 346 vd. Sözleşmede kişilik haklarına aykırı nicel kayıtlar bulunması halinde tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın uygulanan nisbi hükümsüzlük görüşü ve tartışmalar için bkz: yuk: s.131 vd.

²⁷ Bu tarz kayıtlar genellikle tüketicinin haklarının tamamının bertaraf edilmesi; tamiri isteme dışında tüm hakların bertaraf edilmesi, tazminat hakkının kaldırılması veya sınırlanması veya kusurun sadece belirli dereceleri için sorumluluğun kaldırılması şeklinde ortaya çıkabilir. ATAMER; **a.g.e.**, s. 253.

²⁸ Sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili açıklamalarımız için bkz: yuk: s.31 vd.

²⁹ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 86. YAVUZ; **a.g.e.**, s. 663.

³⁰ RG T.07.05.1983, S.18040.

akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Burada görüleceği üzere, tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmadan doğrudan kanuni bir değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük hali düzenlenmiştir. Nitekim burada, BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tarafların hükümsüz kısım olmasaydı hizmet sözleşmesinin yapılmayacak olduğu iddiası dinlenmeyecektir³¹. Aynı şekilde, tüketicilerin özel olarak korunmasını gerektiren mal ve hizmetlere ilişkin, devlet tarafından öngörülen sınırlamalar ve fiyat listelerinde (*örneğin x gramajlı bir ekmeğin fiyatı, x-y arası dolmuş ücretine ilişkin fiyat tarifesi vb.*) yer alan meblağlara aykırı kayıtların varlığı halinde, doğrudan ilgili sözleşme hükmü geçersiz kalarak sözleşmenin yasal tarife üzerinden geçerliliği devam edecektir.

Yukarıda verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin sakat kısmının emredici hüküm ile ikame edilmesi halinde, tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri dikkate alınmayacaktır. Bu özellik, ikame edilen hükmün emredici hüküm olmasından kaynaklanmaktadır³². Sözleşmenin sakat kısmının tamamlayıcı hüküm ile ikame edilebilmesi için ise, bunun sözleşmenin genel içeriği ve diğer hükümleri ile uyum içerisinde olması gerekir³³. Sözleşmenin sakat kısmının yerine, kanundaki tamamlayıcı hüküm ile ikame edildiği hallere çeşitli örnekler verelim. İsviçre Hukukunda OR Art. 257a hükmü uyarınca yan giderler kira sözleşmesinde açıkça gösterildiği sürece kiracı bu giderleri de ödemekle yükümlüdür. Yan masraflara ilaveten sayılan başkaca masrafların neler olduğu hususu açıkça gösterilmediği takdirde, sadece bu kayıt hükümsüz olacak ve kira ücretinin kapsamı sadece kanun hükmünde sayılan masraflar içererek şekilde geçerli olacaktır³⁴. Tarafların yaptıkları sözleşmede, alıcının BK.m.202’de belirtilen seçimlik haklarını tamamen kaldırmaları durumunda, söz konusu kaydın geçersizliğinden sonra, söz konusu kayıt tamamlayıcı hüküm olan BK.m.202’deki seçimlik hakları içeren bir hüküm ile ikame edilecektir. Aynı şekilde, tarafların

³¹ Ercan AKYIĞİT; **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 28.

³² TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 83; KRAMER; **Art.19/20 OR**, Rn.358; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 712; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 85-86; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 29; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 155.

³³ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 84; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s.29; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 159.

³⁴ HONSELL; **Art. 257a-b OR**, Rn. 6. BGer 4P.309/2004; 4C.250/2006.

kararlaştırdığı fesih hükmünün sakat olması halinde, bu kısmın yerini, kanunda feshe ilişkin uygulanabilir hükümlerden biri alır³⁵.

ii- Sakat Kısımın Yerine Tarafların Farazi İradelerine Göre Tespit Edilen Hükümün Geçmesi

Yukarıda belirttiğimiz üzere, sözleşmenin sakat kısmının yerine ikame edilmek üzere kanunda emredici veya tamamlayıcı bir hüküm bulunmaması halinde, tarafların farazi iradelerine başvurulur³⁶. Sözleşmenin sakat kısmının yerine tarafların farazi iradelerinin geçmesi imkânı BK.m.20/f.2’de açıkça düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramının, sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulmasını sağlamak amacı ile böyle bir çözümlü de makul gördüğünü söylemek gerekir. Tarafların farazi iradelerinin tespiti özellikle, ahlaka aykırı taahhütlerle özgürlüklerin aşırı ihlalinin ve aşırı bağlanmanın ortaya çıktığı durumlarda önem kazanmaktadır. Bu durumlarda aşırı bağlanmanın ya da özgürlükleri kısıtlayan taahhütler için kabul edilebilir makul sınırın ne olduğunun tespiti oldukça güç hukuki bir meseledir. Zira bu tarz durumlarda her somut olaya uygulanabilecek genel bir kural bulmak zordur. Hakimin yapacağı şey, sözleşme kaydının bütünü ile mi MK.m.23/f.2’ye aykırı düştüğünü, yoksa böyle olmayıp sadece belirli sınırları aştığı için ahlaka ve dolayısıyla MK.m 23/f.’ye aykırı olduğunu araştırmak olmalıdır. Kanunda üst sürenin tespit edildiğı hükümlerden koruma amacına sahip olmayan bazı hükümlere aykırılık halinde oluşacak sözleşme boşluğunun doldurulmasında tarafların farazi iradeleri dikkate alınması söz konusu olabilir. Bu anlamda gerçekleşecek olan geçerliliğı koruyan indirim (*geltungserhaltende Reduktion*), değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bunun dışında, örneğın normun anlam ve amacından indirim yaptırımının uygulanmasının gerekli olduğu sonucuna varıldığı “üst sınır” hükümlerine aykırılık halinde kanaatimizce düşey kısmi hükümsüzlük uygulanacaktır. Burada “üst veya alt” sınır hükümlerinin hukuki niteliğinin emredici ya da yedek hukuk kuralı niteliğinde oluşu kanaatimizce önem arz etmemektedir. Bu

³⁵ HÜRLIMANN; a.g.e., s.83; BAŞPINAR; a.g.e., s.159

³⁶ ZUFFEREY-WERRO; a.g.e., s.346; BAŞPINAR; a.g.e., s. 161; ATAMER; **Sözleşme Boşlukları**, s. 186 vd.

tarz hükümlerin niteliği yedek hukuk kuralı olsa dahi TTK.m.1466'in de atfiyla bu hükümlerin hukuki işlemin genelde zayıf olan tarafının menfaatlerini koruyan *koruyucu* kurallar olduğu kabul edilmelidir³⁷. Bu görüşümüzü daha ayrıntılı bir şekilde ileriki ana başlık altında açıklayacağız.

d- Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük

Türk Hukuk doktrinde büyük bir çoğunlukla³⁸ kısmi hükümsüzlüğün türlerinden biri olarak ifade edilen “genişletilmiş kısmi hükümsüzlük” (*erweiterte Teilnichtigkeit*); *tarafların farazi iradelerinden sözleşmedeki sakat kısım ile birlikte, bu kısım olmaksızın geçerli kısımların da olmayacağı sonucuna varılması halinde, geçerli bazı kısımların da geçersiz olmasıdır*³⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, genişletilmiş kısmi hükümsüzlük kısaca, sözleşmenin bir kısmındaki geçersizliğin sözleşmenin geçerli olan diğer kısımlarını geçersiz bırakması halidir. Bu etkileme; sözleşmenin bir kısmındaki hükümsüzlüğün, başka geçerli hükmün de geçersizliğine sebep olması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; bir hükmün geçersiz kalmasından sonra geçerli bir diğer hükmün yerine tarafların farazi iradelerine göre tespit ettiği başka bir hükmü ikame edilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir⁴⁰. Hatta **Gauch/Schluep**, genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğü, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte dikkate alınan farazi iradelerin götürdüğü sonuçlardan birisi olarak görmektedir⁴¹. **Hürlimann** da, sözleşmenin bir kısmındaki hükümsüzlüğün, başka geçerli hükmün de geçersizliğine sebep olması halinin, tam hükümsüzlüğün daraltılarak uygulanması olarak düşünen yazarların bulunduğunu ifade etmekle beraber⁴²; genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün

³⁷ Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 52; Otto SANDROCK; **Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht**, Köln, 1966, s. 14-23.

³⁸ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 172. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 604. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 32. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 294. ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 269.

³⁹ Doktrinde genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün *favor contractus* ilkesine uygun olduğu ve sözleşmenin ayakta kalabilmesi için geçerli kısımların da geçersizlikten etkilenmesinin yadrganmaması gerektiği ifade edilmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s.33. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 172.

⁴⁰ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 92. PIOTET; **a.g.m.**, s.102. TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 96. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**; Rn. 705.

⁴¹ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 705.

⁴² HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 90.

uygulanmasından ibaret olduğunu ifade etmiştir⁴³. Yukarıda belirttiğimiz ihtimallerden ikincisinde esasen, geçersiz hüküm geçerli başka hükümlerin geçersizliğine yol açmakla birlikte, bu geçersizlik sonucu oluşan boşluğun yine tarafların farazi iradeleri ile doldurulması söz konusudur. Bu açıdan değerlendirildiğinde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak ifade edilmesinde bir sakınca da yoktur. Ancak bu ihtimal de doktrinde “genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile bir arada bulunduğu bir durum” olarak ifade edilmiştir⁴⁴.

Geçersiz bir hükmün yerine emredici ya da tamamlayıcı hükümlerde yer alan kayıt ikame edildiği vakit, tarafların farazi iradelerini dikkate alarak, geçerli başka bir hükmün de geçersiz olması sonucunu doğuracak şekilde genişletilmiş kısmi hükümsüzlük uygulanması söz konusu olamaz. Sakat kısmın yerine geçen kaydın tamamlayıcı nitelikli bir hüküm ile doldurulması halinde, olsa olsa bu hükmün sözleşmenin geri kalan hükümleri ile uyum içerisinde olmadığı gerekçesiyle, söz konusu boşluğun tarafların farazi iradeleri ile doldurulmaya çalışılmasından söz edilebilir⁴⁵. Ancak kanaatimizce bu çözüm pek isabetli değildir. Zira ileride kısmi hükümsüzlüğün sonuçlarına değinirken bahsedeceğimiz üzere, geçersiz kaydın yerine tamamlayıcı nitelikte bir hükmün ikame edilmesinden sonra nasıl ki tarafların BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri dikkate alınarak tam hükümsüzlük ya da yine farazi iradeleri uyarınca boşluğun doldurularak geçerliliğin sağlanması kabul ediliyorsa, burada da aynı çözümün benimsenmesi için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu uygulama genellikle edimlerden birinin geçersizliğinden sonra, geçerli olan başka bir edimin miktarının azaltılması ya da çoğaltılması şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi geçersiz olan edimlerden birinin düzeltilmesinden sonra, geçerli olan başka bir edimin de düzeltilmesi şeklinde karşımıza çıkabilir. Örneğin sözleşme ile teslimi taahhüt edilen miktarın ya da bedelin düzeltilmesi, teminat tutarının da değiştirilmesini gerektirebilir⁴⁶.

⁴³ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s.74.

⁴⁴ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 175.

⁴⁵ HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 91. Aynı yönde bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 174.

⁴⁶ ABEGG; **a.g.e.**, s. 208. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1952 yılında verdiği kararda, Atmosform AG şirketi patentli 1600 adet ürünü önceki lisans sahibinden devralarak patent sahibine lisans bedeli olarak 24.000 CHF öder. Ancak ürünlerden yalnızca 960 adedinin garanti kapsamında

Bunun dışında, genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasına ilişkin çeşitli görüş farklılıklarına değinmekte fayda vardır. İsviçre Hukukunda bir görüşe göre, sözleşmedeki bir kaydın emredici nitelikteki bir hükme aykırı olması halinde, tarafların bu geçersizliği bilmiş olsalardı, sözleşmede geçerli olan diğer kaydı farklı şekilde düzenlerlerdi şeklindeki farazi iradeleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, sözleşmedeki süre ya da yan edimlerden birinin emredici hükme aykırılık sebebiyle geçersizliği, bedelde indirim yapılmasına sebep olabilir⁴⁷. Bir diğer görüşe göre de, emredici hükümlere aykırılık halinde nasıl ki OR Art.20 Abs. 2'ye göre tarafların tam hükümsüzlük iddiaları dikkate alınmıyor ise, bu kısmi hükümsüzlüğün genişletilerek uygulanması halinde de farazi iradeleri dikkate alınmamalıdır⁴⁸. Bu görüşe göre, hükümsüzlüğün sebebi emredici hükümlere aykırılıktan kaynaklandığı için, tam hükümsüzlüğü veya genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması yolu ile engellenmelidir. Bu görüşü savunanlar yukarıda ifade ettiğimiz üzere, genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğün daraltılmasından ibaret olduğunu da savunmaktadırlar. Bu görüş uyarınca, bu hallerde tarafların farazi iradeleri sözleşmenin içeriğini düzeltici bir fonksiyon üstlenemez⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesi de 2000 yılında verdiği bir kararda, bir hizmet sözleşmesinde kararlaştırılan fazla mesai halinde ödenecek tutarın emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle geçersiz olduğunu tespit ettikten sonra, işverenin bu geçersizliği bilseydi ödenecek ücretin de indirilmesini isterdi yönündeki iddiasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir⁵⁰.

olduğunu öğrenmesinden sonra hata hükümlerine dayanarak kısmi iptal ve garanti kapsamında olduğunu zannederek ödediği bedelden indirim yapılmasını ister. Lisans alanın dağıtım yükümlülüğünün kapsamında bir hataya düşmüş olması sonucu nihai kullanıcıya karşı garanti yükümlülüğünün de kapsamının daraltılmasına ilişkin talebine karşılık, Mahkeme genişletilmiş kısmi hükümsüzlük ifadesini kullanmaksızın: “*davacı tarafından hata edilen kısmın düzeltilmesi, davalının karşı edimini oluşturan taahhüt edilen teslim miktarının indirilmesini gerektireceğinden, hata edilen kısmın karşı edimden bağımsız olduğu düşünülemez*” diyerek sözleşmede yalnızca belirtilen ücretin bir kısmını değil; aynı zamanda lisansı verilen ürünlerin miktarını da azaltarak sözleşmenin geçerliliğini sağlamıştır. BGE 78 II 216.

⁴⁷ Von TUHR/PETER; **a.g.e.**, s. 228. KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 355.

⁴⁸ GAUCH; **Teilnichtigkeit**, s. 98. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 98. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 712a; 700. ABEGG; **a.g.e.**, s. 209. ABEGG; **a.g.e.**, s. 208 vd.; 220.

⁴⁹ ABEGG; **a.g.e.**, s. 213.

⁵⁰ BGE 126 III 337. Benzer yönde kararlar için bkz: BGE 2P.251/2001; 2A.407/2001, E.5.2; E.5.3. ZR 85 Nr.46, s.118 (17.1.1986 tarihli Zürih Kantonu Özel Daire Kararı).

Tüm bu açıklamalardan sonra kanaatimizce genişletilmiş kısmi hükümsüzlük değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün türü olarak düşünülmesinde bir sakınca yoktur. Zira değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük özü itibariyle tarafların farazi iradelerinin dikkate alınması ile sözleşmenin içeriğinde bir değişiklik meydana getiren yapıda bir hükümsüzlük türüdür. Bu değişikliğin geçersiz bir kaydın geçerli bir kayıt ile ikame edilmesi ile geçerli bir kaydın da geçersiz bırakılması yolu ile gerçekleşmesi arasında nazari olarak farklılık bulunmamaktadır⁵¹. Her iki halde de, sakat kısmın yerine oluşan boşluğun tamamlayıcı ya da emredici hüküm ile doldurulmasında, tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmaması durumu söz konusudur.

Üstelik Alman, İsviçre ve Türk Mahkeme içtihatlarında da genişletilmiş kısmi hükümsüzlük kavramına rastlamamaktayız. Genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğe örnek teşkil edecek şekilde Alman Federal Mahkemesi'nin 1992 tarihli bir kararına konu olan olayda, restoran sahibi (R) ile bira fabrikası (B) arasında 20 yıl süre ile yapılan bira teslimi sözleşmesine göre restoran sahibi satım bedeli olarak toplam 80.000 Alman Markı ödemeyi taahhüt etmiştir⁵². Ancak 9 yıl sonra R'nin iflas etmesi üzerine, (B) satım bedelinin tamamını dava eder. Bunun üzerine (R), yerleşik içtihatlarda bira teslimi sözleşmelerinin süresinin en fazla 15 yıl olabileceğini, böylece sözleşmenin 16 ila 20 yıl arasındaki kısmına ilişkin bedeli kısmi hükümsüzlük sebebi ile ifa etmesi gerekmediğini savunmuştur. (B) ise hesaplama yapılırken sadece sözleşmenin süresinin dikkate alınmasının yetersiz olacağını, aynı zamanda satılan bira miktarının da dikkate alınması gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme böyle bir değerlendirme içine girmeksizin, sözleşmenin 5 yıllık kısmını ahlaka aykırılıktan (BGB § 138) geçersiz kabul ederken satım bedelini 20 yıl karşılığı 80.000 yerine 15 yıl karşılığı 60.000 Alman Markı olarak hesaplamıştır. Mahkeme bu kararının gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir: sözleşmenin süresinin indirilmesi, bu süreye bağlı olarak kararlaştırılan sözleşme bedelinin de indirilmesini gerektirebilir. Hakim, edimler arası dengesizliğin olduğu böyle bir durumda indirimin hangi esaslar çerçevesinde yapılacağına ilişkin genel geçer bir kural

⁵¹ *Gauch/Schluep* bu durumu sözleşmedeki değişikliğin genişletilmesi (*weitere Modifikationen*) ibaresi ile ifade etmektedirler. Bkz: GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 705.

⁵² BGH-Urteil, 8.4.1992, DB 1992 S. 2183.

belirlemekle yükümlüdür. Böyle bir kuralın tespiti hem taraf menfaatlerinin korunması hem de hukuk güvenliğinin temini için gereklidir⁵³.

4- Düşey Kısmi Hükümsüzlük (*İndirim Yaptırımı*)

Sözleşmenin bölünebilirliği kısmında açıkladığımız üzere, ihlal edilen normun anlam ve amacının, sözleşmenin nicel kısımları bakımından bölünebilirliği sonucunu ortaya çıkarması ile birlikte, bu kısımlar bakımından uygulanacak yaptırımın da **düşey kısmi hükümsüzlük** olacağını düşünmekteyiz. Sözleşmenin genel itibariyle nicel kısımlarında *indirime* veya sakat kısmın ihlal edilen normun amacına uygun şekilde *daraltma/sınırlamaya* müsait olması halinde karşımıza çıkan kısmi hükümsüzlüğü “düşey kısmi hükümsüzlük” veya “indirim yaptırımı” olarak ifade etmekteyiz. Bu tarz bir indirim yaptırımının BK.m.20/f.2 hükmünden değil; doğrudan ihlal edilen normun anlam ve amacından ortaya çıktığını kabul etmekle beraber, hukuki niteliği itibariyle genel olarak kısmi hükümsüzlüğe ilişkin özellikleri bünyesinden barındırması dolayısıyla kısmi hükümsüzlüğün türlerinden biri olarak kabul etmekteyiz. Alman Hukukunda da indirim yaptırımının BGB § 139 hükmünden kaynaklanmadığı ve hatta anılan hükmün indirim yaptırımının uygulanmasını zorlaştırdığı ifade edilmektedir⁵⁴. Zira anılan hüküm gereği yasal sınıra indirim yapıldıktan sonra tam hükümsüzlük konusunda tarafların farazi iradeleri aranacaktır ve çoğu durumda indirimden sonra ortaya çıkan yeni

⁵³ Kararlaştırılan süreden önce sözleşmenin feshedilmesi halinde eğer bu sürenin bir kısmı ahlaka aykırılık sebebiyle indirime tabi tutulursa, önceden ödenen bedelin iadesinde ilk yapılması gereken karşı edimin indirilmesidir. Karşı edimin (satım bedeli) indirilmesinde “oransal indirim” esası tercih edilmektedir. Yani somut olayda 20 yıl için 80.000 Alman Markının önceden ödenmesi ve sözleşmenin de 9 yılın sonunda feshedilmek istenmesi halinde çözüm şu şekilde olacaktır: sözleşmenin süresi 15 yıla indirilecek ve toplam $80.000 \times 15 / 20 = 60.000$ Alman Markından $60.000 \times 6 / 15 = 24.000$ Alman Markının iadesi mümkün olacaktır. 9 yıldan sonraki 6 yıllık kısımdan dönüldüğü için bu kısım için önceden ödenen meblağ da sebepsiz zenginleşme çerçevesinde iade edilebilecektir. MEILICKE/WEYDE; “*Ist der Fall der Teilnichtigkeit von Verträgen vertraglich nicht mehr regelbar?*”, Der Betrieb, 1994, s. 821–822.

⁵⁴ DEUBNER; *a.g.m.*, s. 109, dn. 19; PALANDT/HEINRICH; § 139 BGB, Rn. 14. Ancak doktrinde indirimden sonraki sözleşmenin geçerliliği için tekrar ayrıca tarafların farazi iradelerine başvurulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Zira tam hükümsüzlüğü kural olarak getiren BGB § 139’un ikinci cümlesi uyarınca sözleşmenin kısmen hükümsüzlüğü yönünde verilen ilk talep, sözleşmenin indirimden sonraki durumunu da kapsamına alır. Zira taraflardan biri sözleşmenin tamamını istememiş olsaydı, indirimin yapılacağı sınıra itiraz etmesi gerekirdi. DEUBNER; *a.g.m.*, s. 109.

sözleşmesel ilişki ve menfaat dengesinin dürüstlük ilkesi gereği kabul edilebilir bir ölçüde olup olmadığının denetimi yapılmak zorunda olacaktır⁵⁵.

Düşey kısmi hükümsüzlüğün, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükten en önemli farkı; nicel kısmın hükümsüzlüğünün kural olarak sözleşme boşluğuna mahal bırakılmaksızın ve tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradelerine başvurulmaksızın nicel kaydın kendi içerisinde bölünmek suretiyle indirim yapılmak suretiyle uygulanmasıdır.

Düşey kısmi hükümsüzlüğe ilişkin uygulama alanları, şartları ve hükümlerini tespit etmek üzere daha yakından incelenmesi gerektiğini düşünerek bir sonraki başlık altında detaylı şekilde konuyu inceleyeceğiz.

B- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Yakından İncelenmesi

1- Kavram Olarak Düşey Kısmi Hükümsüzlük

Kanun koyucu tarafından emredici ya da tamamlayıcı hukuk kuralları ile öngörülen azami **süre**, **meblağ** ya da **oran** gibi nicel unsurlara ilişkin herhangi bir hüküm ile tayin edilmemiş olup da, ahlaka aykırı olduğu tespit edilen nicel kısımlara uygulanacak hükümsüzlüğün hüküm ve şartlarının ne olacağı meselesi Fransız, Alman ve İsviçre Hukuklarında geniş bir merak uyandırmıştır. Zamanla kısmi hükümsüzlüğü araştıran yazarlar tarafından indirim yaptırımını veya üst sınır öngören hükümlerin anlam ve amaçları ve ahlaka aykırılık sınırlarının kapsamı araştırılarak, sözleşmelerde yer alan kayıtların bu hükümlerle belirlenen veya ahlaka uygun olduğu kabul edilen sınıra indirimine ilişkin çeşitli mülahazalar yapılmıştır. Bu anlamda yasal ya da caiz sınırı aşan sözleşmelerin bu sınır üzerinden geçerli sayılmasına ilişkin uygulamayı kabul eden ve Türk, Avusturya, Alman ve İsviçre Hukuklarında terminolojik olarak *geçerliliği koruyan indirim (geltungserhaltende Reduktion veya quantitative Teilnichtigkeit)* ve Fransız Hukukunda *indirim (réduction)* olarak ifade edilen yaptırım; *kısmi hükümsüzlüğün* bir türü olarak doktrinindeki yerini almıştır⁵⁶.

⁵⁵ Alman Eyalet Mahkemesi'nin 1995 tarihli OLG- Schleswig, NJW-RR 1995, 554 kararının ardından yapılan bu yöndeki değerlendirmeler için bkz: DEUBNER; **a.g.m.**, s. 109.

⁵⁶ Alman Hukukunda "**Reduktion/ Herabsetzung- İndirim**" kavramı için bkz: ZIMMERMAN; **a.g.e.**, s.195-196; 56; 80; 92-93; "**quantitative Teilnichtigkeit- nicel kısmi hükümsüzlük**" kavramı için; aynı yazar s. 107. İsviçre Hukukunda hakime indirim görevi verildiği haller için kullanılan

Ancak, Türk Hukuku bakımından üst sınır öngören bazı hükümlerin varlığı ve özellikle TTK.m.1466 hükmünün bu hükümlerle olan ilişkisi halen daha bazı soru işaretlerini bünyesinde barındırmaktadır: Doktrinde genellikle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kapsamında kabul edilen geçerliliği koruyan indirim yaptırımını dışında, özel olarak *-sözleşmenin nicel kısımlarında* ihlal edilen normun anlam ve amacı gereği –düşey tarzda gerçekleşecek bir indirim yaptırımının varlığından bahsedilebilir mi? Hangi kayıtlar yasal ya da caiz sınırın üzerinde kabul edilmelidir? Bu tarz kayıtların yasal ya da caiz sınıra indirilmesinde tarafların farazi iradelerinin veya daha doğru bir ifade ile irade özgürlüğü ilkesinin rolü ne olacaktır? İşte bu sorulara cevap bulmak üzere çalışmamızın bu kısmını, kavram ve hukuki nitelik üzerinde tespit değerlendirmeler yapmaya ayırdık.

Düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanma biçimine işaret eden TTK.m.1466 hükmüne münhasır açıklamalarda Türk Hukukunda rastladığımız “**eksik geçerlilik**”⁵⁷ veya böyle bir hükmün bulunmadığı Fransız Hukukunda önerilmiş olan “**kısmi geçerlilik**”⁵⁸ kavramlarının yerine, sözleşmenin nicel kısmının üst sınıra kadar olan kısmının, bu kısım bakımından sözleşme boşluğuna mahal bırakmayacak ve kendi içerisinde kısmen geçerli olacak şekilde bölünmesi yolu ile gerçekleşecek olan bu tarz bir kısmi hükümsüzlük hali için daha önce doktrinde önerilen “**düşey kısmi hükümsüzlük**” veya teknik olmayan bir ifadeyle-*düşey kısmi hükümsüzlüğün*

“*Herabsetzung nach Ermessen- caiz sınıra indirim*” kavramı için bkz: ABEGG; a.g.e., s. 213. Üst sınır hükümleri bakımından “*Reduktion auf das zulässige/erlaubte Mass- yasal sınıra indirim*” kavramı için bkz: ABEGG; a.g.e., s. 216-217; SCHWENZER; OR AT; Rn. 32.44. Yazar isabetli olarak “*geltungserhaltende Reduktion- geçerliliği koruyan indirim*” kavramını sözleşme boşluğunun tarafların farazi iradesi ile doldurularak bir sınırın tespit edildiği değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramı çerçevesinde kullanmıştır. Bkz: SCHWENZER; OR AT; Rn. 32.45. *Berger*, indirim yaptırımını kısmi hükümsüzlük türleri arasında üçüncü bir tür olarak zikretmektedir. Bkz: Bernhard BERGER; *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 2008, Rn.1102. Yazar üst sınırın aşıldığı hallerde, söz konusu hüküm ile korunan zayıf tarafa tam hükümsüzlük konusunda bir seçim hakkı (*nisbi hükümsüzlük görüşü*) tanınması gerektiğini ifade etmektedir.

⁵⁷ SEROZAN; *İfa, İfa Engelleri*, s. 83–84; Rona SEROZAN; “*Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 205

⁵⁸ Bu kavramı öneren *Perrin*’e atıf yapan *Simler*, çalışmasının tamamında indirim yaptırım kavramını kullanmaktadır. SIMLER; a.g.e., s. 210 vd.

üst sınıra indirim yanında alt sınıra yükseltme şeklinde uygulanabiliyor olması nedeniyle- **indirim yaptırımı** kavramının kullanılmasını uygun görüyoruz⁵⁹.

Türk Hukuk doktrininde terminolojik olarak yerleşmiş ve sistematik şekilde incelenmiş düşey tarzda uygulama alanı bulan bir “indirim yaptırımı”nın varlığının kabul edildiğini söylemek zordur. Zira doktrinde “indirim” ibaresinin kullanımı, sözleşmenin üst sınırı aşan kısmının budanarak yasal ya da caiz sınıra indirilmesi izlenimi uyandırır da, bu yaptırımın neredeyse istisnasız bir şekilde hukuki niteliği itibariyle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün özelliklerini barındırdığı kabul edilmektedir⁶⁰. Düşey kısmi hükümsüzlük genellikle sözleşmenin nicel kısımlarında indirim yapılması şeklinde uygulandığı için mukayeseli hukuktaki terminolojik ifadesine uygun bir şekilde “indirim yaptırımı” olarak da ifade edilebilir.

Şimdi, düşey kısmi hükümsüzlüğün hukuki temellerini ve uygulama alanlarını tespit etmek üzere, TTK.m.1466 hükmünü daha yakından incelemekte fayda görüyoruz.

2 - TTK. m. 1466 hükmünün değerlendirilmesi

TTK.m.1466 hükmünün hukuki niteliği ve uygulama alanı bakımından doktrinde fikir ayrılıklarının olduğunu görüyoruz. Bir görüşe göre, TTK.m.1466 hükmünde öngörülen yaptırım hukuki niteliği itibariyle kısmi hükümsüzlük değil, kanuni tahvildir⁶¹. Bu durumda sözleşmenin geçersiz kısmın yerini kanun gereği değiştirilmiş bir içerikle devam etmesi sağlanmakla beraber, bu konuda tarafların farazi iradelerinin herhangi bir rolü bulunmamaktadır. Bir görüşe göre de, bu maddede kanuni bir indirim söz konusudur⁶². Ancak bu görüş söz konusu indirim yaptırımını değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük görüşü ile açıklamaktadır. Yani en

⁵⁹ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlakı Aykırılık**, s. 220, dn. 112; KALKAN; **a.g.e.**, s. 163. Alman Hukukunda nicel kısmi hükümsüzlük (*quantitative Teilnichtigkeit*) kavramı için bkz: HERZOG; **a.g.e.**, s. 92; ZIMMERMANN; **a.g.e.**, s. 60.

⁶⁰ İsviçre Hukukunda bkz: GAUCH; **Teilnichtigkeit**, s. 97. HONSELL; **Art.20 OR**, Rn. 19. Fransız Hukukunda bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s. 209. Alman Hukukunda bkz: Herbert ROTH; **a.g.m.**, s. 411. ZIMMERMANN; **a.g.e.**, s. 80 vd. Türk Hukukunda bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 163; EREN; **a.g.e.**, s. 305; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 606 vd.; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 291.

⁶¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 792.

⁶² BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 168. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 32. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 291.

yüksek haddi içeren sözleşme kaydı bölünmeksizin bir bütün halinde geçersiz olup, yerine kanunda belirtilen üst sınır ikame edilmektedir.

Atamer, TTK.m.1466 hükmünü hakim açısından *yol gösterici* bir hüküm olarak ifade etmektedir. Yazara göre söz konusu madde hükmü, üst sınırın altında kalan bir değer ile boşluğun doldurulmasına engel olmayacak nitelikte bir hükümdür⁶³. Dolayısıyla söz konusu madde hükmünü olaya uygulayan hakim somut olayın şartlarına göre dilerse azami had üzerinden, dilerse daha düşük bir değer üzerinden sözleşme boşluğunu doldurabilecektir. Ancak kanımızca yazarın bu ifadesi genel işlem şartları bakımından uygulanması olası bir indirim yaptırımının aslında hakimin sözleşme boşluğunu doldurma faaliyeti çerçevesinde uygulanmasına imkan vermeye müsait bir yorum olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki, TTK.m.1466 hükmü kamu düzenine ilişkin emredici nitelikli bir hüküm olmakla beraber, aksinin kararlaştırılması da mümkün değildir. Madde hükmünün bu niteliği gereği, aksine yorum tarzı ile Genel işlem şartları bakımından indirim yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağı meselesine daha detaylı bir şekilde aşağıda değineceğimiz için, bu başlık altında TTK.m.1466 hükmünün uygulanmasına ilişkin bilgiler vermeye devam etmekte fayda vardır.

Hatemi ise, BK.m.20/f.2'nin kısmi hükümsüzlüğün genel çerçevesini çizdiğini ve indirim yaptırımınının (*düşey kısmi hükümsüzlük*), TTK. m.1466 hükmünün genel kural olarak uygulanması halinde ortaya çıkan bir kısmi hükümsüzlük türü olarak düşünülebileceğini ifade etmektedir⁶⁴. BK.m. 20/f.2 hükmü, “kısmi hükümsüzlük” ile ilgili genel kuralın kanundaki çerçevesidir. Mevzuatın başka bir hükmü, bu genel kuralın uygulanmasına yönelik münferit esaslar belirlemiş olabilir. Nitekim kanun koyucu tarafından “üst sınır” tayin edildiği hükümlerin koruma amacına uygun olarak TTK.m.1466'da öngörülen indirim yaptırımı öngörmüştür. Ancak burada kanundan doğan bir indirim yaptırım olduğu için artık BK.m.20/f.2'nin değil, doğrudan TTK.m.1466'nın genel kural olarak uygulanmasını kabul ettiğimiz vakit, başka bir soru ile karşılaşmaktayız: TTK.m.1466, hüküm ve sonuçları itibariyle nasıl bir uygulama alanına sahip olacaktır? Örneğin BK.m.20/f.2 gibi hakim tarafından re'sen dikkate alınabilecek midir? TTK. m.1466 hükmünde geçen “indirim”

⁶³ ATAMER; a.g.e., s. 233.

⁶⁴ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 580-582.

yaptırımı, doktrinde de neredeyse hakim görüş tarafından kabul edildiği üzere değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisi kapsamında mı uygulanacaktır? Kanunda üst sınırın tayin edildiği bütün hallerde TTK.m.1466 hükmü doğrudan uygulanmalı mıdır?

Bu soruların cevabına geçmeden önce maddenin anlam ve amacına kısaca değinelim. Öncelikle TTK.m 1466'da düzenlenmiş olan ve içeriği yasal haddi aşan sözleşmelerin yasal had üzerinden yapılmış sayılacağına dair hükmün, sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacına ilişkin emredici nitelikte bir hüküm niteliğinde olduğu çeşitli Yargıtay kararlarında ifade edildiği gibi kanunun gerekçesinde de açık şekilde belirtilmiştir⁶⁵. Kanun koyucunun zayıf tarafı “koruma amacını” açıkça ortaya koyduğu TTK.m.1466 hükmünün emredici hüküm olma niteliği karşısında, aksine yorum yapma ihtimali söz konusu değildir⁶⁶.

Bunun dışında, kanunen üst sınırın belli edildiği durumlarda subjektif şartları oluşsa dahi gabin hükümleri ile bir yarışma söz konusu olmayacak; bu halde özel hüküm niteliğindeki TTK.m.1466 hükmü uygulanacaktır⁶⁷. Aynı sonuç kanunen belirli had çizilmiş faiz tutarının aşılması halinde de söz konusu olup, bu durumlarda da TTK.m.1466 hükmü doğrudan uygulanacaktır.

TTK.m.1466 hükmünün uygulama alanı ile ilgili olarak da çeşitli görüşlere rastlamaktayız. Bir görüşe göre TTK.m.1466 hükmünün yalnızca ticari işler bakımından uygulama alanı bulacağı kabul edilirken⁶⁸, bir diğer görüşe göre de söz konusu hüküm adi işler bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen

⁶⁵ Madde hükmünün gerekçesindeki “..bu haddi aşkın kısmının hükümsüz sayılması ve fakat en yüksek had içinde kalan kısmın muteber tutulması kanun koyucunun en yüksek had koymayı derpiş ederek varmak istediği koruma gayesine uygundur...” ifadeleri normun koruma amacını ortaya koyması bakımından önemlidir. TBMM Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, s.426-427. “...madde gerekçesinden de anlaşılacağı gibi, buradaki amaç, ekonomik sıkıntı içinde bulunan tarafın bunun etkisi ile en yüksek haddi aşan edada bulunmayı kabul etmesini önlemek ve böylece ekonomik hayatın ölçülü ve düzenli bir şekilde cereyanını temin etmektir. Bundan dolayıdır ki; yasa koyucu, butlan hükmünün mutlak şekilde uygulanmasını, korunmak istenen tarafın menfaatine uygun bulmamış ve en yüksek haddin aşılması halinde mukavelenin ancak en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacağı esasını kabul etmiştir...” Y.11.HD. T.23.5.1978, E.1978/2652, K.1978/2717 (KARAHASAN; a.g.e., s.598-600).

⁶⁶ “Yasanın lafzı, amacını açıkça ortaya koymuş ise başka bir yorum yoluna gidilemez “. Y. 10 HD. T. 27.6.2001, E. 2001/ 3653, K.2001/5041. YKD. 2002/6, s.873.

⁶⁷ KALKAN; a.g.e., s. 163.

⁶⁸ M.HELVACI; a.g.e., s. 26 ve dn. 60'da belirtilen yazarlar.

uygulanabilir⁶⁹. Böyle bir ihtimalde TTK.m.1466'nın uygulanması ile sonuca varıldığını düşünecek olursak; o halde BK.m.20/f.2 c.2'nin hesaba katılması söz konusu edilemeyecektir. Kanaatimizce bu hükmün zayıf koruma amacına sahip üst sınır getiren hükümlere aykırılık halinde kıyasen uygulanmasının kabulü, sözleşmenin anlaşma-alt anlaşma olarak bölünebilir olduğunu kabul etmekle kolaylaşacaktır. Kanımca değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile sonuca varıldığında ise, hakimin boşluk doldurma faaliyeti ve söz konusu boşluğu doldurmak için yine yasal sınırı ikame edecek ancak BK.m.20/f.2 c.2'nin uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu sonuç ise, kanunun üst sınır koyduğu birçok hükmün zayıf tarafı koruma amacı ile bağdaşmaz. Nitekim TTK.m.1466 hükmünün amaca göre yorumunu dikkate alarak, koruma amacına ve ekonomik kamu düzeninin koruma amacına sahip olan üst sınır koyan hükümler bakımından bir nevi tarafların farazi iradeleri bertaraf edilmek istendiği, aynı zamanda iade talepleri bakımından BK.m.62 engeline karşı özel bir koruma sağlanmak istendiği sonucuna varılacaktır.

TTK.m.1466 hükmünün doğrudan uygulanmasına bir örnek vermek gerekirse, anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeleri TTK m.314'de öngörülen azami **üç yıllık** seçim süresini aşan bir süre için seçilmişlerse, seçim kararındaki aşırı kısım üç yıllık üst sınıra indirilecektir⁷⁰.

3- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Hukuki Niteliği

Düşey kısmi hükümsüzlüğün hukuki niteliği ve ona bağlı hukuki sonuçlar aydınlığa kavuşturulmadığı sürece, indirim yaptırımının söz konusu olabileceği alanlar bakımından doktrin ve uygulamada çoğu zaman “ucu açık prensipler” ihdas edilmesi sonucunu doğuracaktır⁷¹. Kanaatimizce düşey kısmi hükümsüzlük hukuki niteliği itibarıyla kısmi hükümsüzlük türü olup, BK.m.20/f.2'den değil; doğrudan ihlal edilen normun anlam ve amacından ve hatta açık lafzından kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin nicel kısmındaki bölünebilirlik şekli anlamda değil, yani kendi içerisinde bölünme kabul etmeyen bir “kloz” olarak değil; maddi anlamda kendi

⁶⁹ DOĞANAY; **a.g.e.**, s. 3404. KANETİ; **a.g.e.**, s. 17. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlakla Aykırılık**, s. 570 ve dn.19'da belirtilen yazarlar.

⁷⁰ MOROĞLU; **a.g.e.**, s.146.

⁷¹ Karl LARENZ; **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 6.Aufl., Springer Verlag, 1991, s. 481.

içerisinde bölünebilen bir sözleşme hükmü olarak anlamak gerekir⁷². Bu anlamda düşey kısmi hükümsüzlük, hakimin tarafların farazi iradelerini de dikkate alarak oluşan boşluğun doldurulması şeklinde gerçekleşen ve BK.m.20/f.2'den doğan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükten ayrılır. Düşey kısmi hükümsüzlüğün hukuki niteliği ile ilgili düşüncemizin sebebi, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin özelliklerden bir çoğunu bünyesinde barındırmamasına rağmen, hükümsüzlüğün etkisinin kural olarak geçmişe etkili olması ve birçok durumda indirim imkanının hakim tarafından re'sen dikkate alınmasıdır. Bu çerçevede düşey kısmi hükümsüzlüğün BK.m.20/f.2 hükmünden değil de, TTK.m.1466 hükmünden ve ihlal edilen normun anlam ve amacından kaynaklanan bir kısmi hükümsüzlük türü olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kaldı ki aşağıda da detaylı şekilde görüleceği üzere, Batı Avrupa hukuk sisteminde de indirim yaptırımı kısmi hükümsüzlük kurumu altında ama kendine ait istinai bir takım hükümler etrafında incelenmeye başlanmıştır⁷³. Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde indirim yapılan kısım *Zimmermann*'ın da ifade ettiği gibi ya “etkisiz (*unwirksam*)” ya da “geçersiz (*nichtig*)” olacaktır⁷⁴; üçüncü bir yol yoktur (*tertium non datur*)!

Sosyal ve ekonomik olarak zayıf tarafı koruma amacı taşıyan üst/alt sınır hükümlerine aykırılık halinde, *-Borçlar Kanunu Tasarısının gabine ilişkin hükmüne paralel olarak-* korunan tarafa tam hükümsüzlük konusunda seçimlik hak tanınmalıdır.

4- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Benzer Kurumlarla İlişkisi

a- Tahvil (*Çevirme*) ve Düşey Kısmi Hükümsüzlük

Tahvil ile batıl olan bir sözleşme geçerli olan bir başka sözleşmeye dönüştürülerek ayakta tutulmaktadır⁷⁵. Alman ve İsviçre Hukukunda tahvil ile

⁷² TANDOĞAN; *a.g.e.*, s. 62; ROUILLER; *a.g.e.*, s. 117, dn. 610.

⁷³ “Hakimin değiştirme veya indirme yetkisi” “*richterlichen Reduktions bzw. Moderationsrechts*” kavramı için İsviçre Hukukunda bkz: KRAMER; *Art.19-20 OR*, Rn. 356; Alman Hukukunda bkz: ZIMMERMANN; *a.g.e.*, s.115.

⁷⁴ ZIMMERMANN; *a.g.e.*, s.114.

⁷⁵ Bazı kanunlar tahvil kurumunu açıkça kabul etmişlerdir: BGB 140, Fransız Medeni Kanunu 1318. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda tahvil hakkında genel bir hüküm olmamakla beraber, BK.m.238/f.3, 520/f.2 hükümlerinden zımnen kabul edildiği izlenimi doğmaktadır. Geniş bilgi için bkz: KANETİ; *a.g.e.*, s.77 vd.

değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük arasında herhangi bir fark görmeyen yazarlar⁷⁶ olduğu halde, artık bu görüşlerin çok fazla taraftarı olmaması nedeniyle burada bu görüşlere değinmeyeceğiz. Bu başlık altında sözleşmenin nicel kısımlarında indirim yolu ile gerçekleşen düşey kısmi hükümsüzlüğün tahvil olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığını tespit etmeye çalışacağız. Bu anlamda, gerek TTK.m.1466 hükmünden doğrudan doğan gerekse ihlal edilen normun anlam ve amacından ortaya çıkan düşey kısmi hükümsüzlüğün kanuni tahvil kurumuna yakınlık göstermesi düşünülebilir⁷⁷. Zira her iki halde de, kısmen geçersiz olan sözleşme yasal bir zorunluluk gereği ayakta tutulmaktadır. Ancak kısmi hükümsüzlük yoluyla caiz sınıra indirme gibi yaptırımların söz konusu olduğu durumlarda gerçek anlamı ile bir tahvilden bahsedilemez⁷⁸. Zira, sözleşmenin nicel kısımlarındaki indirim; batıl bir sözleşmenin, hükümleri farklı başka bir tipteki sözleşmeye çevrilerek ayakta kalması anlamına gelmemektedir⁷⁹. Bu anlamda düşey kısmi hükümsüzlük tahvilden farklıdır. Her iki kurum arasındaki bir diğer fark da; düşey kısmi hükümsüzlükte sözleşmenin nicel kısmı ihlal edilen normun anlam ve amacı gereği veya doğrudan TTK.m.1466 hükmünün yardımıyla “yasal” ya da “caiz” sınıra indirilirken, tahvilde sözleşme tamamıyla ortadan kaldırılır ve farklı bir tip ile ayakta tutulur⁸⁰.

Üstelik Alman Hukuk doktrininde savunulduğu üzere, tahvil ancak sözleşmenin tamamı bakımından söz konusu olabilir; yoksa sözleşmenin bir kısmı bakımından tahvilin uygulanması söz konusu olamaz⁸¹. Fransız Hukukunda da bir grup yazar, indirim yaptırımının ruhunun kısmi hükümsüzlük ile bağdaşmayacağını ve tahvil kurumunun yardımı ile indirimin yapılacağı (*conversion par réduction*) düşüncesini paylaşmaktadır⁸². Ancak bu görüşe karşı olanlar, indirimin sözleşmenin

⁷⁶ KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn. 384-387; Jörg SCHMID; **Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen**, Diss., Freiburg Schweiz, 1988, Rn.813. Alman Hukukundaki tahvil görüşleri için bkz: AKSOY DURSUN; **a.g.e.**, s 182, dn.26. Söz konusu yazarlar, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile tahvil kurumlarından her ikisinin de tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmak suretiyle sözleşmeyi ayakta tutma amacına hizmet etmesinden yola çıkmaktadırlar.

⁷⁷ Bu yönde bkz: TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 792.

⁷⁸ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 214 ve özellikle dn.102. Genel olarak kısmi hükümsüzlük ile tahvilin karşılaştırılması ilgili geniş bilgi için bkz: KANETİ; **a.g.e.**, s.12-19.

⁷⁹ DEUBNER; **a.g.m.**, s. 110.

⁸⁰ KRAMER; **Art.19-20 OR**, Rn. 384-385; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 141; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 612.

⁸¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 613.

⁸² Bu görüşteki yazarlar hakkında geniş bilgi için bkz: GOUT; **a.g.e.**, s. 480 vd.

içeriğinde, sözleşmenin niteliğini değiştirecek boyutta bir değişiklik sağlamadığı gerekçesi ile tahvil görüşünü eleştirmektedirler⁸³.

b- Gabin ve Düşey Kısmi Hükümsüzlük

Sözleşmenin nicel kayıtlarındaki aşırılığın çoğu zaman gabnin objektif unsurunu oluşturduğu muhakkaktır. Ancak, özellikle üst sınırın kanunda öngörüldüğü durumlarda, “üst sınırı aşan sözleşmeler” ile “gabinli sözleşmeler” arasında bir benzerlik olsa da, her ikisi aynı özellikleri içermemektedir⁸⁴. Zira üst sınırı aşan sözleşmelerde bir hukuk kuralı ihlal edilmiştir. Üst sınırın bir hukuk kuralı ile tayin edilmediği BK.m.161/f.3 ve BK.m.409 hükümlerinde olduğu gibi sadece “fahiş olmama” niteliğinin arandığı hallerde, hakim takdir yetkisine dayanarak, “üst sınır” tespit etmek için sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde bulunacaktır. Kanunda üst sınırın bulunduğu hallerde ise, hakimin önünde üç aşamalı (*dreistufige Prüfungsreihenfolge*) bir araştırma süreci bulunmaktadır⁸⁵: ilk aşamada sözleşme kaydının üst sınır hükümlerinden birini ihlal edip etmediğini araştıracaktır. Eğer böyle bir ihlal mevcutsa, indirim yaptırımını uygulayacak ve ikinci aşamada bu sınırın edimlerarası aşırı dengesizliğe sebep olup olmadığını ve gabnin şartlarını araştıracaktır. Üçüncü aşamada eğer bu şartların oluştuğuna kanaat getirirse, gabin hükümleri gereğince iptal yaptırımının uygulanmasını sağlayacaktır.

Gabin sadece karşılıklı (*synallagmatique*) sözleşmelerde söz konusu olup, yaptırımı “iptal”dir. Gabin “*akit adaleti*”nin sağlanması idesinden kaynaklanmakta olup, kısmi hükümsüzlük kapsamındaki indirim yaptırımı “ekonomik kamu düzeni” ve hatta “zayıf tarafı koruma amacı” temelinde doğmuştur⁸⁶. Düşey kısmi hükümsüzlüğün bulunduğu hallerde, kanunda belirlenen üst sınırın aşılması nedeniyle bir hukuka aykırılık veya ihlal edilen normun anlam ve amacından doğan bir yaptırım söz konusudur. İndirim yaptırımının uygulanmadığı hallerde ise, hakimin sözleşmeyi düzeltici (*Vertragskorrektur*) fonksiyonuna Türk Borçlar Kanunu Tasarısının gabni düzenleyen hükmünde işlevsellik kazandırılmıştır.

⁸³ SIMLER; *a.g.e.*, s. 12-13. TANDOĞAN; *a.g.e.*, s.112.

⁸⁴ HATEMİ; *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 235-236.

⁸⁵ SCHWENZER; *OR AT*; Rn. 32.49.

⁸⁶ SIMLER; *a.g.e.*, s.272, 280.

Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu tasarısının “Aşırı yararlanma” başlıklı 28.maddesinde “...zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir...” denilmektedir. Söz konusu tasarı metni kanunlaştığı zaman, kanunda üst sınır öngörülmediği için düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanamadığı aşırı bedelli sözleşmeler bakımından gabne uğrayan tarafı korumaya yönelik önemli bir gelişme sağlanmış olacaktır.

Bununla beraber doktrinde bir görüşe göre, sağlararası edim olarak mirastan feragat eden saklı paylı mirasçı aşırı bir feragat bedeli ödemiş ise, ister gabne isterse irade sakatlıklarına dayanılmış olsun, somut olay adaletinin gerektirdiği durumlarda feragat sözleşmesi tamamen iptal edilmemeli, ölüme bağlı tasarrufu yapanın isteği ile “iptal” yerine “düzeltme” talebi kabul edilmelidir⁸⁷.

Fransız Hukukunda **Simler** de, indirim yaptırımının *gabnin* özel bir görünümü olduğunu ve indirim yaptırımının uygulanamayacağı hallerde (*üst sınırı teşkil eden kaydın doğası gereği bölünmesi mümkün olmaması halinde*) şartları varsa gabnin gündeme gelebileceği görüşündedir⁸⁸. Bunun dışındaki ihtimallerde, kanun tarafından üst sınırın öngörüldüğü bütün durumlarda gabin hükümleri ile yarışma mümkün olmamalı; aşırılık içeren kayıt ihlal edilen normun amacına uygun olarak yasal sınıra indirilmelidir⁸⁹.

4- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Mukayeseli Hukuktaki Yeri

a- Avursturya Hukukunda

Avusturya Hukukunda da indirim yaptırımı “*geltungserhaltende Reduktion*” kavramı ile ifade edilmekle beraber, kanunda üst sınırın belirlendiği durumlarda, üst sınırı tayin eden normun koruma amacının (*schutzzweck*) gereği olarak

⁸⁷ Hüseyin HATEMİ; “**Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?**”, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 193.

⁸⁸ SIMLER; **a.g.e.**, s. 280. Ancak kanaatimizce kısmi hükümsüzlüğün türü olarak kabul ettiğimiz indirim yaptırımı gabnin özel bir görünümü olamaz. Zira gabin karşılıklı sözleşmelerde bazı şartların gerçekleşmesi halinde uygulanmakta olup, indirim yaptırımı rekabet yasağı, sözleşmedeki süre, cezai şart gibi münferit sözleşme kayıtları bakımından da söz konusu olmaktadır.

⁸⁹ KALKAN; **a.g.e.**, s.164. Yazar kanunen sınırları belirlenmiş fahiş faizli sözleşmeler bakımından aynı sonuca varmıştır.

uygulanmaktadır⁹⁰. İndirim yaptırımının özel bir düzenleme ile öngörülmemesi (ve hatta ABGB § 879'dan böyle bir sonucun çıkmaması yönündeki Yüksek Mahkeme kararları⁹¹) karşısında, doktrinde özellikle aşırı bedelli sözleşmeler bakımından, kanunda üst sınırın belli edildiği durumlarda indirimin uygulanması büyük ısrarla savunulmaktaydı⁹².

Benzer çözüm, aşırı yüksek meblağ ya da süre içeren sözleşmelerde bakımından da kabul edilmiş olup, bu sözleşmelerde, sözleşmenin niceliğinden yola çıkarak doğrudan indirim yapılması değil, normun koruma amacı elverdiği ölçüde bir indirim yapılacağı kabul edilmiştir⁹³. Edimler arası aşırı dengesizliğin olduğu bir gabin halinde ABGB § 934'e göre, gabne uğrayan tarafa sözleşmeyi sona erdirerek eski halin iadesini talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak gabinin şartlarını düzenleyen § 879 Abs.2'e göre bu hak yalnızca *-ahlaka aykırı kayıt halinde bu kaydın varlığından zarar gören tarafa tanınan hak gibi (relative nichtigkeit)*⁹⁴- gabne uğrayan tarafa tanınan bir haktır⁹⁵. 08.03.1979 tarihli Tüketiciyi Koruma Kanunu (KSchG) ile Tefecilik Kanunu 7.maddesi değiştirilerek, kredi sözleşmelerinde aşırı faiz kararlaştırıldığı durumlarda, sömürülenin tam hükümsüzlükten zarar görmemesi için sözleşmenin kurulduğu anda Avusturya Merkez Bankası tarafından belirlenen yıllık en yüksek faiz oranını aşan kısmın geri istenebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde bu düzenleme, -tıpkı gabinde olduğu gibi,- indirim yaptırımını sağlayan bir nevi kısmi hükümsüzlük hali olduğu kabul edilmektedir⁹⁶.

Avusturya Medeni Kanunu'nda 1979 tarihli değişiklik⁹⁷ ile eklenen § 917a maddesinden sonra yukarıda bahsettiğimiz Mahkeme kararları büyük oranda

⁹⁰ ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 79.

⁹¹ Mahkeme bir kararında sözleşmenin yalnızca kesin hükümsüzlüğü öngördüğü ABGB § 879 hükmüne "sözleşmeyi düzeltme fonksiyonu" (*Vertragskorrektur*) atfedilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz: OGH 25.01.1950 JBI 1950, 268, OLG Graz 22.03.1950 EvBI 1950/514; OGH 05.05.1951 EvBI 1951/236, OGH 06.05.1959 JBI 1959, s.412.

⁹² Theo MAYER-MALY; "**Der gerechte Preis**", Festschrift für Demelius, 1973, s. 153. Yazar Yüksek Mahkemenin üst sınır koyan kanun hükmünün anlam ve amacından taraflardan birini koruma amacına ulaşan ve indirim yaptırımını uygulayan ilk kararlarını desteklemekteydi. Bu kararlar için bkz: ZBI 1916/53, s.134; ZBI 1916/88, s.216. MAYER-MALY; **a.g.m.**, s.151.

⁹³ ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 43.

⁹⁴ DITTRICH/TADES; **§ 879 ABGB**, E. 11.

⁹⁵ ILLEDITS; **a.g.e.**, s.80.

⁹⁶ ILLEDITS; **a.g.e.**, s. 84.

⁹⁷ BGBI 1979/140 Bkz: KOZIOL/BYDLINSKI; **§ 917a ABGB**; Rn. 1 vd.

anlamını yitirmiştir. Gerçekten de söz konusu madde hükmüne göre; “*Belirli bir bedelden daha yüksek ya da daha aşağı bir bedelin öngörülemediğini düzenleyen kanun hükmünün koruma amacına uygun olarak, bu bedelin üzerinde ya da altında kararlaştırılan bedel, söz konusu sınırı aştığı ölçüde geçersiz olacaktır. İkinci durumda kararlaştırılan bedelin yerini kanundaki en alt bedel alacaktır*”. Söz konusu hükümde geçen “*belirli*” ibaresi, yalnızca bir bedelin açıkça belli edildiği bir kanun hükmünü değil, aynı zamanda bir bedeli “*belirlenebilir*” kılan kanun hükümlerini de kapsamaktadır⁹⁸. Bu anlamda özellikle satım sözleşmeleri bakımından temel tüketim ürünlerinde belirlenen tarifelerin üzerinde bir bedel ile yapılan sözleşmeler bakımından üst sınıra indirim yaptırımının uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁹.

Söz konusu madde hükmü Avusturya Hukukunda, düşey kısmi hükümsüzlük bakımından *-bizim de Türk Hukuku bakımından düşey kısmi hükümsüzlüğe ilişkin olarak TTK.m.1466 hükmünün uygulanmasını önerdiğimiz gibi-* genel kuralın ifadesidir. 12.11.1981 tarihli Kanunla yapılan değişiklikten sonra 1982 tarihinde yürürlüğe giren Kira Hakkında Kanun (*Mietrechtgesetz*) § 16 Abs.5 hükmünde, kira bedelinin kiralananın kullanılan alanlarının her bir metrekaresinin belli bir oran ile çarpılarak tespit edileceği öngörülmüştür. Yine söz konusu kanunun § 27 Abs.3 hükmünde, yukarıda tespit edilen bedelin üzerinde ödenen meblağın 3 yıl içerisinde iadesinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Doktrinde bu düzenlemenin tam anlamıyla kanundan doğan bir düşey kısmi hükümsüzlük (*quantitative Teilnichtigkeit*) hali olduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁰.

b- Fransız Hukukunda

İndirim yaptırımının hukuki niteliği Fransız Hukukunda oldukça tartışılmıştır. Bu tartışma genellikle, kanunda üst sınırın öngörüldüğü hallerde, indirim tavan yani üst sınıra (*plafond*) mı yoksa bu sınır içerisinde kalan bir sınıra (*plancher*) da yapıp yapılamayacağına ilişkin olarak gündeme gelmektedir¹⁰¹. Bazı özel düzenlemelerde

⁹⁸ Bu konuda örnekler için bkz: KOZIOL/BYDLINSKI; § 917a ABGB; Rn. 2.

⁹⁹ ILLEDITS; a.g.e., s. 81.

¹⁰⁰ ILLEDITS; a.g.e., s. 83.

¹⁰¹ GOUT; a.g.e., s. 441.

indirim yaptırımının açıkça öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin, CCF 1160 hükmünde, geri alım hakkının 5 yıldan fazla öngörülemez olduğu düzenlenmiş olup, madde hükmünün ikinci fıkrasında bu süreden fazla öngörülen sürenin kanundaki yasal sınıra indirileceği öngörülmüştür. Bu hüküm ve başka bazı hükümlerde üst sınırlar koyan kanunkoyucu, yasal sınırları aşan kayıtlar karşısında hakim tutumunun nasıl olacağını açıkça belirtmemiş olsa da, doktrinde kanunkoyucunun bu tarz hükümler ile sözleşmenin ayakta tutulması niyetinin mevcut olduğu neredeyse istisnasız olarak kabul edilmektedir¹⁰².

Bunun dışında indirim yaptırımının hukuki niteliği üzerine, sözleşmenin aşırılık içeren kısmının kısmi hükümsüzlük teorisi ile sağlanmasının uygun olmadığını ifade eden bir görüş “çözülme, fesih” (*résolution*) yolu ile özellikle aşırı olan kısmın ileriye etkili olarak feshedilmesini önermişlerdir. Bir diğer görüş ise, indirim yaptırımını sözleşmenin aşırı kısmının “ileri sürülememesi” (*inopposabilité*) teorisi ile açıklamaktadır¹⁰³. Sözleşmenin hükümsüzlük sebeplerinden doğan etkiyi bertaraf eden ve hükümsüzlük teorileri karşısında indirim yaptırımına somut sonuçlar bağlayamayan her iki görüş de reddedilerek kısmi hükümsüzlük içerisinde hükümsüzlüğün yatay ve dikey olarak gerçekleşebileceği şeklinde açıklanmıştır¹⁰⁴. Ancak bunun için lafzından veya amacından indirim yaptırımını öngörüldüğü hükümlerin tespit edilmesi gerekir¹⁰⁵.

Simler indirim yaptırımını, kısmi hükümsüzlüğün bir türü olduğundan hareketle, indirim yaptırımının gerek aşırı meblağ, gerekse aşırı süreleri kapsayan geniş bir açıdan ele alınmasını önererek, her sorunun çözümünde yeknesak bir tutumun benimsenmesini doğru bulmaktadır¹⁰⁶. Yazar, sözleşmede yer alan nicel kısmın, taraflar açısından *olmazsa olmaz* bir unsur olarak kabul edilmesi halinde sözleşmenin tam hükümsüz sayılmasının doğru olacağını ileri sürmüştür¹⁰⁷. Yazara göre, indirim yaptırımı Fransız Hukukuna yabancı bir kavram değildir. Yalnızca

¹⁰² GOUT; **a.g.e.**, s. 443. SIMLER; **a.g.e.**, s. 269 vd.

¹⁰³ Bu görüşler ile ilgili geniş bilgi için bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s. 220 vd.

¹⁰⁴ SIMLER; **a.g.e.**, s. 225 vd.

¹⁰⁵ **Simler** indirim yaptırımını öngören hükümlerin tespiti için çalışmasında süre, oran, meblağ gibi aşırılık içeren sözleşmelerin her birini ayrı ayrı incelemiştir. SIMLER; **a.g.e.**, s. 241 vd.

¹⁰⁶ SIMLER; **a.g.e.**, s. 210, 301-303.

¹⁰⁷ SIMLER; **a.g.e.**, s. 214.

hüküm ve uygulamasının sınırları tespit edilmelidir. Nitekim, indirim yaptırımını kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak görmeyen yazarlar tarafından dahi pozitif hukuktaki hükümler nedeniyle böyle bir yaptırımın varlığı inkar edilemez. Aynı şekilde, indirim yaptırımının, kanunda üst sürenin öngörüldüğü bütün durumlarda ve özellikle meblağ ve süreye ilişkin kayıtları kapsayan şekilde uygulanmasının, her durum bakımından dağılık ve münferit çözümler getirilmesini engelleyecektir¹⁰⁸.

Gout, kısmi hükümsüzlük ve indirim yaptırımının özleri ve pratiklerinin birbirinden tamamen farklı olduğunu ifade etmekle beraber, indirim yaptırımda hakimın “bölünebilirlik” meselesi ile çok fazla ilgilenmeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁹. Yazarın; indirimin uygulanacağı haller arasında bir ayırım yaparak, indirimin uygulanacağı üst sınırı tayin ederken tarafların farazi iradelerinin de dikkate alındığı durumlarda kısmi hükümsüzlük; indirimin uygulanmasının hakim kararına ihtiyaç duyulan hallerde ise kısmi feshe benzer bir çözümü desteklediği görülmektedir. Kural olarak nicel anlamda aşırı bir kayıt karşısında hakimın karşısında üç ihtimal bulunmaktadır: tam hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük ve indirim yaptırımıdır. Yazar, indirim yaptırımının uygulanması konusunda genel olarak **Simler**'e katılmakla beraber, indirim yaptırımını tekil bir sistem olarak ele alınmakla yetinilmemesi gerektiğini ve kanunda azami süre yanında asgari sürelerin de belirtildiği durumlardan yola çıkarak “**yükseltim (majoration)**” yaptırımından da bahsetmek gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁰.

Ghestin, kanunun hakime açıkça yetki vermediği durumlarda, sözleşmedeki aşırı kabul edilen nicel kısmın indirilmesinin “kısmi hükümsüzlük” olarak değil, genel olarak hükümsüzlüğün kamu düzenine aykırılık oluşturan etkisinin düzeltilmesi olarak nitelendirmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁸ SIMLER; **a.g.e.**, s. 268, 269.

¹⁰⁹ GOUT; **a.g.e.**, s. 451-452.

¹¹⁰ GOUT; **a.g.e.**, s. 452. Buna en güzel örnek, işçinin asgari ücretin altında belirlenmiş olan ücretini asgari ücrete yükseltmedir. SIMLER; **a.g.e.**, s. 155.

¹¹¹ GHESTIN; **La formation du contrat**, Rn. 906.

c- Alman Hukukunda

Alman Hukukunda “üst sınır” hükümleri karşısında hükümsüzlüğün nasıl uygulanacağı meselesi oldukça farklı açılardan ele alınmış olup, her zaman tartışılan konulardan biri olmuştur. “Ya hep ya hiç” ilkesini bertaraf edici çözüm arayışları Alman hukukçuların karşısına üst sınırı aşan hükümlerin aşılması halinde yasal sınırı mı yoksa hakkaniyete göre belirlenecek (*emsal bedel gibi hususlar ölçüt alınarak*) bir sınırı mı indirileceği sorunu çıkarmıştır¹¹². **Herzog**, belirli bir süreye ilişkin somut kısım temel anlaşmada, tarafların belirli bir zaman dilimi içermeyen süreye ilişkin iradelerinden oluşan soyut kısım ise tamamlama anlaşmasında yer alır. Yazar temel anlaşmadaki sürenin geçersiz olmasından sonra, İsviçre Hukuku bakımından hakimin BK.m.2/f.2’ye göre sözleşmeyi tamamlayabilecektir. Yazar daha sonra sürekli borç ilişkisi doğuran bütün sözleşmeler bakımından 30 yıllık bir üst sürenin kabul edilebileceğini savunmuştur¹¹³. **Wütrich** bira teslimine ilişkin yaptığı tezde bu görüşe katılarak, sözleşmelerde ahlaka aykırı şekilde bağlanma sayılabilecek üst sürenin 30 yıl olarak tayin edilmesi teklifinde bulunmuştur¹¹⁴. Yazara göre –bira teslimini içeren sözleşmeler gibi- uzun süreli sözleşmeler bakımından “süre” unsuru, sözleşmenin esaslı unsurlarındandır. Bu tarz sözleşmelerde süre unsuru teslim ilişkisine diğer unsurların belirlenmesinde de rol oynar. O nedenle bu sözleşmelerin süre yönünden geçerliliklerinde yaşanacak sıkıntı pozitif bir düzenleme ile giderilebilir. **Ficker** ise sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından kanunkoyucu tarafından konulacak bir üst sürenin, kamu düzeninin bir gerekliliği haline geldiğini ve bu sayede hukuk güvenliğinin sağlanacağını ifade etmekle beraber, mahkemeler tarafından da dağınık ve birbirinden farklı çözümler getirilmesinin önleneceği görüşündedir¹¹⁵. Bu görüşler sözleşmenin süreye ilişkin kısmındaki geçersizlinin sözleşmeye olan etkisini açıklamakta yetersiz kalmış ve Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında fazla taraftar toplayamamıştır¹¹⁶. Alman Hukukunda daha sonra **Marcus** ve **Ritter** BGB §§ 353, HGB 74/a gibi maddelerin birer genel kuralın ifadesi

¹¹² BECKMANN; a.g.e., s. 280.

¹¹³ HERZOG; a.g.e., s. 57.

¹¹⁴ Max WÜTRICH; *Der Bierlieferungsvertrag nach schweizerischen Recht*, Diss., Zürich, 1929, s. 44.

¹¹⁵ Fritz FICKER; “Die Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit”, SJZ, 10, 1914, s. 281.

¹¹⁶ JOSEPH TAL; a.g.e., s. 28-29. TANDOĞAN; a.g.e., s. 136-139.

olduğunu ve nicel olarak aşırılık gösteren bütün hükümler açısından uygulanabileceğini ifade etmişlerdir¹¹⁷. **Oertmann**, aşırı bedelli bütün sözleşmeler bakımından tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin BGB § 655 (OR Art.417) hükmünün kıyasen uygulanmasını önermiştir¹¹⁸. **Huber** ise aşırı bedelli sözleşmeler bakımından cezai şartın tenkisine ilişkin BGB § 353 (OR Art. 163 Abs.3) hükmünün uygulanmasının isabetli olacağını¹¹⁹; zira tellallık sözleşmesi bakımından ücretin indirilmesi ancak borçlunun talebi ile söz konusu olabileceğini (OR Art.417; BK.m.409) ifade etmiştir. **Oertmann** ile aynı görüşte olan **Planck** aşırı cezai şartın tenkisine ilişkin BGB § 353 (OR Art.163 Abs.3) hükmünün özel bir hüküm olduğu nedeniyle kıyasen uygulanmasını doğru bulmadığını ifade etmiştir. Zira cezai şartın yapısı ile sözleşmelerdeki bedelin eş değer görülemeyeceği, ayrıca cezai şart bakımından gabne benzer özel koruma amacının varlığı olduğu gibi gerekçelerle bu görüş desteklenmiştir¹²⁰. **Roth** tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin BGB § 655; cezai şartın indirilmesine ilişkin BGB § 343; Avukatlık ücretinin indirilmesine ilişkin BRAGO § 3 Abs.3 ve rekabetin 2 yılı aşmamasını öngören HGB § 74a hükümleri gereği tarafların farazi iradeleri de dikkate alınarak geçerliliği koruyan indirim uygulanacağını savunmuştur¹²¹. Yazar aynı şekilde tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın uygulanacak indirimin ancak kanunda öngörülmesi şartıyla kabul edilmesi gerektiğini de ifade etmiştir¹²². **Canaris** ise özellikle aşırı bedelli sözleşmeler bakımından hakimin boşluk doldurma faaliyetini engelleyici bir yaptırım uygulanmasının, BGB § 817 Hs.2 gereğince fazla ödenen meblağın iade edilmemesi sonucunu doğuracağını ifade etmektedir. Zira özellikle kira bakımından üst sınırı “rayiç değer” ve faiz ile ilgili olarak tamamlayıcı hükümlerdeki oranlar esas alınır, borçlu gözleri kapalı bir şekilde bu ödemeyi yapmış sayılamayacak; yani yerine

¹¹⁷ S. MARCUS; “**Die Konkurrenzklauseln**”, DJZ, 1907, s. 952. Carl RITTER; “**Die Konkurrenzklausele im neuen Recht**”, DJZ, 1902, s.349.

¹¹⁸ OERTMANN; **Höchstpreisen**, s. 255-256.

¹¹⁹ Emil HUBER; “**Gegen die Höchtpreivorschriften verstossende Verträge**”, SJZ, 15, 1919, S. 258 vd.

¹²⁰ BECKER; **Art. 163 OR**, Rn. 26. TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 143-144.

¹²¹ ROTH; **a.g.m.**, s. 413.

¹²² ROTH; **a.g.m.**, s. 417.

getirdiği edimin caiz olup olmadığını bilmeksizin ödeme yapmış sayılamayacak ve BGB § 817 Hs.2 hükmü gereği iade engeli ile karşılaşacaktır¹²³.

Alman Hukukunda **Roth** geçerliliği koruyan indirimin iki şekilde gerçekleşeceğini savunmaktadır: Birincisi; kanunda hakime takdir hakkı ve indirim yapma yetkisinin verildiği haller (BGB § 343; 655; HGB § 74a Abs.1), ikincisi de hakkında herhangi bir hüküm bulunmayan ama nicel kısmı itibariyle sözleşmenin ahlaka aykırı olmasını sağlayan hallerdir (örneğin uzun süreli sözleşmeler)¹²⁴. Her iki durumda da sözleşmesel adaleti sağlama ilkesi, irade özgürlüğünün önüne geçecek şekilde uygulanabilir. **Zimmermann** genel olarak hükümsüzlük teorileri ile çelişen şekilde bir indirim yaptırımının olamayacağını, bu anlamda nicel kısmın kendi içerisinde tekrar bölünemeyeceğini; örneğin 12'nin 21'in kısmı olarak olarak ayrılamayacağını ifade etmekle beraber, çözümün BGB § 139 kapsamında ya tam hükümsüzlük ya da kısmi hükümsüzlük olarak uygulanması gerektiğini savunmuştur¹²⁵. Ancak bu görüş fazla taraftar toplayamamakla beraber, özellikle kanunda üst sınır getiren hükümlerin koruma amacına uygun olarak tam hükümsüzlüğün uygulanamayacağı ve indirim yaptırımının uygulanacağı kabul edilmektedir. İndirimin yapılacağı sınır konusunda iki görüş mevcuttur. Birinci

¹²³ CANARIS; **a.g.m.**, s. 520 vd. BGB § 817 hükmü şu şekildedir: “Bir edimin amacı, alan kimsenin edimi alması ile kanuni bir yasağa veya ahlaka aykırı düşeceği açık bir biçimde belirtilmiş ise, alan kimse, bunu geri vermekle yükümlüdür. Edimi veren kimse yönünden de aynı şekilde bir aykırılık söz konusu ise, geri alma istemine mahal yoktur, yeter ki edim bir borçlanmadan ibaret bulunmasın; böyle bir borçlanmanın ifası için verilen edim geri alınmaz”. Ancak kanaatimce bu çözüm özellikle Türk Hukuku bakımından tereddütle karşılanmalıdır. Zira Alman Hukukunda BGB § 817 Hs.2 gereği *conditio debiti* nin şartlarını bertaraf etmek için indirimin tamamlayıcı yorum yolu ile uygulanacağını düşünmek çözüm olarak kabul edilse bile, Türk Hukuku bakımından indirim yaptırımının uygulanma şeklini gösteren TTK.m.1466 hükmü bu konuda yol gösterici mahiyettedir. Kira bedeli ve faiz ile ilgili indirim yaptırımı hakkında uygulama ve doktrindeki görüşler ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz: SAUER; **a.g.e.**, s. 7 vd. Alman Federal Mahkeme uygulamalarında, yasal kira artış oranlarının üzerinde belirlenen oran üzerinden kira parası ödeyen kiracının, ödediği parayı BGB § 817 Hs.2'ye rağmen geri alabilmesi imkanının, hakkın kötüye kullanılması kurumu ile sağlandığı da görülmektedir. LG Berlin WuM 93, 185 (JAUERNIG; **BGB § 817**, Rn. 14).

¹²⁴ ROTH; **a.g.m.**, s. 412-413. Böyle bir nicel bölünmeyi kabul etmeyen **Zimmermann**, bu alanda geçerliliği koruyan indirimi de kabul etmemektedir. ZIMMERMANN; **a.g.e.**, s. 44; 80.

¹²⁵ ZIMMERMANN; **a.g.e.**, s. 38; 39; 140.

görüŖe göre; indirim üst sınıra indirilecek¹²⁶; bir diğer görüŖe göre ise WiStG § 5 kıyasen uygulanarak “piyasa rayıcı”ne indirilecektir¹²⁷.

Sözleşmenin ahlaka aykırı bir kayıt içermesi halinde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yolu ile geçerliliği koruyan indirim yaptırımı uygulanması söz konusu olabilir mi sorusuna Alman Hukukunda verilen cevap olumludur¹²⁸. Bu tespitin gerekçesi olarak, eğer bir kaydın ahlaka aykırı içeriğinden faydalanan kimsenin sözleşmenin tam hükümsüzlüğünü ileri sürmesi doğruluk ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyorsa, ahlaka aykırı kayıt düzeltilerek geçerli hale getirilecektir¹²⁹. Alman Hukukunda bu yönde verilen en sık örneklerden bir tanesi, 1861 tarihli HGB’nin kanunlaşmasından önce Komisyon çalışmalarında zaman, yer ve işin niteliği bakımından ahlaka aykırı ahlaka aykırı sınır içeren rekabet yasağı kayıtları, caiz sınır ile düzeltilerek geçerliliğinin devam etmesi savunuluyordu¹³⁰. Böyle durumlarda doğruluk ve dürüstlük kuralı ahlaka aykırı kayıttan zarar gören tarafın korunmasını gerektirmekteydi. Alman Hukukunda indirim yaptırımının cezai şartın (BGB § 343), tellallık ücretinin (BGB § 655) tenkis edilebileceğine ilişkin özel hükümlerin yanında, aradaki hukuki ilişki sona erdikten sonra rekabet yasağına ilişkin üst süre sınırı getiren HGB § 74/a hükümleri gereği, her bir özel hükmün anlam ve amacından doğacağı kabul edilmektedir¹³¹. Ancak Alman Hukuku bakımından bu kavramların birbiri yerine geçecek şekilde kullanıldığı da görülmektedir. Zira Alman Hukukunda kanuni indirim yaptırımı kuralının temeli kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen BGB § 139 hükmünde değil de, yasaklayıcı (*ve emredici*) hükümlere aykırılığı düzenleyen BGB 134’ün ikinci cümlesinin lafzı ve amaca göre yorumundan ulaşılmaya çalışılmaktadır¹³². Buna bir örnek vermek gerekirse,

¹²⁶ ERMAN/BROX; § 134 BGB, Rn. 44; LARENZ/WOLF; AT, § 40, Rn. 23; BGHZ 11, 90, 95; BGHZ 51, 174; BGHZ 89, 316.

¹²⁷ CANARIS; a.g.m., s. 519, 529; PALANDT/HEINRICHS; § 134 BGB, Rn. 27; KOHTE; a.g.m., s. 2805; CAHN; a.g.m., s. 8.

¹²⁸ KRIECHBAUM; a.g.m., s. 69.

¹²⁹ CANARIS; a.g.m., s. 539-540.

¹³⁰ KRIECHBAUM; a.g.m., s. 69 vd.

¹³¹ CANARIS; a.g.m., s. 530. ROTH; a.g.m., s. 413. İndirim yaptırımı özellikle İş Hukuku alanında etkilidir. Bir hizmet sözleşmesinde kanuni sınırı aşan çalışma süresinin yasal süreye indirilmesine ilişkin Yüksek Mahkeme kararı için bkz: BAG NJW 1979, 2119 (2120).

¹³² CANARIS; *Gesetzliche Verbot*, s. 16 vd. “Kanuni bir yasağı (*gesetzliche Verbot*) ihlal eden hukuki işlem, kanundan başka türlü bir çözümün benimsendiği anlaşılmadıkça, batıldır” diyen BGB § 134 ‘nin ikinci cümlesinde yer alan “..başka türlü” (*..ein anderes..*) ibaresi, yasağın

komandit şirkete ait ortaklık payının devrine ilişkin sözleşmede yasal bölünme kuralını (1.11.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılan GmbHG §§ 17 IV, 5 III'a göre (BGBl, 23.10.2008, S.2026) payın 100'lük sayı sistemine göre tam bölünebilmesi gerekmekte idi) ihlal eden pay oranı başlangıçta imkansız edim olarak kabul edilirken, sözleşmenin yasal kısma indirgenerek geçerli kabul edilmesi savunulmaktaydı¹³³. Bununla beraber indirim yaptırımının hukuki niteliğinin tahvil olarak kabul edilmediğini de belirtmekte fayda vardır¹³⁴.

İndirim yaptırımının uygulanmasının kabul edildiği durumlarda sözleşmenin tamamının hükümsüz olmasını gerektirecek başka bir hükümsüzlük sebebi bulunduğu takdirde, indirim yaptırımı uygulanmayacaktır. Örneğin, sınırlı ehliyetli kimse tarafından yapılan aşırı yüksek kira bedelli sözleşme tamamen geçersiz olacak, indirim uygulayarak ayakta tutulması söz konusu olmayacaktır¹³⁵.

Yukarıdaki hükümlere ilişkin münferit uygulamaları Türk Hukuku bakımından aşağıda yeri geldikçe inceleyeceğimiz için, burada yalnızca kavram olarak “indirim yaptırımı”nın Alman Hukukundaki yeri, hukuki niteliği ve temeline ilişkin açıklamalar yapmakla yetinmekteyiz.

d- İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda da rekabet yasağına ilişkin OR Art. 340a (BK.m.349); cezai şarta ilişkin (OR Art. 163 Abs.3) vb. hükümler bakımından doktrinde genellikle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük halinde kullanılan geçerliliği koruyan indirim (*geltungserhaltende Reduktion*) yerine, yasal/caiz sınıra indirim (*herabsetzen auf*

ihlalinin “kesin hükümsüz olmama”, “kısmi hükümsüz olma” gibi bir sonuç öngördüğü bir duruma işaret edebileceği gibi başka türlü bir hükümsüzlük türüne de işaret edebilir. Zira kanunkoyucu burada “aksi anlaşılmadıkça” ibaresi yerine “başka türlü” şeklindeki bir ifadeyi bilinçli olarak seçmiştir. SAUER; **a.g.e.**, s. 112-113.

¹³³ Alman Eyalet Mahkemesi'nin bütün işlemi geçersiz kabul eden 1995 tarihli bir kararına karşı doktrinde, 18.750 Alman Markı değerindeki devre konu payın 50 Alman Markına isabet eden kısmı geçersiz kabul edilirken, yasanın anlam ve amacından geçerli kısma kadar indirim uygulanması gerektiği savunulmaktaydı. Aynı şekilde, devre esas teşkil eden satım sözleşmesinde satım bedelinin aynı oranda indirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. DEUBNER; **a.g.m.**, s. 109.

¹³⁴ OERTMANN; **Höchstpreisen**, s. 255-256.

¹³⁵ CAHN; **a.g.m.**, s. 14.

das zulässige/angemessene Mass) ibaresinin kullanılması¹³⁶, söz konusu hükümlerin indirim yaptırımının değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük dışında özel bir yaptırımın uygulaması olduğunu düşündürmekle beraber, bu konuda bilinçli bir kavram tercihi yapıldığı izlenimi uyandırmaktadır.

Gauch/Schluep değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisi ile uygulama alanı bulan “geçerliliği koruyan indirim” yaptırımına farklı bir başlık altında yer verirken (Rn. 693); ihlal edilen normun lafzından ortaya çıkan indirim yaptırımına farklı bir başlık altında yer vermişlerdir. Ancak yazarlar kanunda üst sınırın belli edildiği durumlarda dahi gerçek anlamda bir indirim değil, kaydı içeren münferit anlaşmanın tamamen hükümsüz olacağını ve yerine yasal sınırın ikame edileceğini savunmaktadırlar¹³⁷.

Schwenzler bazı özel düzenlemelerde (*OR Art. 163 Abs.3; tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin OR Art. 417; birlikte yaşama aracılık ücretinin indirilmesine ilişkin OR Art. 406h; aşırı rekabet yasağı sınırının indirilmesine ilişkin OR Art.340a Abs.2; 10 yıldan fazla süreli yapılan hizmet süresinin indirilmesine ilişkin OR Art.334 Abs.3*) özel olarak indirim yaptırımının varlığından bahsederek, bu durumlarda uygulanacak indirim yaptırımının terminolojik olarak ifade edilmesinde yukarıdaki her iki kavrama da bir arada yer vermiştir¹³⁸.

Abegg de aynı şekilde indirim yaptırımının özel bir takım düzenlemelerle öngörüldüğünden bahsederek, özel bir indirim yaptırımının varlığından bahsetmiştir. Yazar bu tespiti üst sınır içeren kanun hükümlerinden yola çıkarak yapmakla beraber, kanunda üst sınırın öngörülmeden hakime aşırılığı tespit ve indirme hususunda takdir yetkisinin verildiği hükümler bakımından ise hakimin MK.m.4 (ZGB Art. 4) uyarınca hakkaniyete uygun şekilde makul bir sınıra indirim yaptırımını uygulayacağını ifade etmiştir. Bu anlamda, uygulamaya ilişkin şartların bazı nazari farklılıklar içermesine rağmen, indirim yaptırımının uygulandığı bütün durumların ortak özelliklerinin tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmamasıdır¹³⁹.

¹³⁶ HONSELL; **Art. 340a OR**, Rn. 2; **Art. 163 OR**, Rn.5; **Art 417 OR**, Rn. 3. SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 32.43; 32.44. BERGER; **Allgemeines Schuldrecht**, Rn. 1102; 1106. Uygulamada terminolojik olarak bilinçli bir ayırımın yapılmadığı görülmektedir. Bkz: BGE 123 III 292.

¹³⁷ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 706.

¹³⁸ SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 32.43; 32.44.

¹³⁹ ABEGG; **a.g.e.**, s. 214.

Aynı şekilde yazar, sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapılmasını öngören hükümlerin “üst sınır” getiren hükümler ve “tamamlayıcı kural” (*Ersatzregel*) getiren kurallar olarak ikiye ayrılarak incelenmesini önermektedir. Bu hükümlerin de büyük bir çoğunluğunda indirim veya başkaca bir yaptırımın açıkça öngörülmediğini dikkate alarak, bu tarz hükümleri “*tamamlanmamış hükümler- unvollständige zwingende Inhaltsnorm*” olarak adlandırmaktadır¹⁴⁰. Bir kanun hükmünde alt ya da üst sınırın olmasına rağmen, söz konusu hükmün açıkça indirimi öngörmemiş olduğu hallere örnek olarak önalım ve geri alım hakkının en fazla 25 yıl için ve alım hakkının da 10 yıl için tanınabileceğine yer veren OR Art. 216a OR hükmünü göstermektedir¹⁴¹. Yine borçlunun hile veya ağır kusurundan sorumlu olmadığı kaydını içeren sözleşmenin kural olarak her kusurundan sorumlu olduğunu ifade eden tamamlayıcı hüküm niteliğindeki BK.m.98 (OR Art. 99) karşısında tamamen mi hükümsüz olacağı yoksa BK.m.99/f.1 (OR Art.100 Abs.1) karşısında yalnızca hafif kusura daraltılarak mı geçerliliğinin sağlanacağı meselesinde ihlal edilen normun lafzının netlik arz etmediğine işaret etmiştir.

Kanunda üst sınırın bulunduğu hallerde ise bu hükümlerin fonksiyonları ile ilgili genel bilgilerden yola çıkılarak uygulanacak yaptırımı tespit etmek en faydalı yoldur. Kanunda “...den fazla olamaz” şeklinde yer alan üst sınır hükümleri, tarafların o sınırlar içerisinde işlem yapabilme özgürlüğünün tanındığı emredici nitelikteki hükümlerdir. Bu hükümler, kamu düzenini ekonomik ve sosyal boyutu ile korumaya çalışan, benzer işlem alanlarında tekelleşmeyi önleyen ve bu alanlarda uyumlaştırma (*Kompatibilisierung*) amacı taşıyan hükümlerdir. Bu tarz hükümlere aykırılık halinde tarafların farazi iradelerine göre boşluk doldurma faaliyeti ile sözleşmenin geçerli kılınmaya çalışılması, ihlal edilen normun amacı ile bağdaşmayacaktır. Zira üst sınırı kendi lehine ihlal eden kimsenin farazi iradesi işlemi her zaman üst sınır üzerinden, kendi aleyhine ihlalin bulunduğu kimsenin farazi iradesi ise bu sınırın da altında tutmaya yönelik olacaktır. Hakim böyle bir durumda ilk aşamada üst sınıra indirim yaptırımını uygulayacak, ikinci aşamada kalan sınır görevi nedeniyle re’sen OR Art.20 Abs.1 hükmü uyarınca ahlaka ve

¹⁴⁰ ABEGG; a.g.e., s. 216.

¹⁴¹ ABEGG; a.g.e., s. 216.

kişilik haklarına aykırılığın oluşup oluşmadığını araştıracaktır¹⁴². Uyumlaştırma, koruma ve cezalandırma fonksiyonunun çok daha fazla olduğu (*mit starker Kompatibilisierungsfunktion und pönale und generalpräventive Element*) hükümlere aykırılık halinde ise ya tamamen geçersizlik ya da yasal sınıra indirim uygulanacaktır. Yazar bu hale örnek olarak 23 Mart 2001 tarihli Tüketici Kredileri Hakkında Kanun (*Bundesgesetz über den Konsumkredit-KKG*) 14. ve 15. maddelerini göstermektedir. KKG Art.14'e göre, Federal Konsey Merkez Bankası'nın tüketici kredisi işlemlerinde uyguladığı oranları dikkate alarak yıllık faiz oranını belirler. Bu oran %15'i aşamaz. KKG Art.15'e göre ise, söz konusu faiz oranını aşarak yapılan tüketici kredisi sözleşmesi geçersiz olup, tüketici aldığı krediyi faiz ve masraf ödemeksizin iade etmek zorundadır¹⁴³.

Kramer, Giger, Guhl ve Kohler, bu tarz durumlarda; bir başka ifadeyle *tamamlanmamış hükümlere aykırılık halinde*, ihlal edilen normun anlam ve amacından indirim yaptırımının uygulanması sonucu çıktığında, tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın indirimin yapılmasını savunmaktadırlar¹⁴⁴. Bu nedenle hakimin vereceği indirim kararı tespit niteliğinde olmayıp, yenilik doğuran bir karar niteliğindedir¹⁴⁵. *Giger*, kanunda üst sınırın belli edilmediği ancak indirim yapılması amacının ortaya çıktığı durumlarda (yüksek faiz gibi) hakimin, OR Art.20 Abs. uyarınca tam hükümsüzlük iddialarını dinlemeksizin ZGB. Art.1 Abs. 2 gereği sözleşme boşluğunu dolduracağını belirtmektedir. Bu halde de hakim indirimin yapılacağı ölçüyü (*Maßstab*) işin mahiyeti ve taraf menfaatlerini dikkate alarak belirleyeceğini savunmakla beraber, bazı kararlarda farazi iradelerden dil ucuyla (*lippenbekenntnis*) bahsedildiğini ifade etmektedir¹⁴⁶.

Gauch, Schlupe ve Hürlimann ise bu hallerde OR Art. 20 Abs.2 uyarınca değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanması ve geçersiz kayıttan sonra oluşan boşluğun tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak doldurulmasını savunmaktadır. Bu çözüm gereğince boşluk, tamamlanmamış hükümlerdeki sınırın altında kalan bir

¹⁴² ABEGG; *a.g.e.*, s. 220.

¹⁴³ ABEGG; *a.g.e.*, s. 220-221.

¹⁴⁴ KRAMER; **Art. 19-20 OR**, Rn. 359; GUHL/MERZ/KOLLER; § 7, Rn.. 40; GIGER; *a.g.e.*, s. 29-35, 40, 43, 46-47, 129-131.

¹⁴⁵ Hans GIGER; “**Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag**”, ZBJV 105, 1969, s.309. Karş: BGE 109 II 120; 111 II 369; 114 II 264.

¹⁴⁶ GIGER; *a.g.e.*, s. 93-94.

sınır ile de doldurulabileceği gibi, tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri de dikkate alınacaktır¹⁴⁷. Ancak bazı durumlarda emredici kuralın anlam ve amacı dikkate alındığında tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri dikkate alınmayabilir¹⁴⁸. Yazarlara göre, “indirim” olarak bahsedilen yaptırım aslında değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük dışında başka özel bir uygulamayı ifade etmemektedir. Öyle ki hakime aşırılığı tespit ve indirim yapma yetkisinin verildiği hükümlerde dahi mahkemenin vereceği karar tespit niteliğinde bir karardır¹⁴⁹.

Rouiller, kanun koyucunun, sözleşmeyi hukuk düzeni ile uyumlu hale getirmek amacı taşıyarak ihdas ettiği hükümler bakımından “gerçek bir indirim yaptırımı” ile karşılaşılacağını savunmakla beraber, bu durumu ifade etmek üzere “geçerliliği koruyan indirim” kavramı yerine “kanuna uygunluğu koruyan indirim” (*rechtsmäßigkeitserhaltende Reduktion*) kavramının kullanımının yerinde olacağını belirtmektedir¹⁵⁰.

Abegg ise tamamlanmamış hükümler ile ilgili mutlak bir çözüme varmadan önce, bu tarz hükümlerin hangi sosyal ve ekonomik amaç ile tesis edildiklerinin araştırılması ve varılacak hukuki sonucun tarafların sosyal çevreleri ve menfaatleri üzerindeki etkisinin ne olacağını belirlenmesinin gerektiğini savunmaktadır¹⁵¹. Bu anlamda geleneksel bir terminoloji ile ilk araştırılacak husus, normun koruma amacının varlığıdır. Bu görüşe paralel olarak, örneğin tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde kanunda öngörülen faiz ve tarifelerle belli edilen oran ve bedelleri aşan sözleşmelerde, üst sınır ile tüketicinin korunması amaçlandığı için –*tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın*- üst sınıra indirim yaptırımının uygulanacağı

¹⁴⁷ GAUCH; **Teilnichtigkeit**, s. 97; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 79; GAUCH; **Mietvertrag**, s. 58. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 704. Yazarlar bu konuda aşırı bedelli ve aşırı faiz içeren sözleşmeler ile ilgili verilen kararlara dikkat çekmektedirler. Bkz: BGE 107 II 218; 120 II 40; 123 III 299. Aynı yönde bkz: KELLER/SCHÖBI; **a.g.e.**, s. 151.

¹⁴⁸ Yazarlar buna örnek olarak yasal deneme süresini aşan hizmet sözleşmesindeki sürenin yasal sınır üzerinden geçerli olacağına ilişkin mahkeme kararlarına atıf yapmaktadırlar. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 706, dn. 256. Bkz: BGE 129 III 125; 131 III 470.

¹⁴⁹ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 714. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 88, BUCHER; **a.g.e.**, s. 266; 268 dn.115. GAUCH, **Recht**, s. 98, dn.23.

¹⁵⁰ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 38, dn.176; 117, dn. 609.

¹⁵¹ Emredici ve tamamlayıcı hükümlerin uyumlaştırma fonksiyonu ile ilgili olarak bkz: BGE 123 III 292.

kabul edilmektedir¹⁵². Yine emredici hükümlerin koruma amacı dikkate alınarak OR Art. 100 Abs.1'e aykırı olan sorumsuzluk anlaşması "hafif kusur" ile sınırlandırılarak geçerliliği sağlanacak ve bu norm sözleşmeyi değil; statüyü koruyan bir norm olarak ele alınacaktır¹⁵³. Doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından kabul edilen görüş de bu yöndedir¹⁵⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi ihlal edilen normun lafzı, anlam ve amacından indirim yaptırımının uygulanmasını öngördüğü hükümler olarak cezai şartın indirilmesine ilişkin OR Art. 163 Abs. 3; tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin OR Art. 417; aşırı kira artış oranlarının iptaline ilişkin OR Art. 269, yer, zaman ve işin niteliği olarak aşırı rekabet yasağına ilişkin OR Art. 340a ve hizmet sözleşmesindeki aşırı dayanışma tutarlarına ilişkin hakime indirim yetkisi verilen OR Art. 356b Abs. 2 hükümlerini sıralamıştır. Mahkeme bu hallerde OR Art. 20 Abs.2 uyarınca kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulanacağını ancak bu hallerde ihlal edilen normun anlam ve amacı gereği uygulanacak indirim yaptırımı bakımından tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradelerinin dikkate alınmayacağını ifade etmiştir¹⁵⁵. Bu uygulamaya yönelik olmak üzere Mahkemenin 1955 tarihli bir kararı oldukça önemlidir¹⁵⁶. Kararda aynen şöyle denmektedir: "...Duruma göre kuralın hükmü, borçlunun vaat ettiği hukuka aykırı biçimde değil; yasanın olmasını istediği biçimde edimini yerine getirmesi olabilir. Örneğin vaad edilen faizin veya fiyatın yerine, izin verilen (zulässig) faiz veya fiyat ödenecektir".

e- Türk Hukukunda

Türk Hukuku bakımından da teknik olarak "indirim" kavramını daha önce de ifade ettiğimiz üzere yalnızca değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisi ile açıklayan yazarlar bulunmakla beraber¹⁵⁷, bazı yazarlar tarafından sözleşmenin nicel

¹⁵² ROUILLER; **a.g.e.**, s. 197. Kredi sözleşmesinde yer alan faiz oranının üst sınıra indirilmesine ilişkin olarak bkz: BGE 80 II 327.

¹⁵³ ABEGG; **a.g.e.**, s. 219.

¹⁵⁴ KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 358. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 711. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 87.

¹⁵⁵ BGE 123 III 292; 117 II 275.

¹⁵⁶ BGE 81 II 613.

¹⁵⁷ Bu görüşe göre, yasağa aykırı sözleşme hükmü tamamen geçersizdir ve bunun sonucu olarak da en yüksek sınıra "indirilmesi" söz konusu değildir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 31;

kısımlarında düşey tarzda gerçekleşen, tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmadan uygulanan gerçek anlamda bir «*indirim*» yaptırımının varlığına da değinilmiştir¹⁵⁸.

“İndirim” kavramının Türk Hukukunda etraflıca incelendiği bir monografi ve çalışma bulunmamakla beraber, indirimi öngören bazı özel hükümlerden yola çıkarak ve hatta bazı hallerde kıyasen uygulanmasının kabul edildiği münferit bir takım hallere (*rekabet yasağı ve tacir borçlu bakımından cezai şartın indirilmesi gibi*) mahsus olarak açıklamalar yapıldığı görülmektedir. Ancak bu hallerde dahi, indirim yaptırımının hukuk sistemindeki yeri, hukuki niteliği ve şartlarının tatmin edici şekilde açıklığa kavuşturulmadığını ifade etmek gerekir. Biz bu çerçevede yapacağımız çalışma ile “yasal ya da caiz” sınıra indirim yaptırımının hukuki niteliği, hüküm ve sonuçlarını, bu hallerin öngörüldüğü veya kabul edildiği halleri dikkate alarak ortaya koymaya gayret göstereceğiz.

BK. m. 20/f.2 hükmü kısmi hükümsüzlüğün kanundaki genel çerçevesidir. Mevzuatın başkaca kısımlarında kısmi hükümsüzlüğe ilişkin olarak BK. m.20/f.2 c.2’deki uygulanma şartlarını bertaraf eden ya da sınırlayan hükümlere rastlamak mümkündür. Nitekim TTK.m.1466, 556 sayılı KHK m. 42/f.2, 554 sayılı KHK m. 43/son, 551 sayılı KHK m. 129/ f.3 hükümlerinde durum böyledir. Bununla beraber,

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 607; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 163 vd., 169; ATEŞ; **a.g.e.**, s. 293; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 706; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 78, 82, 110.

¹⁵⁸ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 577, 220 dn. 112. Yazar paylılığın sürdürülmesi anlaşması, cezai şartın indirilmesi ve 10 yılı aşan hizmet sözleşmeleri bakımından da indirim yaptırımının uygulanacağını ifade etmektedir. Yazar, kanunda üst sınırın belirlendiği haller ile üst sınırın belirlenmediği ancak hakimin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde “düşey doğrultuda kısmi butlan”ın uygulanacağı; bu hükümsüzlüğün de gene hakimin görevinden ötürü re’sen göz önünde bulunduracağını ifade etmektedir. Ancak kanunda üst sınırın belirlendiği hallerde hakimin takdirine veya boşluk doldurma faaliyetine gerek bulunmazken, üst sınırın belirlenmediği ancak hakime takdir yetkisinin verildiği hallerde hakim takdir yetkisini kullanarak “butlanı”ı tespit ettikten sonra, bir de sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde bulunması gerekecektir. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221-226; 221, dn. 113; 223 dn. 114. *Atamer* de yasal faiz hükmünü aşan bir hükmün indirim yaptırımı çerçevesinde bir sözleşme boşluğuna mahal vermeksizin uygulanmasından bahsetmekle beraber, bu kurumun incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. ATAMER; **a.g.e.**, s. 231-232. *Serozan* da BK.m.20/f.2’nin “bölümsel hükümsüzlüğü” ilişkin “aksine farazi irade” engelinin TTK. m.1466’nın “**eksik geçerlilik**” (*Fehlwirksamkeit*) yaptırımı doğrultusunda aşılabileceğini savunmaktadır. Eğer bu çözüm kabul edilirse, “bölümsel butlan” kavramı yalnızca “nitel bölümsel butlan” (*qualitative Teilnichtigkeit*) kavramını değil, ayrıca “nicel bölümsel butlan” (*quantitative Teilnichtigkeit*) kavramını da kapsamına alacaktır. Rona SEROZAN; “**Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü**”, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 205.

aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere kanunda üst/alt sınırın öngörüldüğü haller ile hakime indirim görevinin verildiği haller mevcuttur. Tüm bu hallerde Alman, Fransız, İsviçre ve Avusturya hukuklarında da artık tarafların tam hükümsüzlük yönündeki iradelerini dikkate almaksızın uygulanmakta olan bir “indirim yaptırım”ının varlığından bahsetmek gerekir.

Doktrinde indirim yaptırımının kanunda yer alan kurallara kıyasen başka alanlarda da uygulanıp uygulanmayacağı konusu da önem arz etmektedir. Örneğin doktrinde cezai şartın indirilmesine ilişkin BK.m.161/f.3 hükmünün kıyasen dönme cezasına uygulanamayacağı büyük çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁵⁹. Bu anlamda **Hatemi**, kural olarak sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan kanun kurallarının kıyas yolu ile başka alanlarda uygulanmasına cevaz verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶⁰. Aynı şekilde yazar, kanuna karşı hile yolu ile kanunda üst sınır öngörülen ya da indirim yaptırımının uygulanmasını gerektiren durumların dolanılması halinde, sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü yerine, bu hallerde de indirim yaptırımının uygulanması gerektiği görüşündedir¹⁶¹. Bu anlamda hizmet sözleşmesindeki süre sınırını aşmak için tarafların pansiyon ve hizmet sözleşmelerini bir arada yapmaları örnek olarak gösterilebilir. Kanaatimizce kanunun üst sınır öngörmediği hallerde, ihlal edilen normun anlam ve amacından indirimin uygulanmasının en uygun çözüm olarak kabul edildiği hallerde de (*rekabet yasağı, sorumsuzluk anlaşmaları gibi*) düşey kısmi hükümsüzlüğü uygulamak mümkündür¹⁶². Bu anlamda indirim yaptırımı yalnızca kanunda nicel olarak bir sınırın öngörüldüğü hallerde değil; ihlal edilen normun amacına uygun bir *sınırlama* ya da *daraltma* yapılması gereken hallerde de (*sorumsuzluk anlaşmaları, rekabet yasağı anlaşmaları*) indirim yaptırımından bahsedilmek gerekir. Düşey kısmi hükümsüzlüğün ihlal edilen her bir normun anlam ve amacından ortaya çıktığını kabul ettiğimiz için, münferit düzenlemelerde yer alan indirim yaptırımı hallerinin, diğer hukuki olaylar bakımından kıyasen

¹⁵⁹ Bu konuda bkz: a.s.s. 206, dn. 248.

¹⁶⁰ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 232.

¹⁶¹ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 233 ve dn.133’de anılan kararlar. Yazar bu durumu, mevzuattaki faiz hükümlerinin dolanılarak, ödünç karşılığı bir malın kullanımının kararlaştırıldığı sözleşmelere uygulamadan örnekler vererek açıklamaktadır.

¹⁶² Bu konuya ilişkin olarak bir görüşümüzü açıkladığımız yüksek faiz ile ilgili bir Yargıtay kararı için bkz: a.s. s. 182 vd.

uygulanmasında çeşitli zorluklar ortaya çıkar. Örneğin aşırı bedelli sözleşmelerden kira veya faizli ödünç sözleşmesi bakımından kıyasen uygulanması önerilen, fahiş cezai şartın (BK.m.161/f.3) ve tellallık ücretinin (BK.m.409) indirilmesinin temeli, hakim tarafından müdahaleyi gerektiren maddi anlamda bir sözleşme adaletinin sağlanması esasına dayanmaktadır¹⁶³. Bu hükümlerde zarara uğrayan tarafa, fahiş cezai şartın veya tellallık ücretinin makul sınıra indirilmesini talep etme hakkı dışında sözleşmenin iptalini ya da kesin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkı tanınmamıştır. Her iki hüküm arasında nazari farklılıklar da mevcuttur. Fahiş cezai şartın indirilmesi hakimin görevi itibariyle re'sen dikkate alması gereken bir yükümlülük iken, tellallık ücretinin indirilmesi için borçlunun talebi şarttır¹⁶⁴.

Kanaatimce gerek üst sınır koyan hükümler gerekse hakime indirim yetkisi verildiği hallerde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasını kabul eden görüşe katılmak çeşitli sebeplerle zor görünmektedir. Zira bu gibi hallerde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük gereği tam hükümsüzlük veya boşluk doldurma faaliyetinde dikkate alınması gereken tarafların farazi iradeleri olgusu bertaraf edilmek istenmektedir. Ancak indirim yaptırımını tahvil veya gabin gibi kurumlar altında incelemek yerine, nicel kısmı içeren anlaşmanın tekrar alt anlaşmaya bölünerek aşırı kısmın geçersizliğine karar verilmesi yolu ile sözleşmenin düşey anlamda kısmi hükümsüz olduğunu kabul etmek gerekir. Bu noktada da düşey kısmi hükümsüzlük doğrudan BK. m. 20/ f.2 hükmünden değil; somut olayda ihlal edilen kuralın anlam ve amacından doğacaktır. Bu görüşün getirdiği pratik fayda, düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanma yöntemini gösteren TTK.m.1466 hükmünün, indirim yaptırımı gerektiren bütün hallerde doğrudan veya *niteliğine uygun düştüğü ölçüde* kıyasen uygulanabilmesidir. Bu görüş, BK.m.20/f.2'de öngörülmeleyen tarzda bir kısmi hükümsüzlük türünü gündeme getirdiği gerekçesiyle eleştiriye uğrayabilir. Ancak hukukumuzda kesin hükümsüzlüğün öngörülmediği hallerde dahi, ihlal edilen normun anlam ve amacının gerektirdiği ölçüde BK.m.20'nin esnetilerek

¹⁶³ Doktrinde bu gibi özel hükümlerin örneğin tellallık ücretinin indirilmesi ile ilgili BK.m.409 hükmünün gabin hükümlerine paralel ve bu hükümleri tamamlayan düzenlemeler olduğu yönünde görüşler mevcuttur. OFTINGER; a.g.e.,s.537.BUCHER;a.g.e.,s.229. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 500.

¹⁶⁴ Y. 13. HD. T.11.12.1989, E.1989/4471, K.1989/7193; T.TD. T.24.1.1968, 4/365-45 (YAVUZ; a.g.e., s. 711, dn.63a).

uygulanabileceği (*sınırlı esneklik görüşü*) ve hatta BK.m.21'in amaca uygun sınırlandırılarak uygulanmasına dahi cevaz verilmektedir. Bir itiraz da sosyal veya zayıf tarafı koruma amacını taşıyan üst/aşt sınır hükümlerine aykırılık halinde, doğrudan üst sınıra indirim yapılmasının zayıf tarafı yeterince korumayacağı şeklinde ileri sürülebilir. Gerçekten de hukuka aykırı davranışının sonucunda mutlaka üst sınıra indirim yapılacağını bilen güçlü taraf için bu yaptırım yeterince caydırıcı değildir. Ancak düşünülmelidir ki, kanunda öngörülen üst/alt sınır hükümleri koruma amacının yanında aynı zamanda bir düzen ve cezalandırma işlevi görmektedir. Kaldı ki; tarafların üst sınıra indirilmiş sözleşme ile bağlı kalmak gibi bir zorunlulukları da bulunmamaktadır. Taraflar üst sınırın da altında bir sözleşme hükmü ile bağlanmayı istemekteler ise, yapacakları yeni bir sözleşme ile bunu pekâlâ başarabilirler. Ayrıca doktrinde indirim yaptırımının uygulandığı bütün hallerin birbirinden bağımsız ve ayrı birçok görüş ile gerektiğinden fazla bir biçimde ele alındığını ve berraklığını kaybettiğini görmekteyiz. Kanunda üst/alt sınırların öngörüldüğü hallerde her bir somut olayda birbirinden farklı sınırlara indirim yaptırımının uygulanması hukuk güvenliği açısından da sakıncalıdır.

Bununla beraber, tarafların yaptıkları sözleşmede kanunun öngördüğü sınırlara ilişkin kısım bakımından suskun kalmış olmaları ile bu sınırları aşarak bir nicel kayıt öngörmüş olmaları durumu birbirine eş değildir¹⁶⁵. Kanundaki üst/alt sınırın aşıldığı durumda hakimin sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde bulunmasını beklemek tarafların üst sınırı aşarak ortaya koydukları iradeyi (*Maximalabrede*) ve üst/alt sınır hükümlerinin anlamını bertaraf etmek anlamına gelecektir. Oysaki kanundaki üst sınırın aşıldığı bir durumda hakim öncelikle indirim yaptırımını uygulayacak ve sözleşmeyi yasal sınır üzerinden geçerli kılacaktır. Daha sonra ise hakim bu sınırın taraflardan biri açısından ahlaka veya kişilik haklarına (BK. m.20/f.1) aykırılık teşkil edip etmediğini re'sen denetleyecektir. Somut olayda sözleşmedeki yasal sınırın uygulanmasını ahlaka veya kişilik haklarına aykırı bulması halinde, bu sefer değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramı çerçevesinde sözleşme boşluğunu uygun bir içerikle düzeltecektir ya da ortak farazi iradelere göre (BK. m.20/ f.2 c.2) tam

¹⁶⁵ Ernst KRAMER; “*Vertragsnichtigkeit und Hypothetischer Parteiwille im schweizerischen Obligationenrecht*”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 158 vd; TANDOĞAN; *a.g.e.*, s. 121; 182 vd. Aksi yönde bkz: HÜRLIMANN; *a.g.e.*, s. 78 vd. ; GAUCH/SCHLUEP; *OR AT*, Rn. 703; KELLER/SCHÖBI; *a.g.e.*, s. 151.

hükümsüzlük sonucuna varacaktır. Kanaatimizce TTK.m.1466 hükmü kanunda alt/üst sınırların bulunduğu veya indirim yaptırımının öngörüldüğü bütün durumlarda genel kural olarak uygulanacaktır.

TTK. m.1466 hükmünü üst sınır hükümleri bakımından genel kuralın çerçevesi olarak kabul ettiğimiz vakit, düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı hallere ilişkin çeşitli ortak özelliklerinin varlığını kabul etmemiz gerekecektir. Bunlar:

a- Düşey kısmi hükümsüzlük gereği indirim yaptırımının uygulanmasında tam hükümsüzlük yönünde *kural olarak* tarafların farazi iradeleri dikkate alınmayacak ve;

b-nicel kısmın hükümsüzlüğünden sonra, bu kısma ilişkin bir sözleşme boşluğu ortaya çıkmayacaktır.

c- nicel kaydın hükümsüzlüğünden sonra aşırı ödenen bedelin iadesinde BK.m.62’de öngörülen şartlar aranmayacaktır.

Elbette ki bu çalışmada kanunda yer alan üst sınır içeren bütün hükümlerin tek tek incelemesini yapmanın imkânı yoktur. Zaten çalışma konumuzun asıl amacı salt böyle bir incelemede bulunmak değil, uygulama ve doktrinde önem arz eden bazı özel düzenlemeleri yakından inceleyerek, düşey kısmi hükümsüzlüğe ilişkin müşterek bir takım çıkarımlar ile konuyu anlaşılır kılmak ve “indirim” ibaresinin kullanıldığı bu alanların ortaya çıkardığı bulanık görüntüyü bir nebze yok etmeye çalışmaktır.

Özetle, düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanması, emredici ya da tamamlayıcı normun bunu açıkça belirtmesi ya da karşı konulmak istenen sonucun önemi bakımından, kuralın anlam ve amacından bu sonucun çıkarılabilmesine bağlıdır.

5- Düşey Kısmi Hükümsüzlüğün Uygulama Alanı

(1) Kanunda Üst Sınırın Tespit Edildiği Haller

i. Genel Olarak

Bu başlık altında şu ana kadar hukuki niteliğini ve özelliklerini incelediğimiz indirim yaptırımının uygulama alanlarını tespit etmek üzere, kanunda üst sürenin öngörüldüğü veya anlam ve amacından indirim uygulanması sonucunun çıktığı hallerin varlığını yakından inceleyeceğiz.

Kanunda alt/üst sınır öngören hükümler emredici nitelikte olabileceği gibi, yedek hukuk kuralı olarak da öngörülmüş olabilir (BK.m.207/f.1)¹⁶⁶. Kanunun meblağ, oran, süre gibi ve hatta daraltmaya uygun bir sınır (*rekabet yasağı gibi*) belirlediği bütün durumlarda, özellikle uygulamada bu sınırı aşan kayıtlar bakımından, tarafların farazi iradeleri araştırılmaksızın doğrudan üst sınıra indirim yaptırımının uygulandığı görülmektedir. Bu anlamda özellikle yüksek akdi faiz kararlaştırıldığı birçok durumda İsviçre Federal Mahkemesi, faize üst sınır koyan hükmün mahiyeti icabı tarafların daha aşağıda bir oran belirleyebilecekleri yönündeki farazi iradelerine ve hatta BK.m.20/f.2 c.2'yi dahi gözetmeksizin üst sınıra indirim yaptırımını uyguladığı görülmektedir¹⁶⁷. Bu hallerde indirim yaptırımının; münferit anlaşmanın geçersizliğinden sonra oluşan sözleşme boşluğunu doldurma ile gündeme gelen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramı karşısında özel bir konuma kavuştuğu açıktır. Kanunda üst sınırın belirlenmediği durumlarda düşey kısmi hükümsüzlük değil, şartları varsa gabin (BK.m.21) ya da BK.m.20/f.2'den kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük uygulama alanı bulacaktır. Örneğin aşırı bedelli bir satım sözleşmesinde gabnin de şartları oluşmuşsa, esasen ahlaka aykırı bir fiil olan gabni özel bir yaptırıma bağlamış olduğundan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile gabin arasında yarışma ihtimalinden de bahsedilemez¹⁶⁸.

Üst sınırı tayin eden emredici hükümler kamu düzenine ilişkin olabileceği gibi iktisaden veya sosyal olarak zayıf olan tarafı korumak amacı ile tesis edilmiş olabilirler¹⁶⁹. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesine kıdem tazminatı ile ilgili olarak 2762 sayılı Kanunla 1982 yılında getirilen tavan hükmüne göre, tazminatın yıllık miktarının en yüksek devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini aşamayacağı öngörülmüştür (m.14/f.13). Kıdem tazminatına ilişkin bu hükmün kamu düzenine ilişkin mutlak emredici nitelikte bir

¹⁶⁶ BK.m.207/f.1'e göre, satılanı ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan bütün davalar, satıcı daha uzun bir süre için garanti vermedikçe, malın alıcıya tesliminden itibaren bir sene ile sınırlanmıştır. Doktrinde tarafların bu sürenin de altında bir zamanaşımı süresi kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir. YAVUZ; a.g.e., s.126-127. Ayrıca bkz: zamanaşımı sürelerinin indirimi konusundaki açıklamalarımız için a.s.s.193 vd.

¹⁶⁷ BGE 80 II 333; 93 II 189.

¹⁶⁸ Bu durumda iptal süresini geçiren gabne uğrayan tarafın, daha sonra BK.m.20/ f.2'ye başvurması mümkün olmalıdır. Bkz: a.s.s. 257.

¹⁶⁹ Kanaatimizce toplumda ekonomik ya da sosyal olarak zayıf olan tarafı koruyan bütün hükümler kamu düzeniyle ilişkili olduğu halde, kamu düzenine ilişkin bütün emredici hükümlerin zayıf tarafı koruyucu bir amacı olduğu söylenemez.

hüküm olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁷⁰. Dolayısıyla hizmet sözleşmesinde tazminatın yıllık miktarının söz konusu sınırı aşarak belirlenmesi halinde, aşırı meblağ söz konusu sınıra indirilecektir.

Aynı şekilde, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanun'un¹⁷¹ 6311 sayılı Kanunla değişik 120.maddesi gereğince, istihkakların son ödeme tarihlerini takip eden 3 aylığından fazlası temlik edilemez. Buna göre 3 aya kadar olan alacaklar temlik edilebildiği halde, son ödeme tarihini takip eden 3 aylığı aşan alacakların temliki kanun hükmü ile yasaklanmıştır. Yargıtay 1976 yılında verdiği kararda¹⁷²; “..Mahkeme, temlikin kanun gereği yapıldığı günden başlayarak üç aydan sonrasının geçersiz olduğunu açıklamamış olması, kanuna aykırı bulunduğundan hükmün bozulması gerekir” diyerek, temlik belgesinin verildiği günden başlayarak üç aylık süre sonuna kadar devam eden dönemde doğan aylıkların temlikinin geçerli, daha sonraki döneme ilişkin olanların geçersiz olduğunu kabul etmiştir.

Bununla beraber, sözleşmenin içeriğindeki hükümlerden bazılarının kamu düzeni veya genel ahlak ile ilgili olan emredici hukuk kuralına aykırı olduğu ve söz konusu hükmün sözleşmenin *objektif esaslı* bir unsuru olduğu durumlarda dahi, ihlal edilen normun anlam ve amacı gerektirdiğinde tam hükümsüzlük değil; düşey kısmi hükümsüzlük uygulanacaktır¹⁷³. Örneğin, hukukumuz bakımından Avukatlık Kanununun 164.maddenin 2.fıkrasında belirtilen %25'lik sınır aşarak, avukatlık ücretinin belirlenmesi halinde, ücretin sözleşmenin objektif esaslı unsuru olması dahi indirim yaptırımının uygulanmasını engellemeyecektir.

ii- Zamanaşımı Süreleri Bakımından İndirim Yaptırımı

Özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılması (*kazandırıcı zamanaşımı*) veya ileri sürülmesinde kanunun kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir¹⁷⁴. İndirim yaptırımının söz konusu olabileceği zamanaşımı, hakkın ileri sürülmesinde belirlenen sürenin geçirilmesi

¹⁷⁰ Nuri ÇELİK; **İş Hukuku Dersleri**, 21.Yenilenmiş Bası, Beta, İstanbul, 2008, s. 315-316 ve 316, dn.196'da belirtilen yazarlar.

¹⁷¹ RG. T. 17.6.1949, S.7235.

¹⁷² Y.14. HD., T. 8.12.1976, E.1976/2040, K.1976/10645 (Corpus).

¹⁷³ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.694, ROUILLER; **a.g.e.**, s. 37, KRAMER; **.Art.19/20**, Rn.35.

¹⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 463-464.

halinde etkin bir hukuki yaptırımdan yoksun hale geleceği zamanaşımıdır. Bu nedenle bu başlık altındaki açıklamalarımızı, zamanaşımı kavramının yalnızca hakkın ileri sürülmesindeki olumsuz etkisini kapsayan niteliğini dikkate alarak yapacağız.

Kanun koyucu tarafından bu tarz zamanaşımı sürelerinin konulmasında güdülen amaç¹⁷⁵, zamanaşımı def'inden feragat edilememesini ve bu sürelerin sözleşme ile değiştirilmemesini öngören hükümlerin amacı ile bağdaşmaktadır. Keza zamanaşımı sürelerinin uzatılmaması uzun yıllar öncesine dayanan alacakların kanıtlanmasındaki güçlükten borçluyu korumak amacı ile ilgili iken, bu sürelerin kısaltılmaması alacaklının alacağını elde etmesinin güçleştirilmesine engel olma amacı taşımaktadır¹⁷⁶. Bu anlamda, kanunkoyucunun BK.m.127 ve TK.m.6 hükümleri ile zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceğini kesin olarak hükme bağladığı görülür. Ancak bu hükümlerden BK.m. 127'nin "*işbu üçüncü bapta tayin olunan mürruzaman müddetleri mukavele ile tadil olunamaz*" şeklindeki açık lafzına rağmen, bu hükmün "üçüncü bap" dışında kalan bölümlerde de uygulanıp uygulanmaması gerektiği meselesi doktrinde tartışmalıdır¹⁷⁷.

Türk-İsviçre Hukuk doktrinindeki hakim görüş, kanunun üçüncü bölümü dışında kalan zamanaşımı ile ilgili hükümlerinin emredici nitelikte olduğunun anlaşılması halinde, söz konusu hükümlerde yer alan sürelerin değiştirilemez olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁸. Bu görüşe taraftar olanlar, Borçlar Kanununun üçüncü bölümü (*BK.m.113-140*) dışında kalan süreleri düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olmaması halinde, bu sürelerde yapılacak uzatmanın 10 yıldan fazla olmaması gerektiği; kısaltmanın ise alacaklının talep hakkını aşırı derecede güçleştirmeyecek seviyede yapılmaması şartıyla mümkün olabileceğini kabul etmektedir.

¹⁷⁵ Bu amaçlar için geniş bilgi için bkz: TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 1438 vd.

¹⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 465-466.

¹⁷⁷ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 129.

¹⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 466. ARAL; **a.g.e.**, s. 149. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 129, dn. 122. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 1440. Mehmet Akif TUTUMLU; **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 341. Von TUHR/ESCHER; **a.g.e.**, s. 216. GUHL/MERZ/ KOLLER; **a.g.e.**, s. 293. GIGER; **a.g.e.**, s. 33. HONSELL; **Art. 129 OR**, Rn. 1. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 3379. Aksi yöndeki görüşler için bkz: TUTUMLU; **a.g.e.**, s. 338-339.

Aslında zamanaşımını öngören her hüküm bakımından ayrı ayrı sonuca varmak, her bir hükmün mahiyetini araştırmayı gerektireceğinden, münferit ve dağınık bir çözüm arz etmektedir. Bu anlamda TTK.m.6'nın "*kanunda aksine hüküm olmadıkça ticari hükümler koyan kanunlarla tayin olunan mürruzaman müddetleri mukavele ile değiştirilemez*" şeklindeki ifadesi ile aslında, zamanaşımına ilişkin ortaya çıkacak karışıklığı önlemesi yolunda son derece isabetli bir çözüm getirilmiştir. Şimdi BK.m.127'nin dar yorumlanması sonucu doktrin ve uygulamadaki karışıklığı kısaca şu tespitlerle açıklamakta fayda vardır. Bu anlamda başka kanunlarda öngörülen birçok zamanaşımı süresinin, bu süreyi koyan hükmün mahiyeti icabı değiştirilmeye elverişli olmadığı görülür (*MK. m. 492, 493, 123, 178, 241/f.2*). Bunun dışında ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğundaki (*BK. m. 207/f.1*) bir yıllık sürenin üst sınır olmaksızın uzatılabileceği savunulmakla beraber¹⁷⁹, bir görüş tarafından da uzatmanın BK.m.125 gereği 10 yılın üzerinde olmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁰. Yine BK.m.207/f.1'deki sürenin kısaltılmasına ilişkin olarak, bir görüşe göre, madde hükmü yalnızca uzatmaya imkan verdiği için bu sürenin kısaltılmasının mümkün olmayacağını savunmakla beraber¹⁸¹, bir görüşe göre BK.m.196'ya göre tarafların ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlama ya da ortadan kaldırma mümkün olduğu için BK.m.207/f.1'deki sürenin de kısaltılması imkanı kabul edilmelidir¹⁸². Yine haksız fiil sorumluluğuna ilişkin BK.m.60'da yer alan 1 yıllık sürenin kısaltılmamasıyla beraber 10 yıla kadar uzatılmasının mümkün olduğuna yönelik görüşler olmasının yanında¹⁸³, 1 yıllık sürenin kısaltılabileceğine ilişkin görüşler de vardır¹⁸⁴. Ancak TK.m. 25/b.4'e göre, ticari satımlarda altı aylık zamanaşımı süresinin uzatılabilmesi imkanı kabul edilmemekle beraber, bu sürenin kısaltılma imkanı vardır¹⁸⁵.

¹⁷⁹ YAVUZ; **a.g.e.**, s. 127 ve dn.161'de belirtilen yazarlar. Aynı yönde bkz: BGE 102 II 97.

¹⁸⁰ TUTUMLU; **a.g.e.**, s. 338. TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 192. HONSELL; **Art. 210 OR**, Rn.4. SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 84.12. ENGEL; **a.g.e.**, s. 810. Aynı yönde bkz: BGE 99 II 189.

¹⁸¹ YAVUZ; **a.g.e.**, s. 127, dn. 163'de belirtilen yazar.

¹⁸² ARAL; **a.g.e.**, s. 149. YAVUZ; **a.g.e.**, s. 127 ve dn. 165'de belirtilen yazarlar. HONSELL; **Art. 210 OR**, Rn.4.

¹⁸³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 1438-1440. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir. Bkz: BGE 122 II 231.

¹⁸⁴ Bu yöndeki görüşler için bkz: TUTUMLU; **a.g.e.**, s. 339.

¹⁸⁵ YAVUZ; **a.g.e.**, s. 127.

İsviçre Federal Mahkemesi de OR Art. 129 (*BK.m.127*) hükmünü dar yorumlamakla beraber, hakim görüşün etkisiyle Borçlar Kanununun üçüncü bölümü dışında kalan hükümlerin emredici nitelikte olduğu anlaşılmadıkça, bu hükümlerde yer alan sürenin BK.m. 125’de yer alan 10 yıllık üst süreyi aşmamak kaydıyla değiştirilebileceğine yönelik kararlar vermiştir¹⁸⁶. Ancak Mahkeme 2006 yılında verdiği bir kararda, Borçlar Kanununun üçüncü bölümünde yer alan hükümler bakımından sözleşmenin *kurulmasından sonra* zamanaşımının süresinin uzatılabileceğine karar vermiştir. Mahkeme BK.m.127 (OR Art.29) ve m. 139 (OR Art. 141) hükümlerini birlikte yorumlayarak her iki hükmün de zamanaşımının işlemeye başlamasından önceki zaman dilimine ait bir yasağı kapsadığını; halbuki sözleşmenin yapılmasından ve zamanaşımının işlemeye başlamasından sonra bir anlaşma ile zamanaşımı süresini uzatmanın mümkün olduğuna karar vermiştir¹⁸⁷. Ancak kararda işlemekte olan zamanaşımının uzatılması yoluyla, zamanaşımına dayanmaktan vazgeçmek (*özel hükümlerde daha kısa bir zamanaşımı süresi tespit edilmiş olsa bile*) BK.m.125 (OR Art.127)’deki 10 yıllık üst süreye kadar mümkündür¹⁸⁸. Aynı zamanda sürenin kısaltılmasına ilişkin OR Art.129 uyarınca söz konusu olan yasak, sözleşmenin kurulmasından sonra da geçerli olmaya devam edecektir¹⁸⁹. Bu kararın gerekçesinde aynı zamanda üçüncü bölüm dışında kalan ve emredici nitelikte olmayan hükümler bakımından zamanaşımı def’inden sonsuza dek vazgeçilmesinin de engellenmesi dikkat çekicidir¹⁹⁰. Buna bağlı olarak doktrinde,

¹⁸⁶ Haksız fiil sorumluluğunda (*OR Art.60*) BGE 122 II 231; Demiryolu taşımacılığında (*Eisenbahnhaftpflichtgesetz Art.14*) sorumluluğa ilişkin BGE 99 II 192; Sigorta sözleşmelerinde sigortacının sorumluluğuna ilişkin (*Versicherungsvertragsgesetz Art.46*) BGer 4C.42/2005 E.2.2; istisna sözleşmelerinde yapılan işin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haklarına ilişkin (*OR Art. 371*) BGE 63 II 180.

¹⁸⁷ BGE 132 III 236. Mahkemeye göre zamanaşımı def’inden feragat; zamanaşımı süresinin uzatılması veya zamanaşımı def’inden feragat edildiğine dair anlaşma yolu ile söz konusu olmaktadır. OR Art. 129’un kapsamına sadece *-tıpkı OR Art. 141’de olduğu gibi-*; sözleşme kurulurken uzatma veya kısaltmaya ilişkin anlaşmalar girmektedir. Kararı eleştiren **Gauch** ise Mahkemenin bu kararının OR Art.141’i lüzumsuz bir madde haline getirdiği için isabetli bulmamaktadır. Peter GAUCH; “**Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226)**”, SJZ 102 (2006), s. 534. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 3376. Mahkeme bundan önceki kararlarında kesin bir şekilde üçüncü bölümde yer alan sürelerin değiştirilemeyeceğine hükmetmekte idi. BGE 99 II 188; 190.

¹⁸⁸ Bu sürenin zamanaşımı def’inden vazgeçilmesi anından değil; zamanaşımının işlemeye başlamasından itibaren hesaplanması görüşünde bkz: GAUCH; **a.g.m.**, s. 536-537.

¹⁸⁹ HONSELL; **Art. 129**, Rn. 2.

¹⁹⁰ GAUCH; **a.g.m.**, s. 537.

zamanaşımı def'inden 10 yıldan fazla süre ile feragat edilmesi halinde BK.m.20/f.2 uyarınca indirim yaptırımının uygulanması kabul edilmektedir¹⁹¹.

Türk Hukuku bakımından ise, Borçlar Kanununun üçüncü bölüm dışında veya diğer özel kanunlarda emredici nitelikte olmayan hükümlerde belirlenen sürelerin ne ölçüye kadar değiştirilebileceği konusunda yerleşik bir Yargıtay içtihadına da rastlamak zordur. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 1951 tarihli kararda, zamanaşımı ile güdülen amaç dikkate alınarak BK.m.127'de sözü edilen sürenin değiştirilmesine ilişkin kuralın, sigorta sözleşmeleri bakımından da *kıyasen* uygulanması gerektiği kabul edilmiştir¹⁹².

Zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine ilişkin tartışmalı konulardan birisi de BK.m.207 hükmünde satıcının ayıba karşı sorumluluğu bakımından belirlenen bir yıllık sürenin taraflarca uzatılmasında bunun üst süresinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu halde bir üst sürenin olmadığı ve BK.m.125 hükmünde belirtilen on yıldan daha uzun bir süre için zamanaşımı süresinin uzatılması mümkün görünmektedir¹⁹³.

Kanaatimizce Borçlar Kanununun üçüncü bölümü içinde kalan zamanaşımı sürelerine aykırı bir anlaşmanın varlığı halinde, *-tarafların farazi iradeleri araştırılmaksızın-* üst sınırı aşan süre yasal sınıra indirilecektir¹⁹⁴.

iii- Yüksek Faiz Bakımından İndirim Yaptırımı

Bu başlık altında gerek anapara gerekse temerrüt faizi şeklinde karşımıza bir nevi tazminat olarak çıkan faize ilişkin düzenlemeleri ve bu alanda indirim yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağını inceleyeceğiz. Türk Hukukunda kanunkoyucu tarafından faizin tanımı yapılmamıştır. Faize ilişkin Yargıtay'ın yaptığı tanım: *“..para borçlarında faiz, alacaklının cebinde zamanında bulunmayan*

¹⁹¹ HONSELL; Art. 141, Rn. 9. GAUCH; a.g.m., s. 536-537.

¹⁹² YHGK. T. 07.11.1951, E. 1951/168, K. 1951/64-27 (TUTUMLU; a.g.e., s. 339).

¹⁹³ YAVUZ; a.g.e., s. 134. Tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler bakımından ise TKHK.m.4 hükmünün emredici nitelikte olmadığından bahisle bu maddede öngörülen zamanaşımı sürelerinin kısaltılamayacağı kabul edilmektedir. ATAMER; a.g.e., s. 253. ÇINAR; a.g.e., s. 220; dn.36. Ancak madde metninde yer alan *“ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse”* ibaresi gereğince tarafların burada da daha uzun bir süre belirlemeleri mümkündür.

¹⁹⁴ Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile bu sonuca varan ifade için bkz: HÜRLIMANN; a.g.e., s. 87.

paradan mahrumiyeti karşılayan bir ivaz olarak ifade edilebilir" şeklindedir¹⁹⁵. Ancak Yargıtay'ın bu tanımı faizi bir ivaz olarak değerlendirildiği için eleştirilmiş ve şu şekilde tanımlanmıştır: "*alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması nedeni ile, nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği, miktarı kanun ya da hukuki işlem ile belirlenmiş, para borçları bakımından özel olarak düzenlenen, tahsili için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminat, bir medeni semere*" olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁶. İfade etmek gerekir ki; faizi doğuran para borcunun sebeplerine bağlı olarak mevzuatta faize ilişkin hükümler de dağınık şekilde yer almaktadır¹⁹⁷. Bunun sebebi ise ileride de açıklayacağımız üzere, mevzuatta faize ilişkin birçok özel düzenlemenin yer alması ve özellikle adi ve ticari işlere ilişkin anapara faizi ve temerrüt faizine ilişkin hükümlere 3095 sayılı Kanun'da bir arada yer verilmiş olmakla beraber, bu oranlara ilişkin genel hükümlerin uygulama alanlarında karışıklığa yol açmış olmasıdır.

Hukuki işlemde doğan faiz borcu ödünç sözleşmeleri bakımından önem arz etmektedir. Çalışma konumuzu yakından ilgilendirmesi bakımından, faiz karz sözleşmesinde (BK.m. 306-312) ivaz olarak da kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda ise karz sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelir¹⁹⁸. Bu hükümlerden 307. madde uyarınca, adi işler bakımından sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece faiz ödemek gerekmez iken, ticari işler bakımından faiz ödemek şarttır. Yüksek faiz kaydı içeren sözleşmelere kısmi hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanamayacağından tespit etmeden önce bu konuda mevzuatta yer alan hükümlere kısaca göz atmakta fayda vardır: Adi ve ticari işlerde *anapara faizi* oranı hususu, 04.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı (18.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanunla değişik) Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (FaizK)¹⁹⁹ m.5/f.2'de

¹⁹⁵ Y.İBK. T. 20.10.1989. E.1988/4, K.1989/3 (RG. T. 24.12.1989, S.20382).

¹⁹⁶ M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 65. Benzer yönde tanımlar için bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 241. EREN; **a.g.e.**, s. 939.

¹⁹⁷ Faiz borcunu doğuran sebepler ile ilgili olarak bkz: M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 47 vd.

¹⁹⁸ ARAL; **a.g.e.**, s. 302. YAVUZ; **a.g.e.**, s. 368. ENGEL; **a.g.e.**, s. 250.

¹⁹⁹ RG. T. 19.12.1984, S: 18610. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, 4.maddesine 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunun (RG T.23.11.1990, S:20704) 30.maddesi ile 4/a maddesi eklenmiştir. 01.01.2000 Tarihinde Yürürlüğe Giren 15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında adi ve ticari işlerde anapara faizi bakımından reeskont oranı esas alınmıştır. Son olarak da 21.04.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanun ile (RG. T. 27.04.2005, S: 25738) ile bugünkü halini almıştır.

“*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununda kanuni faiz temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümler uygulanmaz*” denilmek suretiyle anapara faizi yönünden adi ve ticari faizdeki oranları arasında fark yaratmayan yeni bir düzenleme getirmiştir²⁰⁰. Dolayısıyla anapara bakımından her iki oran eşitlenmiş bulunmaktadır. Aynı zamanda bu hüküm ile birlikte BK.m.72, temerrüt faizine ilişkin m.103 ve kanuni faiz ve ticari temerrüt faiz miktarına ilişkin TTK.m.9 hükümleri de yürürlükten kalkmış bulunmaktadır²⁰¹.

Gerek *adi* gerekse *ticari* işler bakımından faiz ödenmesi gereken hallerde (örneğin BK.m.307/f.2, 394, 422, 527/f.2) taraflar sözleşmede faiz ödeneceğini kararlaştırmış olmakla birlikte, faiz oranı belirlememiş iseler, uygulanacak faiz oranı bakımından bundan böyle yalnızca Faiz Kanununun 21.04.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanunla değişik birinci maddesine göre belirlenecek oranlar dikkate alınacaktır. Bu madde uyarınca ana para faizi ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile belirlenmemişse bu oran yıllık %12’dir. Aynı Kanunun m.1/f.2 uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen oranı değiştirme yetkisi çerçevesinde, Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere bu oran %9’a indirilmiştir²⁰².

Bununla beraber, ticari ve adi işler bakımından taraflar *temerrüt faiz oranını*²⁰³ sözleşmede serbestçe öngörebileceklerdir. FaizK.m.2/f.1’e göre; “*Bir miktar paranın*

²⁰⁰ Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunundaki hükümlerin uygulanmasının durdurulduğu görüşünde bkz: M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 130 vd. Adi işlerde akdi faiz miktarı, 3095 sayılı Kanundan önce 22 Mart 1303 tarihli Murabaha Nizamnamesinin 1. maddesine göre yıllık %9 ile sınırlandırılmıştı. 3095 sayılı Kanun, Murabaha Nizamnamesini yürürlükten kaldırmıştır (m.5/f.1). Maddenin eleştirisi ve doktrinde yer alan görüşler ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz: M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 138 vd.

²⁰¹ YAVUZ; **a.g.e.**, s. 71-72. Doktrinde 3095 sayılı Kanun m.5/f.2 gereğince, faiz verilmesi gereken hallerde, faiz oranının “hukuki işlem”, “kanun” veya “örf-adet”, bu da yoksa senelik “%5” olarak belirlenmesini öngören BK.m.72 hükmündeki oranın uygulamadan kalktığı kabul edilse dahi, söz konusu madde hükmündeki sıralamanın ortadan kalkmadığı savunulmaktadır. Keza bu sıralama özellikle BK.m.306 ve devamında düzenlenen ödünç sözleşmeleri bakımından faiz oranının tespit edilmesinde önem kazanmaktadır. M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 24-25. **Moroğlu** da 3095 sayılı Kanunun kaldırılarak, adi işlere ilişkin faiz hükümlerinin genel hükümlerde; ticari faize ilişkin hükümlerin de Türk Ticaret Kanunu’nda yer almasını önermektedir. Yazarın hem Türk Borçlar Kanunu Tasarısı hem de Ticaret Kanunu Tasarısı’nda ayrı ayrı önerdiği madde hükümleri için bkz: Erdoğan MOROĞLU; **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı**, 4.b.s., TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 30-32.

²⁰² 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı-RG.T.30.12.2005, S. 26039.

²⁰³ Temerrüt faizi “*herhangi bir para alacağı nedeni ile zararın doğup doğmadığına ve borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, vadeden sonra temerrüt şartlarının doğumu halinde ödenmek zorunda olan faiz*”dir. M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 102. Temerrütün genel şartlarına ilişkin bilgi için bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 295 vd.

ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur". Taraflar sözleşmede bu oranı tespit etmemişlerse, *adi işler* bakımından FaizK'nın anapara faizi oranını belirleyen birinci maddesi hükmüne göre saptanacak olan bu oran, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere %9'dur. Ticari işlerde ise temerrüt faiz oranı aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça yıllık T.C. Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli işlemlerde uyguladığı avans (*reeskont*) faiz oranıdır. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında 30 Haziran günü oranı geçerli olur (FaizK.m.2/f.2)²⁰⁴. 2009 yılı itibariyle geçerli olan avans faiz oranı %20'dir.

Hemen belirtmek gerekir ki, başka emredici nitelikli özel düzenlemelerde faiz oranına ilişkin azami sınırın tayin edildiği haller de olabilir. 4077 sayılı TKHK'nun 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanunla değişikliklerle, kapıdan ve taksitle satışlarda (m.6/A), tüketici kredisi sözleşmeleri (m.10), kampanyalı satışlarda (m.7) ve kredi kartı (m.10/A) bakımından uygulanacak temerrüt faiz oranı sözleşme faiz oranının %30'u ile sınırlanmıştır²⁰⁵. Ancak oran banka kredi kartları bakımından uygulanmayacaktır. Nitekim 23.02.2006 tarih ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun²⁰⁶ 26. maddesinin 6.fikrasında bu durum; "*4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi kredi kartları için uygulanmaz*" şeklinde açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, üçüncü fıkrasında ayrıca akdi faiz ve temerrüt faiz oranlarının nasıl belirleneceğine ilişkin emredici nitelikte bir kural da öngörmektedir. Gerçekten de söz konusu fıkra hükmüne göre; "*Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz*²⁰⁷ *oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar*". Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008 tarihli bir kararında şu şekilde ifade edilmektedir: "*...her ne kadar taraflar arasında düzenlenen sözleşmede akti ve*

²⁰⁴ (TCMB Tebliği, RG. T. 9.4.2009, S. 27195).

²⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.392.

²⁰⁶ RG T.01.03.2006, S. 26095.

²⁰⁷ Buradaki "gecikme faizi" ibaresi tıpkı 3095 sayılı Kanunun 4/a maddesindeki "gecikme faizi" ifadesi bakımından olduğu gibi (M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 36, dn.87), temerrüt faizi olarak anlaşılmalıdır.

temerrüt faizi oranları belirlenmişse de, bu konuda emredici yasal düzenleme içeren 5464 sayılı Kanun yürürlüğe girmekle, artık bu Kanunun uygulandığı tarihten itibaren sözleşme hükümleri uygulama kabiliyetini yitirmiştir”²⁰⁸.

TK.m.8/f.2'nin atfı gereği, ödünç para verme işleri bakımından uygulanacak (545 sayılı KHK ile değişik) 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 13.maddesinin 2.fıkrası gereğince Hazine Müsteşarlığı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın görüşünü alarak bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerine göre faaliyette bulunacak faktoring ve finansman şirketlerinin uygulayacakları faiz oranları ile alacakları diğer masraf ve gelirlerin azami oranlarını tespiti veya serbest bırakmaya yetkilidir.

Son olarak, yabancı para borcu için faiz işlemesi gereken durumlarda, sözleşmede oran hakkında hüküm bulunmadığı durumlarda, FaizK m.4a hükmü gereği, *sözleşmede daha yüksek bir oran kararlaştırılmadığı takdirde* Devlet bankalarınınca o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı üzerinden faiz yürütülecektir.

Yukarıda özetle ele almaya çalıştığımız mevzuat hükümlerine genel olarak bakacak olursak; kanundan doğan faiz oranının azami sınırına ilişkin hükümlerin bir kısmının emredici bir kısmının da tamamlayıcı nitelikte hükümler²⁰⁹ olduğunu görmek mümkündür. Tüm bu açıklamalardan sonra hukuki işlem ile belirlenen faiz oranına nasıl bir yaptırımın uygulanacağı meselesine değinelim. Türk Hukuk doktrininde **Oğuzman/Öz temerrüt faiz oranı** bakımından yukarıda bahsettiğimiz oranların aşılması durumunda, aşırı faiz içeren hükmün cezai şarta ilişkin hakimnin tenkis yetkisine ilişkin hükme (BK.m.161/f.3) tabi olacağını kabul etmekle beraber, *akdi* ve *ticari* faize ilişkin oranların aşılması halinde de BK.m.20/f.2'nin değil; TTK.

²⁰⁸ Y. HGK. T. 25.06.2008, E. 2008/19-449, K. 2008/455 (Corpus). Aynı kararda azami akdi ve temerrüt faizi oranlarının tayin edilmesine ilişkin olarak 5464 sayılı Kanunun 26. maddesinin gerekçesinde ise; *"...Uygulamada birliğin sağlanması ve haksız uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla gecikme faiz oranının üst sınırı akti faiz oranına atfı yapılmak suretiyle belirlendiği..."* ifade edilmektedir.

²⁰⁹ Yedek hukuk kuralları, tarafların aksini kararlaştırmaları mümkün olan ve aksi kararlaştırılmadıkça uygulanan kanun hükümleridir. Bu kurallar tamamlayıcı ve yorumlayıcı olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Tamamlayıcı hukuk kuralları, sözleşmedeki boşluğu tamamlama özelliğine sahip ve kanunda *"aksi kararlaştırılmadıkça.."* diye başlayan kurallardır. AKSOY DURSUN; **a.g.e.**, s. 89 vd.

m.1466'nın uygulanacağını kabul etmektedirler²¹⁰. **Eren** akdi işlerde akdi faiz oranının ahlak ve gabini düzenleyen hükümlere aykırı olmamak şartıyla serbestçe kararlaştırılabildiğini, ticari işlerde ise TTK.m.1466 hükmü gereği ahlaka aykırı faiz oranının makul sınıra indirileceğini ifade etmektedir²¹¹. Bu görüşün dışında faiz hakkındaki denetimin tüm faiz oranlarındaki suistimal edilmesi bakımından BK.m.72 hükmünün atfıyla kamu hukuku kurallarıyla yapılması gerektiğini ifade eden yazarlar²¹² ve hatta şartları olduğu taktirde BK.m.21'de yer alan gabin veya BK.m.72, 19, 20, 21 ve MK.m.2'nin dikkate alınacağını ifade eden görüşler mevcuttur²¹³. **Serozan**, aşırı yüksek faiz oranının –BK.m.20/f.2 c.2'deki aksine farazi irade engelini aşarak- caiz hadde indirilmesi için, ya TTK.m.1466 yardımı ile ya da gabin yaptırımı yardımı ile BK.m.31/f.2 çerçevesinde culpa in contrahendo tazminatı sayesinde düzeltilebileceği görüşündedir²¹⁴.

Yargıtay 2002 yılında verdiği bir kararda “*Somut olayda, borçlu davacı Vehbi'ye verilen miktar 30.000 dolar olup, her ay için 1500 dolar faiz ödenmesi istenmektedir. Anılan meblağın yıllık olarak hesaplanması durumunda faiz 18000 dolara yani ana paranın %60 gibi fahiş bir oranına ulaşmaktadır.Ülkemizde enflasyonun vardığı yüksek oranlar göz önünde tutulsa dahi bu rakamın yıkıcı bir sonuç doğuracağına kuşku yoktur. Öte yandan halen tüm özel ve kamusal bankalarda dövize uygulanan yıllık faizin %5-6 düzeylerinde kaldığı da bir gerçektir...sözleşmede yer verilen kişisel ve ekonomik özgürlüğü kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşüren, katlanılmaz ve çökertici boyutlara ulaşan "fiyat farkı" namı adı altındaki edimin Borçlar Kanunu 20/2. maddesi hükmü karşısında; davacı yönünden bağlayıcı olduğunu söyleyebilme olanağı düşünülemez...*” dedikten sonra “*...sözleşmedeki ana para ve davacıların kabulündeki faiz oranı dikkate alınarak hesaplama yapılması...*” ile bulunacak tutarın davacıya geri ödenmesine hükmederek, bir nevi düşey kısmi hükümsüzlüğün

²¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 393; 245. Aynı yönde karşı: SEROZAN; **İfa, İfa Engelleri**, s. 83.

²¹¹ EREN; **a.g.e.**, s. 941.

²¹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 790.

²¹³ M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 145.

²¹⁴ SEROZAN; **İfa, İfa Engelleri**, s. 83-84.

uygulanması gerektiğini kabul etmiş ve de yerel mahkeme kararını bozmuştur²¹⁵. Bu kararda oldukça önemli sayılabilecek bir başka husus da; söz konusu davanın teminat mukabili temlike konu çekişmeli taşınmazın sicil kaydının alınan borcun ifası mukabili iptali ve tescili istemi ile açılmış olmasına rağmen, Mahkeme açıkça MK.m.23/f.2 anlamında kişilik haklarına aykırılıktan söz açmaksızın, BK.m.20/f.2 hükmünden hareketle faizin fahiş oranda tespit edildiğini borçlu lehine görevinden ötürü dikkate almış olmasıdır.

Bu tespitin söz konusu sınırı aşan sözleşmeye düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanması bakımından önemi şudur: bir sözleşmede mevzuatta yer alan faiz oranlarının üzerinde ve ahlaka aykırı şekilde faiz oranının belirlendiği hallerde, sözleşmenin faize ilişkin kısmı, tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın (*düşey kısmi hükümsüzlük*) bu oranlar üzerinden geçerli kalmaya devam edecektir²¹⁶. Yine Yargıtay'ın 1997 tarihli bir kararında, TK.m.23/f.2 anlamında kişilik haklarına aykırı ve dolayısıyla ahlaka aykırı biçimde aşırı yüksek belirlen ticari iş niteliğindeki bir işe uygulanan faiz oranını caiz sınıra indirilmesine hükmeden kararında; “12.4.1995 günlü sözleşmeye dayanarak günlük %5 faize karar verilmesini istemiştir. Bu faiz oranına göre aylık faizin %150 ve yıllık faizin ise, %1800 olduğu gözlenmiştir. Belirtilen bu faiz oranının, borçlu yönünden ekonomik hürriyetini kısıtlayacak nitelikte olduğu anlaşılmıştır. Her ne kadar faiz oranını tespit etmek, yasalarımıza göre, serbest ise de, aşırı derecede yüksek ve kişilerin ekonomik varlığını tehlikeye

²¹⁵ Y. 1.HD. T. 6.3.2002, E.2001/10578, K.2002/2892 (Corpus). Söz konusu karardan hareketle bir konuya daha açıklık getirmekte fayda vardır: hatırlanacağı üzere sözleşmenin yorumlanmasında tarafların kullandıkları terimler değil; gerçek ve ortak amaçları önemlidir (BK.m.18). Burada özellik arz eden husus, taraflar faize ilişkin hükümleri dolanmak maksadı ile, faizi farklı ad altında kararlaştırabilecekleri gibi, bir malın –genellikle gayrimenkul- ücretsiz kullanımını kararlaştırabilirler. Bkz: Y.4. HD. T. 25.6. 1970, E. 1970/3805, K.1970/5284 (Karar için bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 232, dn.133). Genel olarak üst sınır öngören hükümlerin dolanılması (*kanuna karşı hile*) halinde de, düşey kısmi hükümsüzlük gereği indirim yaptırımının uygulanması mümkün olmalıdır. Nitekim taraflar farklı ad altında ya da bir malın ücretsiz kullanımından, ödünç verene faizi sınırlayan hükümlerde öngörülen orandan daha fazla iktisadi yarar sağlamasına sebep olabilir. Bu yönde bir başka karara konu olan olayda da, verilen ödünçün karşılığında “temettü” adı altında faiz ödenmesi kararlaştırılmış ve görünüşte bir “ortaklık” yaratılmıştı. Bu kararda da, hakim kanuna karşı hile oluşturan kaydın geçersizliği yerine, indirim yaptırımının uygulanması sonucuna varmıştır (HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.237, dn.138). Murabaha Nizamnamesi yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, bugün de kara katılmalı ödünç sözleşmesinde eğer kanuna karşı hile durumu tespit ediliyor ise, “ödünç veren” ortak ve müteselsil sorumlu olmamasına rağmen kazançtan pay alıyorsa, üçüncü kişileri korumak maksadı ile bu kişi, müteselsil sorumlu ortak sayılmalı ve karşı tarafta yaratılan güvene uygun olarak “ödünç veren” sayılmalı ve indirim yaptırımı uygulanmalıdır.

²¹⁶ Aynı yönde bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 245.

düşürecek nitelikteki faiz oranları geçersizdir. Bu durumda, geçersiz faiz oranı benimsenerek borçlu aleyhine karar tesisi doğru değildir. Taraflar arasındaki sözleşmenin ticari iş niteliği de göz önüne alınarak, davacı yararına reeskont oranında temerrüt faizine karar vermek gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olduğundan, hükmün bozulması gerekmiştir” denilmektedir²¹⁷. Söz konusu karar, sonucu itibariyle isabetli olmakla beraber, kararın gerekçesinde bu sonuca ticari işler bakımından doğrudan TTK.m.1466’nın uygulanması yoluyla gidilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu hükümlerden –TKHK’daki emredici hükümler hariç- açıkça görüleceği üzere taraflar gerek anapara gerekse temerrüt faiz oranını bu oranlarla sınırlı kalmak üzere serbestçe belirleyebilirler. Zira gerek temerrüt faizi gerekse adi ve ticari iş niteliğindeki işlerde uygulanacak işler bakımından öngörülen hükümler “düzen işlevine” (*Ordnungsfunktion*) sahip tamamlayıcı kanun kurallarıdır. Sözleşmede bu yönde bir kayıt olmadığı hallerde, faiz oranlarının belirlenmesi konusunda bu hükümler tamamlayıcı hüküm niteliğinde olduğundan boşluğun doldurulmasında önemli bir yere sahiptir²¹⁸. Ancak hemen belirtelim ki, taraflar FaizK’unda belirtilen oranların üzerinde faiz oranı belirleyebilirler. Ancak bu oranların oldukça üzerinde belirlenen oran, faiz borçlusu tarafın ahlaka aykırı bir biçimde iktisaden mahvına sebep olacak şekilde fahiş ve ahlaka aykırı nitelikte ise, bu oran yasal sınıra indirilerek sözleşmenin geçerliliği sağlanacaktır²¹⁹.

²¹⁷ Y. 11.HD. T. 6.5.1997, E.1997/920, K. 1997/3286 (Corpus). Hemen belirtelim ki, FaizK’daki son değişiklikten önce, anapara faizinin ödenmesi gereken hallerde tarafların, sözleşmede faiz oranını belirlememiş olması durumunda ödenmesi gereken faiz oranı konusunda farklı bir düzenleme mevcuttu. Buna göre T.C.Merkez Bankası’nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden hesap edilir (FaziK.m.1). M.HELVACI; **a.g.e.**, s. 36.

²¹⁸ “Davacıların ortağı olduğu davalı kooperatifin genel kurullarında, ortakların geç ödemeleri halinde yürütülecek temerrüt faizi konusunda karar alınmış olup, ortaklara iade edilecek bedellere yürütülecek temerrüt faiz oranı hakkında bir karar alınmamıştır. Şayet, davacıların istirdadını isteyebileceği bir bedel olduğu takdirde, davacılar yararına 3095 sayılı Yasa’nın 1/1. maddesi gereğince yasal temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken, aylık %10 temerrüt faizine hükmedilmesi doğru görülmemiştir”. Y.11.HD. T.01.01.2007, E.2005/13168, K. 2007/4685 (Corpus).

²¹⁹ 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un 5.maddesi ile yürürlükten kaldırılan Murabaha Nizamnamesi, adi ve ticari işler bakımından bir ayırım gözetmeksizin uygulanacak kanuni faiz oranının üst sınırını belirlemişti. Yargıtay bir kararında adi ortaklıkla ilgili bir meselede, Nizamnamede yer alan faiz oranının üzerinde kararlaştırılan oranı yasal sınıra (%9) indirmiştir. Y.4.HD. T.31.3.1972, E. 1972/696, K. 1972/2807 (RKD. II. 2, 85).

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 88.maddesi aynen şu şekildedir: *Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.*

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz". Söz konusu tasarı hükmünde tarafların faiz oranını belirlemeleri konusunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin korunmaya çalışıldığı görülmekle birlikte, özellikle ikinci fıkrada aşırı faiz oranı belirlenmesine karşı İsviçre Hukukundakine benzer şekilde önlem alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak kanaatimce ilk fıkrada adi işler bakımından anapara ve temerrüt faizi hususunda bir oran öngörülmeyle, bu konuda özel hükümlere atıf yapılması –bu konuya ilişkin düzenlemenin genel hüküm ile yapılması yönündeki kanaatimin gereği olarak- isabetli olmamıştır. Faiz oranına ilişkin hükümlerde kanunkoyucu üst bir süre belirlemek ile aslında ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olacak şekilde kararlaştırılan faiz oranlarının indirilebileceği üst sınırı belirlemek istemektedir. Keza 3095 sayılı Kanunda öngörülen faiz oranları bakımından tarafların bu oranların üzerinde bir oran belirlemeleri mümkündür. Ancak bu sefer asıl sorun bu oranların üzerinde kararlaştırılacak faiz oranı bakımından ahlaka aykırı kabul edilebilecek sınır nasıl tespit edileceği hususunda ortaya çıkmaktadır.

İsviçre Hukukunda da faiz ödenmesi gereken hallerde faiz oranının hukuki işlem ile kararlaştırılmadığı hallerde, faiz oranı –*özel hükümler saklı kalmak kaydı ile*- %5 olarak uygulanacağını öngören OR Art.73 hükmü yürürlüktedir²²⁰. Bu madde hükmünde öngörülen oranın üzerinde ahlaka aykırı olacak şekilde belirlenen faiz oranının yasal sınıra indirileceği uygulama ve doktrinde baskın olarak kabul edilmektedir²²¹. Söz konusu özel hüküm niteliğinde olmak üzere, 23 Mart 2001

²²⁰ HONSELL; **Art. 73 OR**, Rn.1. OR Art. 73 hükmündeki (BK.m.72) %5 oranı; faize ilişkin çeşitli hükümler (*leges specialis*) bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümler; temerrüt faizine (*Verzugszins*) ilişkin OR Art.104, adi işler bakımından karz sözleşmesi Art.314, Komandit şirkette komanditerin faiz talebine ilişkin Art. 611 hükümleridir. HONSELL; **Art. 73 OR**, Rn. 9.

²²¹ HONSELL; **Art. 73 OR**, Rn. 13; **Art. 313 OR**, Rn. 9; KRAMER; **Art.19–20 OR**, Rn. 381; TANDOĞAN; **a.g.e.**, s 62; SPIRO; **a.g.m.**, s. 459; PIOTET; **a.g.m.**, s. 105; ENGEL; **a.g.e.**, s. 293 vd. Aynı yönde bkz: BGE 93 II 189; 192; 107 II 218; 123 III 292. Alman Hukukunda da aynı yönde bkz: Von ESCH; **a.g.e.**, s. 95; MAYER-MALY; **§ 134 BGB**, Rn.89. Alman Hukukunda akdi faiz oranı % 4 (BGB § 246), ticari faiz oranı % 5 (HGB § 352) ve temerrüt faizi oranı % 5 (BGB § 247)'dir. Fransız Hukukunda aynı yönde bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s. 29. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile sözleşme boşluğunun doldurulması esasını benimseyen yazarlar olarak bkz:

tarifli Tüketici Kredisi Hakkında Kanun'un (*Bundesgesetz über den Konsumkredit*) 14. maddesi ile tüketici kredisi faizleri bakımından uygulanacak en yüksek faiz oranının Federal Konsey tarafından belirleneceğini ve bu oranın anaparanın %15'ini aşmayacağı öngörülmüştür²²². Dolayısıyla tarafların sözleşme ile yer verecekleri en yüksek faiz oranı %15'tir. Doktrinde de çoğunluk tarafından bu madde gereğince tespit edilecek en yüksek faiz oranını aşan tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından uygulanacak yaptırımın –tarafların aksi yöndeki farazi iradelerinin dikkate alınmaksızın- “yasal (*erlaubte*) sınıra indirim” yaptırımı olacağı kabul edilmektedir²²³.

Son olarak, faiz oranlarının tamamlayıcı nitelikteki hükümlerle dahi olsa kanuni bir sınırı bulunması, bu hükümlere aykırılığın aynı zamanda gabnin de şartlarının bulunduğu hallerde her iki hükmün yarışmasını engelleyecektir.

(2) Genel İşlem Şartlarında İndirim Yaptırımı

Genel işlem şartları bakımından hatırlanacağı üzere, pozitif hukukumuzda Alman Hukukundakine benzer şekilde bir GİŞ yasası ya da münferit kanuni düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak Alman Hukukunda GİŞ'ler bakımından haksız şartların neler olduğu ve uygulanacak yaptırımın ne olduğu BGB §§ 305-311 hükümleri arasında etraflıca düzenlenmiştir. Bununla beraber haksız şart olarak BGB § 308 ve 309'da yer alan bazı kayıtların indirim yaptırımına müsait olması²²⁴ üzerine bazı yazarlar, GİŞ'ler bakımından kanunda üst sınırın belli edildiği durumlar dahil olmak üzere; aşırı tazminat taleplerinin, cezai şartın, aşırı rekabet sınırlamalarında – *tarafların iradelerini dikkate almaksızın* - uygulanacak indirim yaptırımı yerine

HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 78-79; KELLER/SCHÖBI; **a.g.e.**, s. 151, 159; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 706; GAUCH; **Teilnichtigkeit**, s. 97.

²²² Tüketici kredisi dışındaki krediler için (inşaat, ipotek, ithalat vb) de en yüksek faiz oranı Kantonlar arası fahiş faizin önlenmesine ilişkin 1957 tarihli bir anlaşma ile %18 olarak belirlenmiştir. HONSELL; **Art. 73 OR**, Rn. 14.

²²³ ABEGG; **a.g.e.**, s. 221; KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 359; 380–381. HONSELL; **Art. 314 OR**, Rn. 8; GIGER; **a.g.e.**, s. 30. Ayrıca bkz: BGE 107 II 218; 123 III 292.

²²⁴ AGBG § 10 Nr.1 ve BGB § 308 Nr.1 edimin ifası için ölçüsüz derecede uzun ve yeterince kesin olmayan sürelerin saptandığı GİŞ hükümlerinin kesin hükümsüz sayılacağını öngörmektedir. Yine BGB § 309 Nr.8 hükmünde, ayıp ihbarı için hak düşürücü sürenin kısaltılması ve ayıptan doğan hakların kullanılması için öngörülmüş zamanaşımı süresinin, kanunda öngörülen hallerden kolaylaştıran ya da zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren bir yıldan daha kısa bir süre olarak belirleyen kayıtların hükümsüz olacağı öngörülmüştür.

(*verbot der geltungserhaltende Reduktion*), sözleşmenin tamamlanması usulü ile oluşacak boşluğun her iki tarafın da menfaatine olarak doldurulması gerektiğini savunmuşlardır²²⁵. Bu sayede hakimin kanunda öngörülen üst sınıra değil, iki tarafın da menfaatlerini gözeterek daha alt bir sınıra da indirebilmesi mümkündür. Mahkeme içtihatları da genellikle bu yöndedir²²⁶. Bir görüşe göre de, genel işlem şartı kullanımı halinde hakimin müdahalesi söz konusu olmadan söz konusu kaydın hükümsüz olacağı yönündedir²²⁷. Zira bu görüş gereğince GİŞ yasınının müşteriye mağdur eden kayıtların doğrudan hükümsüz bırakması hem müşteriye koruma (*schutzzweck*) hem de bu tür hükümlerin tekrar sözleşmelere alınmasını önleme amacını (*Präventionsfunktion*) ile örtüşmektedir²²⁸. Her iki görüşün de ortak yanı, indirim yaptırımına müsait olan ve haksız şart kabul edilen kayıtlar bakımından tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın indirim yaptırımına gidilemeyeceği noktasındadır. Aslında Alman Hukukunda hakimin takdir yetkisini bertaraf eden ve indirim yaptırımını olanaksız kılan husus, indirim yaptırımına müsait haksız şartların yer verildiği BGB § 309 hükmünün hakimin takdir yetkisine yer vermemesinden kaynaklanmaktadır²²⁹. Alman Yüksek Mahkemesi'nin 6 Aralık 2002 tarihli kararına

²²⁵ ULMER; **a.g.m.**, s. 2025; 2028. CANARIS; **a.g.m.**, s. 549, dn.99'da anılan yazarlar. JAUERNIG; **§ 306 BGB**, Rn.3.

²²⁶ BGHZ 130, 19, 36. BGHZ 84, 109, 116. BGH 143, 119. *Canaris* bir kere hakimin müdahalesini kabul ettikten sonra söz konusu olacak boşluk doldurma faaliyetinin indirim yaptırımı sonucunu verecek şekilde uygulanmasının kaçınılmaz olduğunu ve bu nedenle böyle bir imkanın *de lege lata* verilemeyeceğini ifade etmektedir. Söz konusu mahkeme kararlarının eleştirileri için bkz: CANARIS; **a.g.m.**, s. 549 vd.

²²⁷ Johannes NEUMANN; **Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Nomos, Baden-Baden, 1988, s. 21; 209. REICH/SCHMITZ; **“Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion”**, NJW, 1995, s. 2533- 2534. Johannes HAGER; **“Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion”**, JZ, 1996, s. 175-179. CANARIS; **a.g.m.**, s. 519; 550 vd. Yazar daha önce indirimin yasal sınıra kadar yapılabileceği görüşündeydi. Bkz: CANARIS; **Gesetzliche Verbot**, s. 30.

²²⁸ CANARIS; **a.g.m.**, s. 570. İndirim yaptırımının uygulanacağı yönünde bkz: HAGER; **a.g.m.**, s. 175, 177; HAGER; **a.g.e.**, s. 54, 201, 217; BÖHME; **a.g.e.**, s. 134 vd.

²²⁹ Hakime takdir yetkisi vermeyen BGB § 309 hükmünde: *“yasal düzenlemelerden sapmanın geçerli olduğu hallerde bile, genel işlem şartları içinde yer alan aşağıdaki kayıtlar geçersiz: 1- (Sürekli borç ilişkileri hariç olmak üzere) Kısa Vadeli Fiyat Artışları, 2-İfadan Kaçınma Hakkı, 3-Takas Yasağı, 4- İhtar, Mehil, 5- Tazminat taleplerinin Götürü Olarak Belirlenmesi, 6- Cezai Şart, 7- Vücut Bütünlüğü, Sağlık, Yaşam Hakkının Ağır Kusurla İhlal Edilmesinde Sorumluluk, 8- Diğer Sorumsuzluk Kayıtları, 8a- Sözleşmeden Dönme Hakkının Kaldırılması, 8b- Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kısmen veya Tamamen Sınırlanması veya Ortadan Kaldırılması, 9-Sürekli Borç İlişkilerinin Süresi (Hizmet ve İstisna Sözleşmelerinde Belirli bir Süre ile Bağlılık Zorunluluğu), 10- Sözleşme Tarafını Değiştirme, 11-Temsilcinin Sorumluluğu, 12-İspat Yükü, 13-Bildirim ve Beyanların Şekli”* denilmektedir. Hakime takdir yetkisi veren BGB § 308 dışında

konu olan olayda²³⁰, davacı kooperatif E.W. ile kablo dağıtım şirketi S arasında 1991 yılında genel işlem şartları kullanılarak 25 yıl süre ile E.W.'ye ait konutlara kablo dağıtım, erişim ve servis hizmeti yapılacağına ilişkin sözleşme akdedilmiştir. Sözleşme içerisinde “erişim hizmetinin günün ekonomik ve teknik koşulları ile uyum içerisinde olacağına” ilişkin uyarlama klozu da konulmuştur. Davacı sözleşmeyi 9 yıl sonra 1 Nisan 2000 tarihinde erişime olan faydanın konut sayısının artışına bağlı olarak düştüğü gerekçesi ile feshetmiştir. Davacı fesih talebine karşılık uyarlama klozunu gerekçe gösteren davalının bu hakkın ileri sürülmesinin doğruluk ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını, zira pazara uygunluk şartının gerçekleştirilemediğini savunmuştur. Mahkeme uyarlama klozunu BGB § 308 Nr.4'e göre geçersiz saydıktan sonra, somut olayda tarafların edimleri arasındaki dengenin korunması için ve davalının yatırımlarını amorti etmesi için gereken zamanı 12 yıl olarak hesaplayarak, sözleşmeyi 12 yıl üzerinden geçerli saymıştır. Mahkeme genel işlem şartının objektif yorumu ile her iki tarafın da ekonomik menfaatlerini göz önünde tutulmasını gerektirecek şekilde ele alınarak, hak ve borç dağılımının yayıldığı sürenin bu dengeye uygun şekilde daraltılmasına imkan vereceğini belirtmiştir. Mahkeme BGB § 307 hükmünü göz önünde bulundurarak süreye ilişkin kaydın geçersizliğine karar vermek yerine, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran niteliğini göz önünde bulundurarak bu konuda daha önce verilmiş emsal kararları (BGH NJW –ZR 16/95, 1996) dikkate alarak sözleşme boşluğunu doldurmuştur.

Özellikle GİŞ bakımından edimler arası dengesizliğin bulunduğu durumlarda İsviçre-Türk hukuk doktrininde gabin hükümlerine başvurulabileceği yönündeki eğilime²³¹ paralel olarak gelişen BK.m.20/f.2'de düzenlenen kısmi hükümsüzlüğün gabin halinde de uygulanması görüşü²³² artık terkedilmiş durumdadır²³³. Zira bu

ahlaka aykırı şekilde belirlenen süre ya da meblağa ilişkin kayıtların caiz sınıra indirilmesinde tarafların farazi iradelerinin göz önünde bulundurulacağı genellikle kabul edilmektedir. JAUERNIG; § 139 BGB, Rn.. 8. ROTH; **a.g.m.**, s. 411. Farklı yönde bkz: HÄSEMEYER; **a.g.m.**, s. 1097.

²³⁰ BGH OLG V- ZR 220/2002.

²³¹ KALKAN; **a.g.e.**, s.174,

²³² ATAMER; **a.g.e.**, s. 166, dn.140'da belirtilen yazarlar.

²³³ Bugün itibariyle edimler arasında aşırı oransızlığa sebep olabilecek kayıtların, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunu (*UWG- Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) 8.maddesinde “sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımı öngören” kayıtların kapsamı içerisinde yer aldığı ve tespit edilen “kötüye kullanılabilir sözleşme

görüş haklı olarak hem gabinin sözleşmenin akdinden itibaren 1 yıl içinde ileri sürmesi zorunluluğunun bulunması hem de sakatlığı hakim in re'sen dikkate alamaması gibi durumların GİŞ denetiminin amacına uygun düşmeyeceği gerekçeleriyle çok fazla eleştiriye uğramıştı²³⁴. Bugün itibariyle Avrupa ülkelerinde ve Türk Hukukunda GİŞ denetiminde *dürüstlük kuralı* ölçütü kullanılarak (Yönerge m.3, TKHK.m. 6) yapılan yorumla, tarafların hakları ve yükümlülükleri arasındaki oransızlık şartları oluştuğu taktirde *haksız şart* olarak nitelendirilmekte ve hükümsüz sayılmaktadır²³⁵. Türk Hukuku doktrininde de genellikle haksız şart içeren bir genel işlem şartında bu şartın hükümsüz olacağı ve oluşan boşluğun sözleşmenin tamamlanması yoluyla doldurulacağı görüşü savunulmaktadır²³⁶. Ancak özellikle TTK.m.1466 hükmü gereğince indirim yaptırımının doğrudan uygulanması özellikle genel işlem şartları kullanılarak yapılan işlemler bakımından eleştiriye uğramaktadır. Zira bu görüşe göre, sözleşme kaydında kanunda belirlenen üst sınıra indirim yaptırımı uygulanması ile genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin cezalandırma amacı gerçekleşmeyecek olup, bu durum işletmenin ileride sözleşmeye bu tarz şartlara yer vermesini engellemeyecektir. Dolayısıyla da GİŞ kullanan işletmenin daha sonra yapacağı sözleşmelerde mahkemenin sözleşmeyi üst sınır üzerinden geçerli tutacağını bildiği için üst sınırı aşmak konusunda bir kaygı gütmeyeceği ifade edilmektedir²³⁷. Bu çözüm tarzı yukarıda da bahsettiğimiz üzere özellikle Alman Hukukunda etkilidir. Pozitif hukukumuzda haksız şartlar bakımından *de lege lata* bu

şartlarının” kullanılması halinde müşterinin, aynı Kanunun 9.maddesi uyarınca mevcut ihlalin giderilmesini talep etme imkanına sahip olduğu kabul görmektedir. Bu imkan dahilinde bir görüşe göre; sözleşme koşullarının herhangi bir hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın hakim kararıyla iptal edilmesinin mümkün olduğu, uğranılan zararın da OR. Art.31 çerçevesinde tazmini imkanı söz konusudur. Yaygın olarak kabul edilen diğer görüşe göre de, bu tarz kayıtların kamu düzenine ilişkin emredici hükümleri içeren UWG'ye aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle OR.Art.19 çerçevesinde kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilip, kendiliğinden bir kesin hükümsüzlük halinin doğması mümkün olmalıdır. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 1150, 1156. HONSELL/VOGT/WIEGAND; **Basler Kommentar- Obligationenrecht I- Art.1-529 OR**, Basel, 2007, **Art.19/20**, Rn.27. GİŞ dışındaki bireysel sözleşmeler bakımından, edimler arası dengesizliğin olması halinde ahlaka aykırılık kapsamında OR.Art.19/20, subjektif unsurları varsa OR.Art.21'in uygulanması kabul görmektedir. HONSELL/VOGT/WIEGAND; **Art.19/20, OR**, Rn. 40, SCHWENZER; **OR AT**, Rn..32.32, GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 676., HONSELL; **Art.20 OR**, Rn.19.

²³⁴ ATAMER; **a.g.e.**, s. 168.

²³⁵ Geniş bilgi için bkz: ÇINAR; **a.g.e.**, s. 146.

²³⁶ ÇINAR; **a.g.e.**, s. 196 vd. ATAMER; **a.g.e.**, s. 227.

²³⁷ ATAMER; **a.g.e.**, s. 232.

şartların yapısının – tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın- uygulanacak indirim yaptırımına mahal vermediği ortadadır. Örneğin tüketici aleyhine fahiş olarak öngörülen tazminat ya da cezai şart bedelini içeren kayıt (Yönetmelik Ek liste-a/5) bakımından indirim yaptırımı söz konusu olmaksızın, bu kayıt doğrudan hükümsüz olacaktır²³⁸. Özellikle fahiş olarak kararlaştırılan götürü tazminat bedelinin zararın ve kusurun ispat edilmeye mahal bırakmaksızın hükümsüz kalması ile, bu düzenlemelerin temelinde yatan önleme, koruma ve cezalandırma amacının gerçekleşeceği söylenebilir. Kanaatimizce bahsettiğimiz bu haller dahil olmak üzere, cezai şart ya da rekabet yasağının zaman olarak sınırının ahlaka aykırı şekilde tespit edilmesi halinde kaydın tamamen hükümsüz kalması yerine, en azından boşluk doldurma faaliyeti yetkisinin olacağından bahsetmek somut olayın özellikleri ile de bağdaşması açısından son çare (*ultima ratio*) olarak düşünülebilir. Kaldı ki esasında Yönetmeliğin Haksız Şartları gösteren ekinde Alman Hukukundakine benzer şekilde, hakime takdir yetkisi veren veya vermeyen kayıtlar şeklinde bir ayrıma da gidilmemiştir. Buradan hareketle diyebiliriz ki; genel işlem şartlarının karakteri, anlam ve amacından yola çıkarak, kanunda üst sürenin belirlendiği hallerde doğrudan kaydın –her iki tarafın menfaatlerini dikkate aldıktan sonra- hükümsüz bırakılması imkanı sağlanırken, hakime indirim yetkisi sağlayan *hüküm içi boşluğun* bulunduğu hallerde ise kaydın tamamen hükümsüz kalması yerine hakimin sözleşmeye müdahalesini olanaklı kılmak hakkaniyetli bir sonuç olacaktır²³⁹. Zira GİŞ

²³⁸ BGB § 309 Nr.6’da fahiş olarak öngörülen cezai şart bedelini içeren

²³⁹ Karş: Pauly HOLGER; “**Die Geltungserhaltende Reduktion: Dogmatische Bedenken und vorhandene Wertungswidersprüche**”, Juristische Rundschau, Vol. 1997, Issue 9, s. 357 vd. Ludwig HÄSEMEYER; “**Geltungserhaltende oder Geltungszerstörende Reduktion?**”, FS für Peter Ulmer zum 70.Geburtstag, Berlin, 2003, s. 1100; 1102. Yazar indirim yaptırımının irade özgürlüğünü ortadan kaldırarak, normatif düzene üstünlük tanıdığını ifade etmektedir. Ancak yazara göre indirim yaptırımının normatif sınırları koruma amacının varlığı, genel işlem şartları bakımından da kendisini gösterir. BGB § 309’un hakimin takdir yetkisini engelleyen hükmü, genel işlem şartları hizmet sözleşmeleri bakımından geçerli olmayacaktır. Bu anlamda bu alanda BGB § 309 çerçevesinde haksız şart sayılan şartlar bakımından indirime müsait olan şartlara indirim yaptırımı uygulanabilecektir. Bkz: WILLEMSSEN/GRAU; “**Geltungserhaltende Reduktion und Besonderheiten des Arbeitsrechts**”, Recht der Arbeit, 2003, s. 321-328. Marcus SOINÉ; **Die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle nach der Schuldsreform unter besonderer Betrachtung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten**, Diss., Tenea Verlag, Berlin, 2005, s. 208. Alman Yüksek Mahkemesi 2004 tarihli bir kararında, bir hizmet sözleşmesinde fahiş cezai şart içeren kaydı uygun sınıra indirilmesine karar vermiştir. BAG, 04.03.2004, 8 AZR 196/03, EzA § 309 BGB 2002, Nr.1. Martin HENSLER; “**Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform**”, Recht der Arbeit, 2002, s.129; 139. Yazar makalesinde, indirim yaptırımı yasağının bir dogma olmadığını ifade etmektedir. Aynı şekilde *Uffmann* da indirim yaptırımının uygulanmasını genel olarak genel

kullanılarak yapılan sözleşmelerde işletmeyi cezalandırma amacına bazı hallerde doğrudan haksız şartın hükümsüz bırakılması ile ulaşılamaz. Bu anlamda örneğin sorumsuzluk şartları bakımından BK.m.99 ve 100'e aykırı şekilde kararlaştırılmış bir Her ne kadar üst sınır koyan kanun koyucunun amacının çoğu durumlarda ekonomik kamu düzenini korumak ya da *-karşı tarafın kötü niyetli olup olmadığını sorgulamaksızın*-sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacının bulunduğunu kabul etsek de, haksız şartları düzenleyen TKHK ve Yönetmeliğin önleme, cezalandırma ve koruma amacı bu yaptırımı bertaraf etmeyi gerektirecektir. Ancak bu hali yalnızca kanunda üst sınırın bulunduğu hallere münhasır kılarak, örneğin götürü tazminat, cezai şart, rekabet yasağının ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılması gibi kayıtlar bakımından hakimin müdahalesini kabul etmek imkanı düşünülebilir.

(3) Hakimin Caiz Sınıra İndirim Yetkisinin Bulunduğu Haller (*Hüküm içi Boşluk Bulunan Haller*)

MK.m.4'e göre hakime takdir yetkisinin verilmiş olduğu ya hükmün sözünde açık olarak belirtilmiştir ya da durumun gerekleri ve haklı sebepleri göz önünde bulunduracağını belirten hükümler (MK.m. 183, 128, 166/f.2) gereğince takdir yetkisini kullanacaktır²⁴⁰. Hakimin MK.m.4 ve BK.m.2 hükmü gereği, sözleşmenin hangi şartın fahiş olduğu ve hangi sınırı indirileceği hususunda takdir yetkisi mevcuttur. Caiz olanın sınırları kanunda açıkça belirlenmiş değildir. Bir kanun hükmü, üst sınırı belirtmeden yalnız *"aşırı tutarın"* indirileceğinden söz etmiş ise, hakimin takdir alanına giren ve görevinden ötürü re'sen göz önünde tutması gereken bir sözleşme boşluğu olduğundan bahsetmek gerekir²⁴¹. Alman Hukukunda tefeciliğe ilişkin yasaklayıcı norm niteliğinde olan Ceza Kanununun 291.maddesine aykırı sözleşmeler kural olarak BGB § 134 ve § 138 Abs.2 kapsamında değerlendirilmekte ve aşırı yüksek meblağ içeren sözleşme tamamen geçersiz bırakılmaktadır. Ancak

işlem şartlarını düzenleyen hükümlerin anlam ve amacına aykırı bulurken, kanunda üst sınırın belli edilmediği (tazminat, cezai şart veya bağlanma süresi gibi) durumlarda hakimin boşluk doldurma faaliyeti ile iki tarafın menfaatlerini dengeleyen bir çözüm üretmesi imkânını makul görmektedir. Katharina UFFMANN; **Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**, 1.Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 100 vd.

²⁴⁰ Geniş bilgi için bkz: DURAL/SARI; **a.g.e.**, s. 106-107.

²⁴¹ AKSOY DURSUN; **a.g.e.**, s. 178; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s.27; STAUDINGER/ROTH; § 157 BGB, Rn. 18.

söz konusu yasaklayıcı normun anlam ve amacına göre daraltılarak yorumlanması sonucu aşırı meblağ içeren sözleşmelerde üst sınırın kanun koyucu tarafından belirlendiği hallerde indirim yaptırımı uygulanması prensibi benimsenmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi'nin sözleşmenin bedele ilişkin kısmına ilişkin kanuni düzenlemeler bulunmadığından bahisle indirim yaptırımını uygulamadığı hallerde, tamamlayıcı yorum ile edimler arası dengeyi sağlamak amacıyla sözleşmeye müdahale etmesi kabul edilmediği gibi doğrudan gabin yaptırımı uygulanmaktadır²⁴². Alman Hukukunda bir sözleşmede ahlaka aykırı şekilde fahiş süre veya meblağın belirlenmesi halinde indirim yaptırımı şu şartın varlığı halinde mümkün görülmektedir: *tarafların farazi iradelerinden sözleşmenin geri kalan kısmını ayakta tutma isteği* anlaşılabiliriyorsa, indirim yaptırımının uygulanması kabul görmektedir²⁴³. **Flume** tarafından *hayat boyu* kaydı içeren sözleşmelerin, tarafların farazi iradeleri dikkate alınmak suretiyle *ahlaka uygun bir zaman* sınırına indirilmesi önerilmiştir²⁴⁴.

Bedel, oran, meblağ veya süreye ilişkin nicel kısımlarda aşırılık halinde, hakimin sözleşmeye müdahale etmesi için ancak, bunun ihlal edilen normun lafzında açıkça öngörülmesi gerektiği, veya ihlal edilen normun anlam ve amacından da ortaya çıkması gerekmektedir. Bu anlamda örneğin, cezai şart ve tellallık ücretinin indirilmesinde, bu müdahale açıkça öngörülmüş iken; rekabet yasağı kayıtları bakımından bu sonuca normun amaca uygun daraltılması ile ulaşılabacaktır.

i- Aşırı Bedelli Sözleşmelerde İndirim Yaptırımı

Aşırı bedelli sözleşmelerde kısmi hükümsüzlük, tam hükümsüzlük ya da indirim yaptırımından hangisinin uygulanacağı meselesi özellikle Alman Hukukunda oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmaya konu olan başlıca sözleşmeler ise *kira ve faizli ödünç* sözleşmeleridir²⁴⁵. Alman Hukukunda BGB § 134'ün ikinci cümlesi gereği,

²⁴² Satım sözleşmelerinde satım bedelinin aşırı yüksek belirlenmesi halinde (*Wucherkauf*) satım bedeline ilişkin emredici ya da tamamlayıcı bir kural bulunmadığından doğrudan gabin uygulandığı karar için bkz: BGH NJW-ZR, 1995/11. Kira sözleşmesi ve hizmet bedeli için benzer yönde kararları için bkz: BGH NJW-ZR 2004, 1741; BGH 1989, 321; BAG BB 2004, 1910.

²⁴³ JAUERNIG; § 139, Rn.8.

²⁴⁴ FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. Aynı yönde bkz: EREN; **a.g.e.**, s. 305.

²⁴⁵ SAUER; **a.g.e.**, s. 108 vd. Her iki sözleşmelerde belirlenen fahiş bedeller Alman Yüksek Mahkemesi ve Büyük Senato tarafından son yıllara kadar genellikle ahlaka aykırılığı düzenleyen

ihlal edilen yasağın anlam ve amacının gerektirdiği hükümsüzlük türünün uygulanacağından bahsetmiştik²⁴⁶. Bu anlamda doktrinde yer alan tartışma, özellikle kira sözleşmelerinde yan giderler dahil fahiş şekilde belirlenen meblağların ekonomik düzene aykırı sözleşmeler bakımından öngörerek cezai yaptırıma tabi tutan Ekonomik Ceza Kanunu § 5 hükmünün anlam ve amacından nasıl bir yaptırımın uygulanması gerektiği yönündedir. Bu noktada doktrinde sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracıyı koruma amacı gereği, tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın aşırı yüksek olan kira bedelinin rayiç bedele indirilmesi kabul edilmektedir²⁴⁷. Böyle bir indirim yaptırımının hukuki temeli ise, BGB § 134 Hs. 2 ‘de geçen “..başka türlü..” ibaresinin böyle bir hükümsüzlük türüne yol açacağı meselesine ilişkin kuralın tespit edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır²⁴⁸. BGB’nin

BGB § 138 ve gabni düzenleyen BGB § 138 Abs.2’ye göre içtihat edilmekteydi. İmparatorluk Mahkemesi kararları için Bkz: RG 30.06.1939, RGZ 161, 52; RG 15.02.1929 RGZ, 128, 251, 258. Bu dönemde **Busch** geçersizliğin “bedel” gibi bir sözleşmenin *essentialia negotii* unsuruna ilişkin olması sebebiyle, başka bir tartışmaya mahal olmaksızın sözleşmenin tamamen hükümsüz olacağını savunmuştur. BUSCH; “**Die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen, die unter Überschreitung des Höchstpreises geschlossen sind**”, JZ, 1916, s.128. 1953’ten sonraki kararlar için bkz: BGH IV, Zivilsenat, 22.12.1953, ZR 87/53, BB 1954, 174; 15.02.1956, IV ZR 180/55, WM 1956, 459; BGH VII.Zivilsenat, 11.07.1957, ZR 203, 56, WM 1957, 1155; 08.01.1959, VII ZR 21, 58, WM 59, 566; 09.11.1961, VII ZR 158/60, WM 62, 112. BGH VIII Zivilsenat, 18.04.1962, VIII ZR 245/61, WM 62, 606. Frankfurt Eyalet Mahkemesi 2000 yılında verdiği bir kararda, BGB § 134 Hs. 2’nin atfıyla WiStG § 5 hükmünün BGB § 139’un da dikkate alınması gerektirdiğini ve bu hükümleri birlikte değerlendirerek yalnızca kiracının “geçersiz kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmak isteyebileceği” yönündeki iradesinin dikkate alınmasına hükmetmiştir. OLG Frankfurt am Main, 07.08.2000, 29 ReMiet 1/98, DWW 2001, 245. Aynı Mahkemenin yine 2000 yılında verdiği başka bir kararda, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması durumu ile sözleşmenin kurulması esnasındaki geçersizlik durumu ayırt edilmiştir. Kararda sözleşmenin kurulması esnasında WiStG § 5 hükmünün anlam ve amacından kira bedelinin rayiç bedele indirilmesi durumundan bahsedilmesi, bu hükme “indirim yaptırımı” sonucunu bağlama izlenimi uyandırmıştır. OLG Frankfurt am Main, 15.08.2000, 20 ReMiet 1/99, DWW 2001, 163.

²⁴⁶ Ayrıca bkz: ROTH; **a.g.m.**, s. 413.

²⁴⁷ ROTH; **a.g.m.**, s. 419. HÜBNER; **a.g.m.**, s. 410.

²⁴⁸ **Canaris**, BGB § 134 Hs.2’nin yasağı ihlal eden normun kısmi hükümsüzlük veya benzeri hükümlerin uygulanmasını sağlayacak biçimde geniş yorumlanmasını savunmaktaydı. CANARIS; **Gesetzliche Verbot**, s. 16 vd. Bu anlamda yasağın zayıf tarafını koruma amacına dayanarak, indirim yaptırımına dayanarak karşı tarafın sözleşmenin avantajlı hükümlerinden (fesih gibi) yararlandırılmaması gerektiğini de ifade etmiştir. Yazarın **tek tarafın lehine kısmi hükümsüzlük (halbseitige Teilnichtigkeit)** adını verdiği yapıda kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin zayıf tarafını koruyan tarafın aleyhine sonuçlar yaratacak şekilde uygulanmamalıdır. Örneğin yazar indirim yaptırımının uygulanması, kiracıyı bağlanmak istemediği bir kira sözleşmesini devam ettirme sonucu ile karşı karşıya kalması sonucunu doğurmamalıdır. Bu bakımdan kiracıya veya aşırı faiz borçlusuna aynı zamanda sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğünü sağlama imkanının tanınmasının yanında iade talepleri bakımından BGB § 817 Abs.2’deki subjektif şartlar da aranmamalıdır. Yazar 1983 yılında ileri sürdüğü bu görüşünü 1990 tarihli makale çalışmasında da devam ettirmiştir. CANARIS; **Teilnichtigkeit**, s. 519; 530. **Finger** de Canaris’in tek tarafın lehine kısmi

kiraya ilişkin §§ 553 ila 577a hükümlerinde değişiklik yapan 19.06.2001 tarihli Kira Hukukunda Reform Kanununun (*Mietrechtsreformgesetz*)²⁴⁹ yürürlüğe girmesi ile her ne kadar kira bedeli ve kira artış oranını serbestçe kararlaştırma prensibi muhafaza edilmiş olsa da, kira artış oranı ve rayiç bedel tespitine ilişkin kira ölçüm tabloları (*Mietspiegel*) ile bu oran ve bedeller belirlenebilir hale gelmiştir²⁵⁰. Bu anlamda özellikle kira sözleşmelerinde yer alan fahiş kira oranı ya da bedelinden söz etmekte fayda vardır. Zira belirlenen kira bedeli, kira ölçüm tablolarında yer alan bedelin %50'sinden fazla ise uygulamada fahiş olarak kabul edilmektedir. Alman

hükümsüzlük görüşünü benimsemekle beraber, BGB § 817 Abs.2 hükmünün «conditio» yu engelleyici kuralını bertaraf ederek, -yalnızca kira sözleşmeleri bakımından- kiracının fazla ödediği kısmını alabilmesine imkan sağlanması gerektiğini savunmuştur. Peter FINGER; “**Zu den Folgen einer Mietzinsvereinbarung unter Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete**”, ZMR, 1983, s.37. **Roth** ise sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında korunan tarafa ayrıca sözleşmesel bir talep de tanınmak istenmesini, BGB §§ 134 ve 138'in uygulama alanları bakımından kaçınılması gereken cesur bir girişim (*kühne Konstruktion*) olarak ifade etmiştir ROTH; **a.g.m.**, s. 419. Alman Yüksek Mahkemesi 1984 tarihli bir kararında BGB § 134 Hs.2'nin atfıyla WiStG § 5'e aykırı olarak belirlenen fahiş kira bedelini (rayiç bedelin %50'sinin üzerinde) içeren kira sözleşmesinin kısmi hükümsüzlüğüne karar vererek o tarihte yürürlükte olan 1974 tarihli Kira Artışına İlişkin (*Gesetz zur Regelung der Miethöhe*) MHG § 10 hükmünü de göz önünde tutarak kira bedelinin rayiç bedelin %20'sine kadar indirilmesine karar vermiştir. BGH, 11.01.1984, WuM 1984, 68, 36. Hemen belirtelim ki, MHG hükümleri 19.06.2001 tarihli kira hukukuna ilişkin reform kanunu ile BGB § 557 vd. maddelerine dahil edilmiştir. SAUER; **a.g.e.**, s. 114, dn. 510. Kararda gabnin de şartlarının oluşup oluşmadığı dikkate alınmıştır. Bu karara karşı **Pakirrus** kısmi hükümsüzlüğün WiStG § 5 hükmünden değil; doğrudan rayiç bedeli esas alan MHG § 10 hükmünden kaynaklandığını, dolayısıyla da kira bedelinin rayiç bedel üzerinden geçerli olması gerektiğini belirterek, iade talebinin kapsamının da BGB § 818 Abs.2 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bernd PAKIRNUS; “**Das Ausmaß der Nichtigkeit von Mietzinsvereinbarungen gem § 134 BGB i V m § 5 Abs 1 WiStG**”, ZMR, 1984, s. 329. Kira sözleşmelerinde uygulanacak indirim yaptırımının kısmi hükümsüzlükten farklı bir yapıda olduğunu ve kiralayanı herhangi bir riziko üstlenmeden bu ihlalden kurtarmayı önlemek için de bedelin WiStG § 5 Abs.2 hükmü gereği emsal bedelin (şimdiye kadar ödenmekte olan kiranın aynı şehir veya kasabadaki aynı değerdeki, aynı büyüklükteki binalara ödenmekte olan kiranın bedelinin) %20'sine kadar olan oranı değil, daha alt bir sınıra da indirilebilmesinin de mümkün olduğunu savunmuştur. ROTH; **a.g.m.**, s.411. Aynı yönde bkz: CAHN; **a.g.m.** s. 8 vd. **Cahn**, Canaris tarafından ileri sürülen teorinin hükümsüzlük kavramını sözleşmenin bir tarafını koruyacak şekilde açıklamanın her somut olay bakımından mümkün olmadığını ileri sürmüştür. CAHN; **a.g.m.** s. 13-14.

²⁴⁹ BGBl, I, S. 1149.

²⁵⁰ BGB § 558c maddesine göre, Belediyeceler hazırlanan genel kira ölçüm tablosu (*Mietspiegel*) var olan kira sözleşmelerinin muhitlere ve dairelerin durumuna göre hazırlanmış, ortalama metrekare kira değerini göstermektedir. JAUERNIG; **558e**, Rn. 1. Kira artış oranı sınırı ise (**Kappungsgrenze**) üç yıl içerisinde en fazla %20 oranında artırılabilir (BGB § 558 Abs.3). Üç yıl içerisinde rayiç kira bedelleri %20'lik artışın altında kaldığı zaman kiralayan sadece rayiç kira bedelini talep edebilir. Kira artış oranının %20'nin üzerinde belirlenmesi halinde, bu kayıt etkisizdir (**unwirksam**) (BGB § 558 Abs. 6). Bununla beraber kiracının da kira artışının yapıldığı andan itibaren 2 ay içerisinde kira sözleşmesini feshetme imkânı vardır (BGB § 561 Abs). Üç yıl içerisinde rayiç kira bedelleri %20'nin altında kalmak şartıyla artmışsa, o taktirde kiralayan sadece rayiç kira bedelini isteyebilir (BGB § 558 Abs. 4). Bkz ayrıca: JAUERNIG; **§ 558 BGB**, Rn. 4.

Yüksek Mahkemesinin birçok kararında rayiç bedelin %50'sinden fazla belirlenen kira bedelinin rayiç bedelin %20'sine (*Kappungsgrenze- kira artırım sınırı*)²⁵¹ kadar indirileceğini ve aynı zamanda WiStG § 5 uyarınca cezai yaptırım uygulanmasını kabul edilmektedir²⁵².

İsviçre Hukukunda ise, kiracıyı korumaya yönelik olarak sözleşme özgürlüğünün yapılan yasal düzenlemeler ile geniş çaplı olarak sınırlandırıldığını görmekteyiz²⁵³. Borçlar Kanununun kiraya ilişkin hükümlerinin (OR Art. 253-278e) bir kısmında 01.06.1990 tarihli değişiklik ile,²⁵⁴ kira artış oranlarının serbestçe belirlenmesinin önüne geçilmek istenmiş ve oranları belirleme hakkının kötüye kullanıldığı haller sayılmıştır (OR Art. 269, 269a). En az 5 yıl süreli kira sözleşmeleri bakımından kira artış oranlarında dikkate alınacak oran, üretici fiyat endeksindeki artış oranı iken (Art.269b), söz konusu madde hükümlerine aykırı şekilde belirlenen kira artış oranları bakımından kiracıya, gabin hükümlerine benzer şekilde kısmi iptal ile kira artış oranının indirilmesini talep etme imkânı getirilmiştir (Art.270). Söz konusu indirim isteme hakkı ise 30 günlük bir hak düşürücü süreye bağlanmıştır (Art.270; 274f). Madde hükmünde gabne ilişkin subjektif şartların da

²⁵¹ JAUERNIG; § 558, Rn. 4. Ekonomik Ceza Kanunu 5.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu sınır 21.07.1993 tarihli Kanun ile mevzuata girmiştir. SAUER; **a.g.e.**, s. 129.

²⁵² KG ZMR 2001, 614, 615. BGH NJW 04, 1741, OLG Karlsruhe NJW 1982, 1161. AG Hamburg 1.8.2007, 46 C 40/04, WuM 2008, 565. LG Berlin 13.6.1996, 62 S 391/95, Grundeigentum 1996, 979. BGHSt 30, 281. BGH, 11.01.1984, WuM 1984, 68, 36. Doktrinde de benzer yönde bkz: JAUERNIG; § 139 BGB, Rn. 15. PALANDT/HEINRICHS; § 134 BGB, Rn. 9. Doktrinde yer alan görüşler için bkz: Wolfhard KOHTE; “**Die Rechtsfolgen der Mietpreisüberhöhung**”, NJW 1982, s. 2803. Johannes HAGER; “**Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten**”, JuS 1985, s. 264. ACHENBACH/RANSIEK; **Handbuch-Wirtschaftsstrafrecht**, 2.Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2008, s. 211. STAUDINGERS; § 139 BGB, Rn. 17.

²⁵³ İsviçre Hukukunda kiraya ilişkin hükümlerin gelişimi ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Helen ROHRBACH; “**Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1911 bis zur Gegenwart**”, BWO, 2009, s.3 vd.

²⁵⁴ SR 220 (01.07.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir). Yine aynı tarihte Hasılat, İşyeri ve Adi Kiralara İlişkin Yönetmelik (VMWG) de yürürlüğe girmiştir (SR 221.213). Ancak bu değişikliklerden önce yürürlükte olan 30.06.1972 tarihli Kiraya İlişkin Hakların Kötüye Kullanılmasını Önleme Hakkında Federal Konsey Kararı (*Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen-BMM*)’nin 6.maddesinde, kiralayanın kira sözleşmesi kurulurken 3 aylık kiradan fazla depozito (Kautio) alamayacağı öngörülmekteydi. Doktrinde ise, bu hükümlere aykırı şekilde kararlaştırılan kayıtların yasal sınıra indirim yaptırımını uygulanacağı kabul edilmekteydi. GIGER; **a.g.e.**, s. 40. Ancak BMM’nin kira artış oranlarında esas aldığı hükümler ve kira bedelini belirleme hakkının kötüye kullanıldığı birçok hüküm Borçlar Kanununa entegre edilmiştir. ROHRBACH; **a.g.m.**, s. 11, 12.

aranmasının yanında, indirimin *-niteliğine uygun düştüğü ölçüde* -değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile sağlanacağı kabul edilmektedir²⁵⁵.

Türk Hukukunda ise taraflar kira bedelini sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca serbestçe *-BK.m.20 hükmü ile sınırlı olmak şartıyla-* kararlaştırabilirler²⁵⁶. Bununla beraber indirim yaptırımının Yargıtay uygulamasında örneğine rastlamak oldukça zordur. Zira ülkemizde Alman Hukukuna benzer şekilde kira bedellerinin tespitine ilişkin kira ölçüm tablolarının hazırlanması söz konusu değildir. Kira artış oranlarının kontrolü yasal düzenlemeler gereği yapılamadığı gibi, aynı şekilde kira bedellerine ilişkin uyumsuzluk çoğu zaman kira artış oranı bakımından tespit ve uyarılma davalarına konu edilmektedir²⁵⁷. Bu nedenle, uygulamada kira sözleşmelerinde yer alan bedele indirim yaptırımının uygulanmasına çok fazla rastlanamasa da, kira bedellerini 1953 rayiçiyile donduran ve kiralayanın fesih hakkını sınırlayan 6570 sayılı "Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun"un 2. ve 3. maddelerinin; Anayasa Mahkemesi tarafından 26/03/1963 tarih, 1963/3 esas, 1963/67 sayılı kararıyla (RG. T. 31.5.1963, S.11416), mülkiyet hakkının özüne sınırlamalar getirdiği ve dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edildikten sonra dahi Yargıtay'ın indirim yaptırımını uyguladığı bazı kararlara rastlamak mümkündür²⁵⁸.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısında 344.maddesinde yer alan yeni bir düzenleme ile kira artış oranının belirlenmesi ile ilgili tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalarının, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerli olacağı öngörülmüştür. Tasarının 345.maddesinde ise, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın her zaman açılacağı öngörülmektedir. Tasarının 326.maddesinde OR Art. 265'e benzer şekilde, kiracı ve kiraya verenin, kira sözleşmesinden doğan alacaklarını takas

²⁵⁵ HONSELL; **Art. 270 OR**, Rn.1.

²⁵⁶ Kira bedelinin belirlenebilir olması da sözleşmenin kurulması için yeterli sayılmaktadır. ARAL; **a.g.e.**, s. 224. YAVUZ; **a.g.e.**, s.245. Hüseyin ALTAŞ; "**Kira Parası Artışlarının Sınırlanması**", AÜHFD, C:49, S:1-4, s. 97.

²⁵⁷ ALTAŞ; **a.g.m.**, s. 112. Şener AKYOL; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 96-97.

²⁵⁸ Y. 4.HD. T. 20.1.1972, 10340/470; Y.4.HD. T. 11.11.1965, 7792/5764 Kararlarda rayiç bedeli aşan kira bedellerinin, oranı aştığı ölçüde geçersiz olduğu belirtilmiştir. (Kararlar için bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 580, dn. 27.

etme hakkından önceden feragat edemeyecekleri öngörülmüştür. Böylece kiracı fazla ödediği kira bedelini, kira sözleşmesinden doğan başka borcuna mahsup edilmesini de sağlayabilecektir²⁵⁹.

Peki tüm bu açıklamalardan sonra, sözleşmenin kurulması esnasında fahiş olarak belirlenmiş kira bedelinin indirilmesi ve fazla ödenen kira bedelinin iadesi söz konusu olabilecek midir? Doktrinde **Hatemi**, pozitif hukukta kira bedel ve kira artış oranlarını sınırlayan veya hakime bu konuda indirim yetkisi tanıyan hükümler bulunmadığı için, MK.m.23/f.2 veya BK.m.21 gereğince kınanabilir bir dereceye varmadıkça rayiç bedeli aşan kira bedeline indirim yaptırımının uygulanmasına gerek olmadığını ifade etmiştir²⁶⁰. Yazarın bu ifadesini, somut olay adaletinin sağlanması bakımından objektif ve subjektif şartları varsa gabin veya bu şartlar yoksa uyarılma yolunun tercih edilebileceği şeklinde anlamak mümkündür. **Eren** de, kira bedelinin aşırı yüksek belirlendiği hallerde kira sözleşmesinin tamamen hükümsüz sayılması yerine, makul sınıra indirilmesini savunmaktadır²⁶¹. Kanaatimce kira sözleşmesinin kurulması esnasında kira bedelinin belirlenmesine ilişkin emsal değer gibi bazı kriterler temel alınarak, bu değerlerin oldukça üstünde olan bedellere ilişkin bir takım sınırlamalar getirilmelidir. Ancak bu düşünce daha önce, para değerinin düşmesi, vergilerin artması gibi sebeplerle kesin olarak reddedilmiş ve kira paralarının sınırlandırılması konusu gündeme getirilmemişti²⁶². Ancak hayatın doğal akışı içerisinde kira bedeli ve kira artış oranının belirlenmesi, çoğu kez kiralayananın keyfiyetinde bulunan bir durumdur. Kanaatimce *de lege feranda* olarak kanuni bir düzenleme ile kira artış oranı bakımından sınırlama getirilmesi isabetli olmakla beraber, sözleşmenin kurulması aşamasında kira bedelini belirleme hakkının kötüye kullanılmasını engelleyen birtakım kriterler (*emsal değer, kiralananın durumu gibi*) de öngörülmelidir. Ne var ki, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı yasalaştığı vakit, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedelinin, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira

²⁵⁹ HONSELL; **Art. 270 OR**, Rn. 12.

²⁶⁰ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlakı Aykırılık**, s. 580, dn.27.

²⁶¹ EREN; **a.g.e.**, s. 305.

²⁶² YAVUZ; **a.g.e.**, s. 245.

bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirleneceğine ilişkin 344.maddesinin 3.fikrası gereği artık üst sınır olarak üretici fiyat endeksindeki artış oranı esas alınmayacaktır.

Aşırı bedelli sözleşmeler bakımından indirim yaptırımının uygulanmasının yasal olarak öngörüldüğü hükümler de mevcuttur. Bu hükümler arasında BK.m.409 hükmünden de kısaca bahsetmekte fayda vardır. BK.m.409’da “*hizmet mukavelesi ve gayrimenkul satışı imkanını hazırlamak veya bunlardan birinin icrasına tasavvut etmek için fahiş bir ücret şart edilmişse borçlunun talebi üzerine bu ücret hakim tarafından adilane bir surette tenkis edilir*”. İsviçre Hukukunda kira sözleşmelerine aracılık etme bakımından bu hükmün uygulanamayacağı kabul edilmekle beraber²⁶³, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ve satım sözleşmelerine aracılık etmeye ilişkin tellallık sözleşmesi bakımından uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁶⁴. Madde hükmü gereği uygulanacak indirim yaptırımı bakımından, tellalın talep ettiği tutar değil; işin iktisadi değeri dikkate alınarak indirim uygulanacaktır²⁶⁵. BK.m.409 hükmü gereği borçlunun talebi arandığı için artık hakimin görevinden ötürü indirim yaptırımını uygulaması söz konusu olmayacaktır. Peki sözleşme kurulurken fahiş bedel kararlaştırılan kira sözleşmeleri bakımından tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin BK.m.409 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olabilir mi? Kanaatimizce kiraya ilişkin uygulanacak bir indirim yaptırımı, herhangi bir maddenin kıyasen uygulanması ile değil; doğrudan kiraya ilişkin hükümlerde öngörülmesi şartıyla uygulanmalıdır. Tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin son olarak, TTK.m.100/f.son’a göre “*24.madde hükmü mahfuz kalmak üzere Borçlar Kanununun 409 uncu maddesi hükmü ticaret tellallığına da tatbik olunur. Borsa tellallığı hakkındaki hususi hükümler mahfuzdur*”. TTK.m.24 hükmü dikkate alındığında ise BK.m.409’un tacir sıfatına sahip olan borçlu bakımından uygulanması söz konusu olmayacaktır.

²⁶³ HONSELL; Art. 417 OR, Rn. 2. SJ 1984, 366.

²⁶⁴ HONSELL; Art. 417 OR, Rn. 2. BGE 83 II 153; 106 II 57.

²⁶⁵ BGer 4C.121/2005; BGE 90 II 92. Mahkeme eski bir kararında ticari işle ilgili olmayan tellallarının başarısız oldukları aracılık faaliyetleri için yapmış olduğu masrafların da indirim yapılırken göz önünde tutmuştur. BGE 83 II 153.

İndirim yaptırımının açıkça öngörüldüğü bir diğer bedele ilişkin hüküm de avukatlık ücretine ilişkindir. 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanunla değişik²⁶⁶ 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163.maddesinin 2.fikrasına göre, “Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz”. Yine 164.maddenin 2.fikrasında, “Yüzde 25’i asmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir” denilmek suretiyle avukatlık ücretinin belirlenmesinde üst sınır getirilmiştir. Ancak Yargıtay, 163.maddede yapılan değişiklikten önce, kanunda üst sınırın bulunmasına rağmen indirim yaptırımını uygulamamaktaydı²⁶⁷.

Hemen ifade etmek gerekir ki, 24.12.2009 tarih ve 27442 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı’nın Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne ilişkin Tebliği’nin birinci maddesinde “Bütün hukuki yardımlarda avukat ile iş sahipleri arasında geçerli ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda, Avukatlık Kanunu ve bu Tarife hükümleri uygulanır. Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında avukatlık ücreti kararlaştırılmaz. Aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu Tarife hükümleri uygulanır” denilmektedir. Bu hükme dayanarak, ücret sözleşmesinde %25’in üzerinde bir oran kararlaştırıldığı vakit, bu sınıra indirim yapılmayacak olup, geçersiz hükmün yerini Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde sözleşme konusu iş için öngörülen ücreti alacaktır. Yine Avukatlık Kanununun 164.maddesinin 4.fikrasında *Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum Baro Yönetim Kuruluna*

²⁶⁶ RG. T. 10.5.2001, S.24398.

²⁶⁷ Söz konusu kanun değişikliğinden önce Yargıtay kararına konu olan bir olayda, avukatlık ücret sözleşmesinde ücretin, Avukatlık Kanunu’nun 164.maddesinde kararlaştırılan %25’lik sınırın aşılması kararlaştırılmış olması nedeniyle, sözleşmenin tamamı hükümsüz sayılmıştır. Söz konusu kararda Yargıtay; “yasanın kamu düzeniyle ilgili olan bu buyurucu kuralına aykırı olarak yapılan ücret sözleşmesi geçersiz olup, mahkemenin kabul ettiği gibi %25’lik sınıra indirilerek geçerli hale gelmez” diyerek düşey kısmi hükümsüzlüğü uygulamamıştır. Y.13.HD. T.19.6.1990, E.1990/4388, K.1990/4590 (KARAHASAN; a.g.e., s.447).

bildirilir. (Değişik: 13/1/2004-5043) Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin %10'u ile %20'si arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır". Avukatlık ücret tarifesi ve Avukatlık Kanunundaki maddelerin uygulanması ile ilgili olarak Yargıtay kararlarına bakıldığında, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde avukatlık ücretinin "oran" olarak fahiş nitelikte kararlaştırıldığı durumlarda %25'lik oranı indirime esas olmak üzere "üst sınır" olarak kabul eden BK.m.164/f.2 hükmü karşısında BK.m.164/f.4 hükmünün çelişkili ifadesi karşısında Yargıtay'ın %25'lik sınırı "üst sınır" olarak uyguladığı görülmektedir²⁶⁸. Buna karşılık, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ücretin maktu olarak belirlendiği durumlarda ise bazı durumlarda BK.m.164/f.4'ün atfıyla fahiş ücretin geçersiz sayılarak, Tarifede belirlenen ücretin uygulandığı görülmektedir²⁶⁹. Aslında Avukatlık Ücret

²⁶⁸ "...mahkemece taraflar arasındaki avukatlık ücret sözleşmesinde, "dava miktarının %30'u" olarak belirlenen vekalet ücretinin, tavan miktarı olan "dava miktarının %25'i" oranında geçerli olduğunun kabulü ile.."Y. 13.HD., T.29.12.2008, E.2008/13013, K.2008/15799 (Corpus).

²⁶⁹ Yargıtay bir kararında; "...sözleşmede kararlaştırılan ücret müddeabihin tamamına yakın kısmını içermekte olup, iyiniyet ve ahlak kuralları ile bağdaşmaz. Bu nedenle, ücret sözleşmesi geçersizdir. Yazılı bir ücret sözleşmesinin bulunmadığı veya sözleşme bulunmakla birlikte geçerli olmadığı durumlarda, avukatın hak kazandığı ücret tutarının Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesi hükümlerine göre saptanarak hüküm altına alınması gerekir.." Y.13.HD. T.09.03.2009, E. 2008/11804, K.2009/3099 (Corpus). Bir diğer kararda; "..Davacı ile davalı maktu ücrete tabi davanın takibi için sözleşmede maktu vekalet ücretini kesin ve net olarak kararlaştırmışlardır. Sözleşmeyi geçersiz saymak tarafların amacına aykırı düşer. Tarafların amaçladıkları da maktu ücrettir. Avukatlık kanununun 164. maddesi uyarınca sözleşme belli bir miktarı kapsadığı için geçerli olup, maktu vekalet ücreti anlaşmaları için bir sınır konmadığından, sınır yüzde olarak yapılan anlaşmalara ilişkin olduğundan, Av. K. 164/2'nin olayda uygulama yeri yoktur..." Y. 13.HD., T. 23.05.2007, E. 2007/2106, K. 2007/7296 (Corpus). "kamulaştırma kanununun 31. maddesine göre, artırılan kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukata ait olacağına kararlaştırılması da yasaklanmıştır...Ayrıca sözleşmenin konusunu oluşturan bedel artırım davası, 341.946 YTL. üzerinden açılmış ve 46.425 YTL. üzerinden hükme bağlanmış ve kesinleşmiştir. Davalının 46.425 YTL. olarak gerçekleşen menfaati karşılığında 78.647 YTL. avukatlık ücreti ödeme yükü altına girmesi de BK.nun 20. maddesi çerçevesinde açıkça "gayri muhik" bir durum olup, sözleşmenin bu yönüyle de geçersiz olduğunun kabulü gerekir...Somut olayda taraflar arasındaki ücret sözleşmesi yukarıda açıklandığı üzere geçersiz olduğuna göre, bu sözleşme tarihinde yürürlükte olan 4667 sayılı kanunla değişiklikten önceki 163/son maddesi gereği, o

Tarifesinde bir nevi “özel hukuk cezası” öngörüldüğü ve üst sınırı bilmesi gereken avukatın, indirim yaptırımından da elverişsiz bir sonuca uymak zorunda bırakıldığı düşünülebilir.

Sonuç olarak, kanaatimce aşırı bedelli sözleşmelerde indirim yaptırımının uygulanabilmesi için, bunun kanunda açıkça öngörülmüş veya ihlal edilen normun anlam ve amacından açıkça böyle bir sonucun ortaya çıktığı kabul edilmelidir²⁷⁰. İndirimin yapılacağı sınır ise kanunda öngörülen üst sınır olmalıdır.

ii- Cezai Şart Bakımından İndirim Yaptırımı

Bu başlık altında çalışma konumuzun kapsamı çerçevesinde cezai şart bakımından uygulanacak indirim yaptırımının hukuki niteliğini belirlemeye ve uygulanmasının şartlarını ortaya koymaya çalışacağız. Borçlar Kanunumuzda cezai şart BK.m. 158-161 maddeleri arasında düzenlenmiş olup²⁷¹, taraflar *-BK. m. 20'nin çizdiği sınırları aşmamak kaydıyla-kural* olarak cezai şartın miktarını belirlemekte serbesttirler (BK.m.161/ f.1)²⁷². Nitekim bir sözleşmede kararlaştırılan cezai şart

tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre, mahkemece hükümlenen değer üzerinden davacı avukatın hak ettiği ücretin belirlenmesi gerekir”. Y.13.HD.T., 10.03.2008, E. 2006/4461, K. 2008/3352 (Corpus).

²⁷⁰ KOHTE; **a.g.m.**, s. 2803-2804; BECKMANN; **a.g.e.**, s. 241-242. Bedele ilişkin hükümler, Devletin serbest piyasaya müdahalesi ile elektrik, gaz gibi toplumsal tüketim ürünleri bakımından belirlenen fiyatların aşılması halinde indirim yaptırımının uygulanmasına ilişkin mahkeme kararları için bkz: BECKMANN; **a.g.e.**, s. 241.

²⁷¹ Cezai şartın tanımı mevzuatta yer almamakla birlikte, doktrinde çeşitli tanımlar verildiği görülmektedir. Buna göre *“cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir”*. EREN; **a.g.e.**, s. 1133. Başka tanımlar için bkz: TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 341. TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 853-854. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 897-898.

²⁷² Cezai şartın hukuki niteliği pozitif hukumuzda tartışmalıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz: Salter UÇAR; **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, 1993, s. 20 vd. Borca uygun davranılmasını sağlamayı amaçlayan cezai şart, asıl borca bağlı fer'i nitelikli bir borç niteliğine sahiptir. Bu sebeple, asıl borç ilişkisinin geçersiz olduğu hallerde, cezai şart da hüküm ifade etmeyecek olup, ifası istenemeyecektir (BK.m.161/ f.2). Cezai şartın özellikleri ve uygulanması ile ilgili geniş bilgi için bkz: Köksal KOCAAĞA; **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, 2003, s. 40 vd. UÇAR; **a.g.e.**, s. 11 vd. Doktrinde cezai şarttan farklı olduğu kabul edilen dönme cezasının (BK. m.158/f.3) da indirilip indirilemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanuni bir neden olmaksızın sözleşmeden dönen borçlu böyle bir ödeme yükümlülüğü altına girmeyebilirdi. Bu sebeple dönme cezasının fahiş olması halinde indirim yapılamaz. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 908-909; EREN; **a.g.e.**, s. 1140; KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 158; 223-224. Bir diğer görüşe göre de, BK. m.161/f.2 hükmü aşırı cezai şartı indirme konusunda hakime yetki vermiştir. Kanun da dönme cezasını cezai şarta ilişkin hükümler arasında yer vermesi dikkate alınarak, indirime ilişkin hükmün dönme cezası bakımından da uygulanması gerekecektir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 353; UÇAR; **a.g.e.**, s. 19; HATEMİ;

miktarının borçlu yönünden ahlaka aykırı bir biçimde aşırılık arz ettiği hallerde, kanun koyucu hakime, muaccel olan ve henüz ifa edilmemiş olan “fahiş cezai şart miktarını” indirme yükümlülüğü yüklemiştir (BK.m.161/f.3). Söz konusu madde hükmü, borçluyu koruma amacı taşıyan emredici hüküm niteliğinde olup, bu nedenle borçlunun aşırı cezai şartın indirilmesinden feragat anlamına gelebilecek işlemleri geçersizdir²⁷³. Ancak cezai şartın aşırılığı kavramından ne anlaşılması ve indirilmenin talep edilmesi için muaccel olup olmaması gerektiği hususunda kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır²⁷⁴. Burada cezai şartın aşırı olup olmadığını tespit etme görevinin hakime verildiği bir hüküm içi boşluk söz konusudur. Bu noktada hakim, adalet ve hakkaniyet esaslarını (MK.m.4) dikkate alarak cezai şartın aşırı olup olmadığına karar verecektir²⁷⁵.

Doktrinde cezai şartın “fahiş” olması ile “ahlaka aykırı” olmasının birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir²⁷⁶. Aslında bu durum, hakimin her iki durumda uygulayacağı yaptırımın hukuki niteliği arasında nazari bir farklılık ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. *Von Tuhr/Escher*, borçlunun ekonomik geleceğini yok ederek veya tehlikeye düşürerek adeta onu alacaklının keyfiyetine tabi kılan cezai şartın *ahlaka ve adaba aykırı* derecede fahiş nitelikte olduğunu ve cezai şartın geçersizliğinin BK.m.20’ye tabi olacağını kabul etmektedir²⁷⁷. Bir başka deyişle, BK.m.161/f.3 hükmünden kaynaklanan indirim yaptırımı, cezai şartın ahlaka aykırı

Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 232, dn. 131. Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Bkz: Y.HGK. T.6.10.1978, 9-101/800 (İBD. 1979, S.1, s. 122, 123). Bir görüşe göre de, taraflar arasında sözleşme eşitliğinin bulunmadığı hallerde, somut olayın gösterdiği özellikler dikkate alınmak suretiyle, hakim tarafından aşırı dönme cezasının indirilmesi mümkün olmalıdır. Veli KARAGÖZ; *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, Seçkin, Ankara, 2006, s.46.

²⁷³ EREN; **a.g.e.**, s. 1131. KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 242. REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 444. KARAGÖZ; **a.g.e.**, s. 55.

²⁷⁴ Doktrinde baskın olarak cezai şartın indirilmesinin talep edilmesi bakımından, cezai şartın muaccel olması gerektiği kabul edilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 912. EREN; **a.g.e.**, s. 1140. HONSELL; **Art. 163 OR**; Rn.7. BGE 133 III 43; 48. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 3954.

²⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 911. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 268 vd. KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 261. EREN; **a.g.e.**, s. 1141. Y. 13.HD. T.3.4.2007, E.2007/720, K.2007/4630 (Yargı Dünyası, Ekim 2007, s.145).

²⁷⁶ EREN; **a.g.e.**, s.1141. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 268. Alman Hukukunda da özellikle İmparatorluk döneminde, cezai şartın yüksekliğinin ahlaka aykırı olduğu anlamına gelmeyeceği ve ahlaka aykırı boyutta fahiş olan cezai şart bakımından BGB § 343 hükmünün değil; BGB § 138 hükmünün uygulandığı ve cezai şartın tamamen geçersiz sayılmaktaydı. RGZ 68, 229 (III. 315/07, 7.4.1908). Ahlaka aykırı sözleşmelerde de indirim yaptırımı uygulanmıyordu. Bkz. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 69-70.

²⁷⁷ Von TUHR/ESCHER; **a.g.e.**, s. 284.

olmaması halinde uygulanabilecektir. Bu anlamda, “*ahlaka aykırılık*” bakımından sözleşmenin kurulduğu andaki şartların dikkate alınmasına karşılık, BK.m.161/f.3’deki “*fahiş olma*” bakımından cezai şartı doğuran borcun ihlal edildiği andaki şartların dikkate alınması da nazari farklılıklardan biridir²⁷⁸. *Giger* de doğrudan indirim yaptırımına değinmeksizin, OR Art. 163 Abs.3 gereği uygulanacak indirimin OR Art. 20 Abs.2’deki tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın söz konusu olacağını savunmaktadır²⁷⁹. Türk Hukukunda *Ateş*, cezai şartın *ahlaka aykırı* olması nedeniyle fahiş nitelikte kabul ediliyorsa, cezai şartın TTK.m.1466 hükmünden kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile indirilmesinin mümkün olduğunu, buna karşılık cezai şartın -ahlaka aykırılık dışında yukarıdaki kriterler göz önünde bulundurularak- yalnızca *fahiş* olduğu kabul ediliyorsa, indirim imkanının, sakat kısmın yerine emredici hükmün geçmesi ile gerçekleşen ve BK.m.161/f.3’den kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile sağlanabileceği görüşündedir²⁸⁰. Kanaatimizce BK.m.161/f.3’de “fahiş” ve “ahlaka aykırı” cezai şart arasında ayrıma gitmek faydasızdır. Zira hakimin tarafların menfaatleri, birbirine üstünlüğü, kusurun derecesi, ortak kusur gibi kriterleri gözeterek fahiş olduğuna karar verdiği cezai şart miktarının mutlak şekilde ahlaka aykırı olduğu söylenemese bile, borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak mahiyette ahlaka aykırı olan her cezai şart miktarı «fahiş»tir. Bu son durumda dahi, BK.m.20’ye göre özel hüküm niteliğinde olan BK.m.161/f.3 hükmünün uygulanması gerekecektir.

Buna karşılık, cezai şartın *fahiş olup olmadığını* tespit etmek için hakimin çeşitli kriterleri dikkate alması gerekmektedir: sözleşmenin niteliği ve süresi; borçlunun kusuru, sözleşmenin ihlalden dolayı alacaklının uğradığı zararlar, alacaklının ortak kusuru taraflar arasındaki menfaat dengesi, kusurun derecesi, tarafların birbirlerine üstünlüğü ve cezai şartın sözleşmedeki fonksiyonu olarak sayılabilir²⁸¹. Yargıtay 23.12.1983 tarihli kararda indirimi takdir edebilmek için,

²⁷⁸ BGE 114 II 264. GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn. 3825, dn. 64.

²⁷⁹ GIGER; a.g.e., s. 34.

²⁸⁰ ATEŞ; a.g.e., s. 292, dn. 879.

²⁸¹ REİSOĞLU; a.g.e., s. 443. KARAGÖZ; a.g.e., s. 54-55. ATEŞ; a.g.e., s. 269-270. BGE 133 III 43; 48. HONSELL; Art. 163 OR, Rn.6. KOCAAĞA; a.g.e., s. 173. KARAGÖZ; a.g.e., s. 47. OĞUZMAN/ÖZ; a.g.e., s. 881.

“ *tarafların sözleşmedeki karşılıklı yararları ve iktisadi dengeleri, alacaklının kendisine asıl borcun ifası halindeki yararı ile cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasındaki makul ve adil ölçü, borçlunun akdi ihlal etmekteki kusur derecesi, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmeye aykırı hareket edilmesinde alacaklının uğradığı zarar gibi*”hususların araştırılması gerektiğine karar vermiştir²⁸².

Doktrindeki görüşler incelendiğinde şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: **Başpınar**, BK.m.161/f.3 hükmünden doğan cezai şartın indirilmesini değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanması yoluyla gerçekleştiği görüşündedir²⁸³. **Hatemi**, BK.m.161/f.3’deki indirim hakimin görevinden ötürü re’sen göz önünde bulunduracağı bir kısmi hükümsüzlük yaptırımı olduğunu ve borçlunun bunu ileri sürmesinin yenilik doğuran bir dava gerektirmediğini savunmaktadır²⁸⁴. Yazar BK.m.161/f.3’ün bünyesine en uygun yaptırımın düşey kısmi hükümsüzlük olduğunu da ifade etmektedir²⁸⁵.

Bununla beraber, BK.m.161/f.3 hükmünün, TTK.m.24 hükmünde tacirler yönünden istisnası mevcuttur. TTK.m.24’ye göre, tacir sıfatına sahip borçlu, BK.m.161/f.3 hükmünden yararlanarak, kararlaştırılan cezai şartın indirilmesini mahkemeden talep edemeyecektir. Madde hükmünün uygulanabilmesi için, öncelikle borçlunun tacir olması ve cezai şartın ticari nitelikte bir borç için kararlaştırılmış olması gerekir²⁸⁶. Ancak ekonomik özgürlüğü adeta yok edecek şekilde kısıtlayan ve ekonomik malvarlığını ciddi biçimde tehlikeye sokacak hatta yıkımına yol açacak aşırı yüksek cezai şart miktarı belirleme keyfiyeti, tacirler bakımından da BK.m.19, 20 ve MK.m.23/f.2’nin hükümleriyle sınırlıdır²⁸⁷. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere,

²⁸² Y. 13.HD., T. 23.12.1983. E. 1983/6675, 1983/9202 (Kazancı). Benzer yönde bkz: Y.HGK. T.20.3.1974, E. 1970/1053, K.1974/222 (Corpus). YHGK, T.26.12.2001, E.2001/9-1175, K.2001/1116 (İBD.2003/2, s.377-380). Y. 11. HD., T. 01.01.2005, E. 2004/15209, K. 2005/12550 (Corpus). Y. 13. HD. T.15.4.2003, E. 2003/78, K.2003/4622 (Kazancı)

²⁸³ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 157-158. İsviçre Hukukunda da aynı yönde bkz: GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 706. Ancak bu yazarlar cezai şarta ilişkin açıklamalarında, indirim değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile sağlanabileceğinden bahsetmemektedirler. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 3824-3852. GAUCH; **Teilnichtigkeit**, s. 98. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 78 vd.

²⁸⁴ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn. 113.

²⁸⁵ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 236.

²⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 913. Ahmet BATTAL; “**Tacirin İş Kanunu’na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK.24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?**”, BATİDER, 1999, C:XX, S:2, s.20-21, KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 257.

²⁸⁷ Y.13.HD. T.17.2.2003, E.2002/1355, K.2003/14711 (Corpus). Yargıtay bir kararında “*Öte yandan, davalının tacir olduğu saptansa bile, TTK nun 24. madde hükmünün, her sözleşme için*

tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak derecede yüksek olan ve bu nedenle genel ahlaka aykırılık oluşturan cezai şart miktarının indirilmesi konusunda **Ateş**, genel ahlaka aykırı sayılan cezai şartın indirim imkanının temelini BK.m.20/f.2 hükmünde düzenlenen basit kısmi hükümsüzlük kuralından değil, TTK.m.1466 hükmünün kıyasen uygulanması ile yani değiştirilmiş kısmi butlan ile sağlanabileceği görüşündedir. Yazar bu görüşünü miktar bakımından bölünebilir edimlerde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceği yönündeki görüşe dayandırmaktadır²⁸⁸. **Oğuzman/Öz**, borçlu tacirin mahvına sebep olacak kadar ağır cezai şartların BK.m.20/f.2 hükmü uygulanarak indirilemeyeceğini; bunun TTK.m.1466 hükmünün kıyasen uygulanması ile tasvip edilebileceğini ifade etmektedirler. Zira yazarlara göre BK.m.20/f.2 hükmü, aslında ceza tutarının indirilmesine değil, sadece tüm cezai şartın veya bütün hukuki işlemin geçersiz olmasına sebep olacaktır²⁸⁹. Yazarlar bu çözümün BK.m.20/f.2 hükmünün dürüstlük kuralının yardımıyla kısmen uygulanmasına da dayandırılabilirliğini ifade etmişlerdir. **Hatemi**'ye göre, TTK'nun önleyici kuralının MK.m.2 karşısında düzeltilmesi yoluna gidilerek, burada gerçek olmayan bir boşluğun bulunduğu kabul edilmelidir. Bundan sonra da yazar, MK.m.1'e dayanılarak konulacak kural da cezai şartın bütünü batıl saymayıp TTK.m.1466'ya uygun olarak indirim yolunun seçilmesi gerektiği görüşündedir²⁹⁰. Yazarın daha sonra yaptığı terim açıklamalarına göre burada "gerçek olmayan boşluk" değil, "örtülü boşluk"tan söz edilmesi gerekmektedir²⁹¹.

Kanaatimizce cezai şartın fahiş miktar içeren kısmının geçersizliği üzerine sözleşmeden doğan boşluğun BK.m.161/f.3'de öngörülen yaptırım değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile sağlanması mümkün değildir. Hüküm içi boşluğun bulunduğu BK.m.161/f.3 hükmünden kaynaklanan indirim yaptırımı, söz konusu normun

uygulanma imkanı bulunan BK.nun 20. madde hükmü ile sınırlı olduğu düşünülerek...söz konusu cezanın tahsili halinde, davalının eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdürmeyeceği, şayet mümkün olmazsa bu durumun onun iktisaden mahvına sebep olup olmayacağı...sebeplenecekse, BK.nun 20. maddesi hükmü göz önünde bulundurulmalıdır". Y.15.HD., T.14.10.1999, E.1999/2025, K.1999/3642 (KARAHASAN; a.g.e., s. 494).

²⁸⁸ ATEŞ; a.g.e., s. 271 ve ayrıca bkz: dn. 800.

²⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ; a.g.e., s. 913.

²⁹⁰ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn.113.

²⁹¹ HATEMİ; **Medeni Hukuk**, s. 99 vd.

lafzından açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Buradaki indirim yaptırımının hukuki niteliğinin ise sakat olan cezai şart kaydında düşey tarzda gerçekleşecek bir kısmi hükümsüzlük olduğunu söylemek mümkündür²⁹². Madde hükmünde bir üst sınırın bulunmamasına rağmen, normun anlam ve amacını dikkate aldığımızda hakimin “hakkaniyet” esasına tabi olarak tespit edeceği sınır, üst sınır olacaktır. Ayrıca burada hakimin, cezai şarta ilişkin kaydın hükümsüzlüğüne karar verdikten sonra oluşan boşluğu BK.m.20/f.2’deki esaslara tabi olarak (*kanaatimizce iki aşamalı farazi iradeler görüşü*) doldurmayacaktır. Hakim burada aslında MK.m.4 çerçevesinde açık kanun kanun hükmü tarafından kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak bir “üst sınır” tespit edecektir ve cezai şartı bu sınıra indirecektir. Bu tarz hükümsüzlüğün hüküm ve sonuçlarına ilişkin de ihlal edilen normun niteliğine ve amacına uygun düştüğü ölçüde TTK.m.1466 hükmü kıyasen uygulanacaktır. Bununla beraber, TTK.m.24 hükmünde olduğu gibi hüküm içi boşluğun bulunmadığı hallerde ise indirim yaptırımı, ihlal edilen normun anlam ve amacından ortaya çıkan bir yaptırım olup, yine niteliğine uygun düştüğü ölçüde TTK.m.1466 hükmünün kıyasen uygulanmasını kabul etmekte fayda vardır. Bunun pratik faydası ödenen cezai şartın BK.m.62 engeline takılmadan geri istenebilmesinde gösterir. Bu anlamda TTK.m.1466 hükmünün kıyasen uygulanması kabul edildiği vakit, cezai şartın ödendikten sonra indirim uygulanamayacağını ifade etmek çelişkili bir tutum olacaktır. Zira TTK.m.1466 hükmünü düşey kısmi hükümsüzlüğün hüküm ve sonuçlarını göstermesi itibarıyla yol gösterici olarak kabul ettikten sonra, madde hükmünün sağladığı avantajların bir kısmını berataf edici yorumlara mahal bırakmak, hukuk güvenliğinin sağlanması açısından da tutarlı olmayacaktır. O halde bu madde hükmü gereğince, cezai şart ödenmiş olsa dahi indirimden sonra fazla ödenen kısmın geri BK.m.62 engeline takılmadan iadesi de mümkün olacaktır. TTK.m.1466 hükmünün kıyasen uygulanması kabul edilmese dahi, fazla ödenen cezai şart miktarı BK.m.62 gereği “hataen” ya da “gönül rızası” ödenmediği ispatlanmak suretiyle iadesi mümkün olmalıdır²⁹³.

Bu açıklamaları berraklaştırmak için cezai şartın indirilmesine ilişkin şartları; doktrindeki görüşler ve uygulamayı dikkate alarak kısaca incelemekte fayda vardır.

²⁹² HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn.113.

²⁹³ Aynı yönde bkz: GIGER; **a.g.e.**, s. 35.

Öncelikle cezai şartın ifa edildikten sonra borçlunun indirim isteyip isteyemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre cezai şartı ifa eden borçlu, bir daha bunun indirilmesini talep edemez²⁹⁴. Ne var ki kanaatimizce isabetli olmayarak Yargıtay da cezai şartın ödendikten sonra indirilemeyeceğine içtihat etmiştir²⁹⁵. Bu görüşe göre, cezai şartın ifası bir yandan borcun sona ermesine sebep olacağı gibi, diğer yandan da borçlunun indirim talebinden vazgeçmesi anlamına gelir. Bir diğer görüşe göre, cezai şartın ifasından sonra indirim ve kısmi iade için hakime başvurulabileceği kabul edilmekle beraber, bu durumda hakimin özellikle borçlunun ekonomik durumunun hesaba katılması bakımından daha sıkı bir değerlendirme yapması önerilmektedir²⁹⁶. Bir görüşe göre de, taraflar arasında sözleşmesel eşitliğin bulunmadığı durumlarda, borçlunun özgür iradesinin bulunup bulunmadığı yönünde bir araştırma yapılması sonucu indirim yaptırımının uygulanması düşünülmelidir²⁹⁷. Son olarak bir görüşe göre de, borçlunun indirim talebine ilişkin hakkını saklı tutarak cezai şartı ödemesi durumunda, ifanın indirim talebini sona erdirmeyeceği kabul edilmektedir²⁹⁸. Cezai şartın ifasını peşinen indirim talebinden feragat olarak kabul etmek yerine, en azından İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki tartışmalara son verecek nitelikteki 2006 tarihli kararında içtihat ettiği üzere, borçlunun böyle bir niyetinin olup olmadığının araştırılması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır²⁹⁹. Zira böyle bir ifa her zaman feragat anlamına gelmeyeceği gibi, borçlunun sözleşmenin zayıf tarafı olduğu hallerde adeta zorunlu kalarak ödemiş olması ihtimali de düşünülmelidir. Üstelik BK.m.161/f.3'den kaynaklanan indirim yaptırımının hukuki

²⁹⁴ EREN; **a.g.e.**, s. 1140. TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 884.

²⁹⁵ Y. HGK. T.2.2.2005, E.2004/9-759, K.2005/9 (Kazancı).

²⁹⁶ F.Necmeddin FEYZİOĞLU; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:II, 2.b.s., İstanbul, 1977, s. 404, dn. 144. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 356.

²⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 912. Yazarlar indirimin talep edilebilmesi için, ifanın sağlıklı bir iradeyle ve gönül rızasıyla yapılmış olmasını şerh koymuşlardır. Aksi taktirde borçlu cezanın aşırı olmadığını ve bunu ödemenin durumunu aşırı derecede sarsmadığını kabul etmiş sayılır. KARAGÖZ; **a.g.e.**, s. 51-52.

²⁹⁸ KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 228; 242.

²⁹⁹ BGE 133 III 43. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2006 tarihli bu kararı, cezai şartı doğuran borcun ihlalinden önce ödenen cezai şartın hukuki niteliğini de tartışarak, önceden ifa edilmiş olan cezai şartın her somuy olayda indirim hakkından feragat edilmiş sayılmayacağını ifade ederek, bu yöndeki tartışmalara son verecek nitelikte olması açısından son derece önemlidir. Alman Hukukunda ise gerek cezai şartın ifasından sonra indirim talep edilemeyeceği gerekse de indirim yaptırımının borçlunun talebi ile uygulanacağı BGB § 343 Abs.1 hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

niteliğini düşey kısmi hükümsüzlük olarak kabul ettikten sonra, ahlaka aykırılığın borcun ifası ile ortadan kalkmayacağını ve ifanın her zaman feragat anlamına gelmeyeceği de göz ardı edilmemelidir³⁰⁰. Fahiş cezai şartın indirimini açıkça öngören normun, cezai şartın ifa edildikten sonra indirim yapıp yapılamayacağına ilişkin açık bir düzenleme öngörmediği gibi, madde hükmünün anlam ve amacından bu sonucu çıkarmak da zordur. Zira kanunkoyucu fahiş cezai şart altında ezilen borçlunun mağduriyetini azaltmak amacıyla “bir üst sınır belirtmeksizin” istisnai bir düzenlemeye gitmiş ve böyle bir halde düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasını öngörmüştür. Bir an için düşey kısmi hükümsüzlük bakımından temel aldığımız TTK.m.1466’nın bu halde uygulanmayacağını düşünelim. Hakimin görevinden ötürü re’sen dikkate almak zorunda kaldığı aşırı cezai şartı, borçlunun (bu aşırılığı ve hatta indirim hakkını) bilmeyerek önceden ifa etmiş olması mümkündür. Alacaklı ile aralarındaki bir husumet neticesinde hakimin önüne gelen dosyada cezai şart bakımından aşırılığı tespit etmiş olması ve indirim tabi tutması kadar doğal (ve hakim açısında zorunlu) bir sonuç olamayacaktır³⁰¹. Hakime indirim yaptırımını uygulama konusunda yükümlülük yükleyen emredici nitelikteki BK.m.161/f.3 hükmünün aksine anlaşma yapılamayacağı gibi,³⁰² bu görevi ortadan kaldırma sonucuna yönelik olmak üzere, cezai şartı ifa etmiş olmanın “indirimden feragat” anlamına gelecek şekilde yorumlanması mümkün değildir.

Bununla beraber, indirim yaptırımının hakimin görevi gereği re’sen dikkate alınarak mı yoksa borçlunun talebi üzerine mi uygulanacağı meselesinin de doktrinde tartışmalı olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, hakim fahiş ceza tutarını sadece

³⁰⁰ Alman Hukukunda cezai şartın ahlaka aykırılığının BGB § 139 uyarınca bütün hukuki işlemin hükümsüzlüğüne yol açacağı da kabul edilmektedir. JAUERNIG; § 343 BGB, Rn. 3. RG 158, 301.

³⁰¹ “...BK.nun 161/son maddesi uyarınca söz konusu cezai şartın fahiş olup olmadığının mahkemece değerlendirilerek, fahiş olduğunun saptanması halinde tenkise tabi tutulması zorunludur”. Y.13.HD. T.22.11.2004, E. 2004/15671, K. 2004/16821 (YKD. Nisan 2005, s. 550).

³⁰² (BGE 133 III 43). Aynı yönde GAUCH/SCHLUEP; OR AT, Rn.3824. Üstelik peşinen feragat niyetinin varlığını kabul etmek, borçlunun “hataen” ödeme yapmış olmasını kabul etmeyi önleyeceğinden, BK.m.62’deki şartların araştırılmasını da engelleyecek ve böylece cezai şartı ifa eden sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iade talebinde bulunamayacaktır. Aynı yönde bkz: Mehmet ERDEM; **La Clause Pénale**, Thèse, Lausanne, 2006, s. 182, dn.1. Böyle feragat niyetinin olmadığı kabul edildiğinde ise, BK.m.62 gereği borçlunun hataen ödeme yapıp yapmadığı araştırılabilecektir. BUCHER; OR AT, s. 532. SCHERRER; **a.g.e.**, s. 25. JAUERNIG; § 343 BGB, Rn.1 vd. Kanaatimizce madde hükmü Türk-İsviçre hukukları bakımından kabul edilemeyecek bir çözümü benimsemiştir. **Tunçomağ** ifadan sonra indirim talep edilemeyeceği ve borçlunun talebi ile indirimin gerçekleşeceğini kabul ederek, BGB § 343’ün çözümünü benimsemektedir. TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 151; 884.

borçlunun talebi üzerine indirebilir³⁰³. Bir diğer görüşe göre de, hakim aşırı cezai şartı önüne gelen davada hiçbir talep olmadan kendiliğinden indirmekle yükümlüdür³⁰⁴. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³⁰⁵. Kanaatimizce BK.m.161/f.3 hükmü hakimi cezai şart miktarının ahlaka aykırılığını re'sen dikkate alarak, bu miktarı açık bir şekilde indirime tabi tutmakla yükümlü tutmuştur. Bu yükümlülük borçlunun talebi ile ortaya çıkan bir yükümlülük olmayıp; hakim re'sen dikkate almasını gerektirecek nitelikte bir yükümlülüktür³⁰⁶. Üstelik genel itibariyle de indirim yaptırımının talep üzerine uygulanmasını kabul etmek, TTK.m.1466 ve indirim yaptırımının uygulandığı diğer haller (*rekabet yasağı, faiz hükümleri vs*) dikkate alındığında tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır. Kanunda yer alan indirim yaptırımının düşey kısmi hükümsüzlük niteliğinde olduğunu yaptırımın borçlunun talebi ile değil, hakim re'sen dikkate alması gerekli olduğunu kabul etmek, hüküm ve sonuçları itibariyle dağınık ve münferit çözümlerden ziyade, yoruma en az müsait çözümleri benimsemek açısından isabetli olacaktır. Özetleyecek olursak, BK.m.161/f.3 ve TTK.m.24 hükmünden doğan indirim yaptırımı, hukuki nitelikleri itibariyle düşey kısmi hükümsüzlük olup, bu hükümsüzlük BK.m.161/f.3 hükmünden açıkça ortaya çıkmakla beraber, her iki hüküm bakımından indirim yaptırımının uygulanmasına ilişkin olarak niteliğine uygun düştüğü ölçüde TTK.m.1466 hükmünden kıyasen yararlanılacaktır. Her iki hüküm bakımından uygulamada birlik sağlanması açısından, her iki yaptırımın da hakim tarafından re'sen dikkate alınacağını,

³⁰³ FEYZİOĞLU; **a.g.e.**, s. 403. TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 151; 153. KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 240; 241. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 912 (Son yazarlar sadece tartışmadan bahsetmekle beraber, görüş belirtmemişlerdir).

³⁰⁴ REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 443; Füsün NOMER ERTAN; “İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK.m.24 Uygulanır mı?“, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, İstanbul,2007, s. 32; KARAGÖZ; **a.g.e.**, s. 54. 108. Yazar özellikle iş sözleşmelerinde muaccel olan ve ifası istenen cezai şartın talep üzerine indirileceğini kabul etmenin, işçi bakımından aşırılığı ispat etme güçlükleri doğurması yanında, işçinin işini kaybetme riskini veya dava nedeniyle işveren tarafından ağırlaştırılacak olan iş koşullarına maruz kalma tehlikesini de beraberinde getireceğini savunmaktadır. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn.113. **Bucher** bu talebin açık olması gerekmediğini, dava dilekçesinde cezai şartın indirilmesi nedenlerinden bahsedilmiş olmasının yeterli olacağını savunmaktadır. BUCHER, **a.g.e.**, s. 532. Benzer yönde BGE 109 II 122.

³⁰⁵ “BK. 161 son maddesi hükmüne göre, hakim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür”. Y.9.HD. T.29.5.1997, E. 1997/6252, K. 1997/10506 (Corpus). Y. 13.HD. T.3.4.2007, E.2007/720, K.2007/4630 (Yargı Dünyası, Ekim 2007, s.145).Y. 13.HD. T.20.05.2008, E. 1540/2008, K.6896/2008 (İBD. 2008/6). Y.13. HD., T. 20.05.2008, E. 1958/2008, K.6943/2008 (İBD. 2009/3).

³⁰⁶ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn.113.

borçlunun cezai şartı ifa ettikten sonra da indirimin uygulanabileceğini ve her iki hüküm bakımından da önceden indirim talebinden feragat etmenin geçersiz olduğunu kabul etmekteyiz³⁰⁷.

Fahiş cezai şartta ilişkin kaydın yer aldığı bütün sağlararası sözleşmeler³⁰⁸ - TTK. m. 24'deki istisna saklı kalmak kaydı ile- bakımından indirim yaptırımının uygulanması gerekir. Bu anlamda Yargıtay 2004 tarihli kararı önemlidir: “Cezai şartın rekabet yasağı sözleşmesinden doğmuş olması, indirim yapılması gereğini ortadan kaldıran bir durum değildir. Mahkemeye indirime gidilmemiş olması hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir”³⁰⁹. Yine, faizlerin, işlemiş irat taksitlerinin ve bağışlanmış paranın ödenmesinde temerrütte, temerrüt faizi icraya veya mahkemeye müracat gününden itibaren işlemeye başlar (BK.m.104/f.). Bu hükmün aksine anlaşma yapılması, yani temerrüt faizinin temerrüt tarihinden itibaren işleyeceğinin kararlaştırılması mümkündür. Fakat böyle bir anlaşma cezai şartta ilişkin BK.m.161/f.3 uyarınca indirim yaptırımına tabi olur (BK.m.104/f.2).

Son olarak ifade etmek gerekir ki, mahkemenin cezai şartın indirilmesine ilişkin verdiği karar geçersizliği tespit eden bir karar değil; yenilik doğuran bir karar niteliğindedir³¹⁰.

³⁰⁷ Yargıtay ticari işlere ilişkin sözleşmelerde indirim hakkından önceden feragat edilebileceğini ve borçlunun talebi olmaksızın hakimin –borçlunun ekonomik açıdan mahvına neden olması gerekçesiyle- cezai şartı indiremeyeceğini ifade etmektedir. Y. 11.HD. T.10.3.1997, E. 1997/1132, K.1997/ 1439 (YKD. Mayıs 1997, s.725-726). Kanaatimizce bu karar isabetli değildir. Zira ticari işlere ilişkin sözleşmeler bakımından uygulanacak indirim yaptırımının hukuki niteliğini - TTK.m.1466 hükmüne kıyasla- düşey veya hatta bir diğer görüş olan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olarak kabul ettiğimiz vakit dahi, hükümsüzlüğünün temelde kesin hükümsüzlüğün özelliklerini barındırdığını dikkate aldığımızda, hakimin re’sen bu tarz bir hükümsüzlüğü dikkate almasını ve feragat ile hükümsüzlüğün temelinde yatan ahlaka aykırılığın düzelmeyeceğini de kabul etmemiz gereklidir.

³⁰⁸ TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 883. KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 223; 121. Ölüme bağlı tasarruflarda cezai şart kayıtlarına yer verilmesi mümkün değildir. TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 860-861. KOCAAĞA; **a.g.e.**, s. 119. İş sözleşmelerinde yer alan cezai şart ile ilgili detaylı bilgi için bkz: KARAGÖZ; **a.g.e.**, s. 32 vd. Eser sözleşmelerinde yer alan cezai şart ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Gökhan DİRİCAN; **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 39 vd

³⁰⁹ Y.9.HD. T. 05.10.2004, E. 2004/23807, K. 2004/22055 (Corpus). Burada rekabet yasağı sözleşmelerinde yer alan cezai şartın kanun koyucu bakımından dönme cezası olarak kabul edildiği ve doktrinde de dönme cezasının indirilemeyeceği yönündeki kanaatin etkisinin bulunması ihtimali karşısında, doktrinde genel olarak rekabet yasağı sözleşmelerinde yer alan cezai şartın indirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. KARAGÖZ; **a.g.e.**, s. 246. UŞAN; **a.g.e.**, s. 269. TUNÇOMAĞ; **a.g.e.**, s. 504.

³¹⁰ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 224.

(4) Rekabet Yasağına İlişkin Sınırlamalar ve İndirim Yaptırımı

Rekabet yasağı; kelime anlamı ile aynı sahada iş yapan kimseler arasında belli bir işi yapmama yasağı olarak tanımlanabilir. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işveren/şirkete ait sırların işçi/çalışan/ortak tarafından bir başka iş ya da çalışma ilişkisi içerisinde kullanımının önüne geçmektir. Rekabet etmeme şartı ya da rekabet yasağı kanunla öngörülebileceği gibi (*ticaret ortaklıklarının ortak ve/veya yöneticilerine ilişkin rekabet yasağı TTK.m.172, 250, 335, 483, 547*); *hizmet sözleşmesinde işçilere ilişkin rekabet yasağı BK. 348-352*; *ticari mümessillikteki rekabet yasağı BK.m. 455 ve adi ortaklıkta rekabet yasağı BK.m.526*) sözleşme ile de öngörülebilir. Görüleceği üzere rekabet yasağına ilişkin hükümlere hizmet ilişkisinden şirket devirlerine kadar oldukça geniş alanda rastlamak mümkündür³¹¹. Söz konusu kanun hükümlerinin emredici nitelikte olmamaları nedeniyle, belirtilen rekabet yasaklarının kapsamını taraflar yapacakları BK.m.20'deki sınırlar aşılmamak kaydı ile sözleşme ile serbestçe belirleyebilirler³¹². Kanuni rekabet yasakları genellikle aradaki hukuki ilişki (hizmet, vekalet, mümessillik vb) devam ettiği süre içerisinde söz konusu olup³¹³, aradaki ilişkinin bitmesinden sonra taraflar ancak aralarında yapacakları bir sözleşme ile rekabet yasağının devam etmesi sağlayabilirler³¹⁴. Bu başlık altında inceleyeceğimiz konu da esas itibarıyla, aradaki hukuki ilişkinin sona ermesinden sonra sözleşmesel rekabet yasağına indirim yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağı meselesidir.

Türk Hukukunda kanuni rekabet yasağının bulunduğu bütün hallerde, aradaki hukuki ilişkinin (*ortaklık, mümessillik, vekalet vb.*) sona ermesinden sonra tarafların aralarında yapacakları sözleşmeye, hizmet sözleşmelerine ilişkin BK.m.348-352

³¹¹ Ticaret ortaklıklarında rekabet yasağına ilişkin geniş bilgi için bkz: Fatih AYDOĞAN; **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 37 vd. Rauf KARASU; “**Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı**”, Rekabet Dergisi, 2004, S:20, s.3 vd.

³¹² AYDOĞAN; **a.g.e.**, s. 16.

³¹³ BK.m.348 hükmü, rekabet yasağının hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ve sonuçlarını düzenlemektedir. Ancak hizmet ilişkisi devam ettiği sürece işçinin rekabet etmeme borcu, İK.m.25/f.2'de düzenlenen işçinin sadakat borcunun gereği olarak görülmektedir. Fatih UŞAN; **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003, s.61; 138.

³¹⁴ Rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için, işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekir. İşçinin, işverenin mesleki sırlarını ve müşteri çevresini öğrenmiş olması ve bunları kullanarak işverene zarar verme olasılığının bulunması durumunda, işverenin haklı menfaatinin bulunduğu kabul edilir (BK.m.348/f.2). Ayrıca bu sözleşmelerin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması gerekir (BK.m.350).

hükümlerinin *kıyasen* uygulanacağı kabul edilmektedir³¹⁵. Bu hükümler arasında çalışma konumuzu en çok ilgilendiren hüküm; rekabet yasağına ilişkin kayıt veya sözleşmenin, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olmayacak şekilde, *yer, işin niteliği ve zaman* olarak uygun bir sınırla tayin edilmek şartı ile geçerli olacağını düzenleyen BK.m.349 hükmüdür. Madde hükmünde bu husus; “*Rekabet memnuniyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nev’i noktasından hal icabına göre münasip bir sınır dahilinde şart edilmiş ise muteberdir*” şeklinde düzenlenmiştir.

İsviçre Hukukunda OR Art.340a hükmünde, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra rekabet yasağı sözleşmesinin yer, işin niteliği ve zaman olarak uygun bir sınırlama ile geçerli olacağını belirttikten sonra, rekabet yasağının en fazla 3 yıl süre ile kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmünün sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacına sahip nisbi emredici nitelikte bir hüküm olduğu kabul edilmektedir³¹⁶. Yer olarak sınırlamada esas alınacak ölçü; işverenin faaliyet ve etkinliğinin olduğu bölge olarak kabul edilirken; işin niteliği olarak yapılacak sınırlamada işverenin iş yaptığı alandaki faaliyetleri kapsamaktadır³¹⁷.

Alman Hukukunda BGB’nin yürürlüğe girmesi aşamasında rekabet yasağı kaydının zaman, yer ve işin niteliği yönünden sınırlandırılmamış olması ya da ahlaka aykırı derecede sınırlanmış olması halinde, kaydın yasal ölçülere indirilerek geçerli sayılması meselesi ile ilgili olarak farklı yönde Alman Federal Mahkemesi içtihatlarına rastlamak mümkündür³¹⁸. Farklı yöndeki Mahkeme kararları karşısında

³¹⁵ AYDOĞAN; **a.g.e.**, s. 32.

³¹⁶ GIGER; **a.g.e.**, s. 41. HONSELL; **Art. 340a OR**, Rn. 5. OR Art. 340a hükmü, değiştirilemez olan hükümler arasında yer almaktadır (OR Art.362’de belirtilen listeye bakınız).

³¹⁷ HONSELL; **Art. 340a OR**, Rn.3. Lukas COTTI; **Das vertragliche Konkurrenzverbot, Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken**, Diss., Freiburg Schweiz, 2001, Rn.573.

³¹⁸ Avukat ile yapılan bir rekabet yasağı anlaşmasının BGB § 138 uyarınca tamamen geçersiz sayan 28.4.1986 tarihli Mahkeme kararı için bkz: BGH NJW 1986, 2944. Eczane işleten ile yapılan rekabet yasağı anlaşmasının BGB § 139 uyarınca bölünebilir olduğuna ve caiz zaman sınırına indirilerek geçerli kabul eden Karlsruhe Yerel Mahkeme kararı için bkz: OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 3968. Sudabeh KAMANABROU, “**Teilverbindlichkeit überschießender nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer**”, ZGR, Vol:31, 2002, s. 902. **Canaris**, HGB § 74/a hükmü olmasa dahi BGB § 139’un amaca uygun sınırlandırılması yoluyla aynı sonuca ulaşılabileceğini, aksi bir çözümün normun koruma amacından uzaklaşarak, geçersiz kaydın aleyhine olan tarafa “*ekmek yerine taş vermek*” sonucunu doğuracağını ifade etmektedir. CANARIS; **a.g.m.**, s. 537.

hukuk güvenliğini sağlamak amacı ile doktrinde meselenin oldukça tartışıldığını görmek mümkündür³¹⁹. Fransız Medeni Kanunu 1780. maddenin etkisiyle ticaret ve rekabet hukukunda Alman Hukukunda rekabet yasağı kayıtlarının belli sınırlar içermesi prensibi HGB § 74 ve GewO § 133 hükümlerinin kanunlaşması ile beraber yasal zemine kavuşturulmuş oldu³²⁰. **Soergel/Hefermehl**, ahlaka aykırı rekabet yasağı anlaşmasının tamamen geçersiz bırakılmasını BGB § 138'in cezalandırma amacı ile bağdaştığını ileri sürerken³²¹, **Hager** ise anlaşmayı ahlaka aykırı hale getiren kaydın içeriğindeki bir düzeltmenin anlaşmayı ahlaka uygun hale getireceği ihtimalinin göz ardı edilmemesini önermiştir³²². Rekabet yasağı kayıtlarındaki ahlaka aykırılığın ölçüsünün nasıl tespit edileceği meselesi oldukça tartışılmıştır. Zamansal sınırlamaya ilişkin ölçü, 21 Aralık 2000 yılındaki değişiklik ile HGB 74a Abs.1'de tacir yardımcılar bakımından hizmet ilişkisinin bitiminden itibaren 2 yıl olarak öngörülmüştür. Alman Yüksek Mahkemesi, tacir yardımcılar için geçerli olan bu iki yıllık sürenin, üyelik sıfatı sona eren anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için de kabul edilmesi gerektiğine³²³, bu süreyi aşan rekabet yasağının öngörülmesinde,

³¹⁹ Siegbert LAMMEL; “**Vertragsfreiheit oder Wirtschaftsfreiheit- zur Teilnichtigkeit von Wettbewerbsabreden**”, AcP 189, 1989, s. 247; Kartel Hukuku ile ilgili rekabet kısıtlamalarına ilişkin sözleşmelerde kısmi hükümsüzlük sorunu ile ilgili geniş bilgi için bkz: Johann-Christoph GAEDERTZ; **Die Teilnichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Verträge**, Diss., Konstanz, 1994, s. 75 vd.

³²⁰ LAMMEL; **a.g.m.**, s. 265.

³²¹ SOERGEL/HEFERMEHL; **BGB § 138**, Rn. 47.

³²² Johannes HAGER; **Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften**, Diss., München, 1983, s. 183.

³²³ RGZ 53, 155; OLG Stuttgart WRP 1978, 476. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 72. Doktrinde HGB § 74/a hükmünün işçiler, ticari mümessiller ve ticari mümessil sayılmayan ortaklık organları bakımından uygulanması ile ilgili tartışmalar için bkz: Meinhard ERBEN; **Wettbewerbsverbote mit IT-Freiberuflern**, Diss., Münster, 2001, s.74 vd. LAMMEL; **a.g.m.**, s. 244 vd. Şirket müdürleri (**Geschäftsführer**) bakımından sözleşmesel rekabet yasağı kaydının hükümsüzlüğü meselesi tartışmalıdır. KAMANABROU; **a.g.m.**, s. 918. Bir görüşe göre, şirket müdürleri bakımından ahlaka aykırı rekabet yasağı kaydı BGB § 138 hükmünün amaca uygun sınırlandırılması (*teleologische Reduktion*) yoluyla kısmen hükümsüz olabilecektir. CANARIS; **a.g.m.**, s. 519, 538; Walter F. LINDACHER; “**Grundsätzliches zu § 138 BGB. Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente**”, AcP 173, 1973, s. 124, 131; ROTH; **a.g.m.**, s. 411, 417. Bir diğer görüşe göre de, BGB § 138 hükmünde kanun boşluğu olmadığı gerekçesi ile amaca uygun yorum ile sınırlama getirilemeyeceğini savunmaktadır. FLUME; **a.g.e.**, s. 389; ULMER; **a.g.m.**, s. 2025, 2028; ZIMMERMANN; **a.g.e.**, s. 80. İş Hukuku kapsamında rekabet yasağına ilişkin kayıtlar bakımından BGB § 139 Hs. 2 gereğince geçerliliği koruyan indirim uygulayan mahkeme kararı için bkz: RG III. 379/03; 1904, s. 647 vd. Rekabet yasağı kaydına genel işlem şartları arasında yer verilmesi halinde, “sözleşmenin karşı tarafını dürüstlük kuralına aykırı ölçüde zarar veren sözleşme kayıtlarının hükümsüz olacağını” öngören AGBG § 9 hükmünün amaca uygun sınırlandırılarak geçerliliği koruyan indirim ile geçersiz kaydın düzeltilebileceği genellikle kabul edilmektedir. SOERGEL/HEFERMEHL; **BGB § 139**, Rn. 61. ERBEN; **a.g.e.**, s. 136 vd. ULMER;

şirketin korunmaya değer bir menfaatinin olmadığına karar vermiştir³²⁴. Ancak Türk Hukuk doktrininde rekabetin *süre* olarak sınırlanması bakımından Alman Hukukundakine benzer şekilde iki yıllık sürenin konulması; yasağın kapsamı ve geçerli olduğu yer ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve mutlak şekilde uygulanmasının doğru olmayacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir³²⁵. Bu görüşün gerekçesi olarak konu itibariyle son derece dar bir alana münhasır ve dar bir bölge için geçerli olacak rekabet yasağının iki yıldan daha fazla bir süre için de öngörülebileceği ileri sürülmüştür. Buna karşılık yer ve kapsamı geniş olan bir rekabet yasağı için iki yıllık bir süre, uzun bir süre olarak kabul edilebilir³²⁶.

İş Hukuku hükümleri bakımından İsviçre ve Alman Hukuklarından farklı olarak, Türk Hukukunda kanunkoyucu tarafından rekabet yasağına ilişkin bir *zaman* sınırlaması öngörülmemiştir. Yargıtay özellikle zaman olarak yapılacak sınırlama bakımından işçinin ekonomik geleceği ile işverenin yasak konusundaki menfaatleri arasında bir denge kurularak MK.m.2 çerçevesinde bir sürenin belirlenmesinin gerektiğini belirtmiştir³²⁷. Ayrıca Yargıtay önüne gelen bazı davalarda husumetin doğrudan yasağın zaman ile ilgili kısmına yönelik olmasa da, bu yasağı içeren kayıtlarda yer alan 6 aylık, 1 ve 2 yıllık sürelerin geçerlilikleri meselesini gündeme getirmeyerek bir anlamda uygun bulmuştur³²⁸. Bununla beraber doktrinde bazı

a.g.m., s. 2028. 1969 yılından itibaren HGB § 74a Abs.1 hükmü, Alman Federal İş Mahkemeleri tarafından İş Hukuku alanındaki rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından da uygulanmaya başlamıştır. BAG 13.09.1969, 3 AZR 138/68, AP Nr.24. RAFFLER; **a.g.m.**, s. 187.

³²⁴ BGH NZG 2004, s.35 vd. BGH BB 1994, s. 95, 96 vd.

³²⁵ KARASU; **a.g.m.**, s.12. *Canaris* de hakimin sözleşme boşluğunu doldurma faaliyeti çerçevesinde, aşırı sınırlanmış rekabet yasağı kaydının özellikle süre yönünden en yüksek değil, uygun sınıra indirilmesi gerektiğini savunmaktadır. CANARIS; **a.g.m.**, s. 529-530.

³²⁶ KARASU; **a.g.m.**, s. 12. Alman Hukuku bakımından da benzer yönde bkz: ERBEN; **a.g.e.**, s. 126. ROTH; **a.g.m.**, s.414. Alman Federal Mahkemesi avukatlar arasında yapılan hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydında yer alan 10 yıllık zaman unsurunu, anlaşmadaki diğer unsurlarla beraber değerlendirerek ahlaka aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda, uygun sınıra indirim yapılırken tarafların farazi iradeleri de dikkate alınmamıştır. BGH NJW 1986, 2944 (2945).

³²⁷ Y.9.HD. T.14.3.2000, E.2000/522, K. 2000/2892 (YKD. Eylül-2000, s. 1367).

³²⁸ Bkz: Y. 9.HD. T. 03.04.2007, E. 2007/913, K. 2007/9258 (Corpus). Y. 9.HD. E.2006/20038, K. 2007/5493 (Corpus). Y. 9.HD. T. 08.06.2004, E. 2003/18581, K. 2004/14299 (Corpus). YHGK., T.22.09.2008, E. 2008/9-517, K. 2008/566 (Corpus). Yargıtay 1999 tarihli bir kararına konu olan rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan 2 aylık sürenin, sözleşmenin yer itibariyle “tüm Türkiye”yi kapsamı nedeniyle hakkaniyete uygun bir süre olmadığına karar vermiştir. Y.9.HD. T.6.7.1999, E. 1999/8262, K.1999/12073 (Corpus). Yine aynı şekilde bu karardan 2 ay önce verdiği başka bir kararında da sözleşmede 6 aylık süreyi uygun bulmuştur. Y. 9.HD. T. 18.5.1999, E. 1999/5784, K. 1999/9049 (Corpus). Bu son kararlarda tespit edilen 6 aylık sürenin kısa olduğuna ilişkin bkz: UŞAN; **a.g.e.**, s. 239-240.

yazarlar tarafından, her somut olay bakımından işçinin ekonomik geleceği ile işverenin yasak konusundaki menfaatleri arasında bir denge kurularak MK.m.2 çerçevesinde makul bir sürenin belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır³²⁹. Rekabetin **işin niteliği** dikkate alınarak yapılacak sınırlama ise, kural olarak şirketin/işyerinin faaliyet alanı dışındaki bir iş alanını kapsayamaz³³⁰. Rekabetin **yer** olarak sınırlanması bakımından sözleşmede öngörülen yer, işverenin korunmakta menfaati olduğu sahayı kapsamalıdır³³¹. Görüldüğü üzere, rekabetin işin niteliği ve yer olarak sınırlanması bakımından birbirinden bağımsız değerlendirilemeyecektir³³². Bu anlamda işveren ile aynı faaliyet alanında olmakla birlikte, işverenin iş ilişkilerinin bulunmadığı bir bölgeyi kapsayacak şekilde rekabet yasağı anlaşması yapılamamalıdır³³³. **Başpınar** sınırlanmamış ya da ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlanmış rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından kelepçeleme sözleşmelerinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir³³⁴. Yazar aşırı sınırlamalar içeren rekabet yasağı anlaşmalarını kelepçeleme sözleşmesi olarak kabul ettikten sonra, bu tarz sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağını savunmaktadır³³⁵. **Uşan** yeni çalışma ilişkisinin özelliği ve türü dikkate alınarak, yer olarak bölgesel bir sınırlamanın yapılması gerektiği savunmaktadır. Yazar bu yönüyle aşırılık içeren sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü yerine, aşırılık oranında tenkisi tabi tutulması gerektiğini de ifade etmektedir³³⁶. Doktrinde de aslında genel itibariyle, aşırılık taşıyan rekabet sözleşmelerinin tamamen geçersizliği yerine, aşırılık oranında hakimin sözleşmeye müdahale etmesi gerektiği savunulmaktadır³³⁷.

³²⁹ UŞAN; **a.g.e.**, s. 239. Ercan AKYİĞİT; “İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı”, Kamu-İş, C:2, S:6-7, Ocak 1991, s. 14.

³³⁰ UŞAN; **a.g.e.**, s. 245. Benzer şekilde şirket anasözleşmesinde yazılı olmayan konular rekabet yasağı kapsamı dışındadır. KARASU; **a.g.m.**, s. 12.

³³¹ UŞAN; **a.g.e.**, s. 240.

³³² Anonim ortaklık üyeleri bakımından, şirketten ayrılan üyelerin şirketin faaliyet gösterdiği yer ve müşteri çevresi ile hiçbir ilgisi bulunmayan başka bir yerde **aynı iş alanında** faaliyet göstermesi yasaklanamayacağı kabul edilmektedir. KARASU; **a.g.m.**, s. 12.

³³³ UŞAN; **a.g.e.**, s. 242-243. Kanaatimizce aşırılık içeren rekabet yasağı sözleşmelerinin kesin hükümsüz sayılması, işin niteliği ve tarafların menfaatleri ile bağdaşmayacağından, mukayeseli hukuktaki uygulamaları da dikkate alarak ilk görüşe üstünlük tanıyoruz.

³³⁴ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 141.

³³⁵ BAŞPINAR; **a.g.m.**, s.32.

³³⁶ UŞAN; **a.g.e.**, s. 243.

³³⁷ AKYİĞİT; **a.g.m.**, s. 14-15. UŞAN; **a.g.e.**, s. 249 ve dn.197 ve s.252 dn.212’de anılan yazarlar.

Yukarıda belirttiğimiz kararlarda genellikle hizmet ve ortaklıktan kaynaklanan benzer olayları kapsayan rekabet yasağı anlaşmaları bakımından içtihat yolu ile birbirinden farklı zaman sınırlamalarının ortaya çıkması hukuk güvenliği açısından aykırı sonuçlar doğuracağı düşünülebilir. Örneğin Türk Hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, şirketle rekabet etme yasağı TTK'nın 335. maddesinde düzenlenmiştir. Buna karşılık üyelik sıfatı sona eren yönetim kurulu üyeleri için rekabet yasağının öngörülüp öngörülemeyeceği konusunda pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Oysa, şirketten ayrılan üyelerin, üyelik sıfatı devam ettiği süre zarfında edindiği sırlar ve bilgileri rekabet amaçlı kullanmak suretiyle, şirkete zarar vermeleri mümkündür. Bu zararı önlemek için üyelik sıfatı sona eren yönetim kurulu üyeleri için Alman Hukukuna benzer şekilde belirli bir süre ile şirketle rekabet etme yasağını yapılacak bir kanuni düzenleme ile öngörmenin yararlı olacağı düşünülebilir. Bu sonucu sağlamak için aslında rekabet yasağına konu hukuki ilişkilere (ortaklık, vekalet, ticari mümessillik vb.) kıyasen uygulanması kabul edilen BK.m.349 maddesinde makul bir süre sınırına yer vermek daha faydalı olacaktır. Bu anlamda kanaatimizce son derece isabetli olarak Türk Borçlar Kanunu Tasarısının BK.m.349'u karşılayan 444.maddesinin ilk fıkrasında 2 yıllık bir üst süre sınırı tespit edilmiştir. Gerçekten de madde hükmünün *“Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz”* şeklindeki düzenlemesi gereği, zaman yönünden üst sınırına indirim yaptırımının uygulanması ile ilgili olarak yapılan tartışmaları sona erdirecektir. Böyle bir düzenleme getirildiği vakit, taraflar iş hukuku hükümlerinin nisbi emredici nitelikteki karakteri gereği, bu sürenin altında bir süre kararlaştıracakları gibi, bu sürenin üzerinde bir süre kararlaştıramayacaklardır. Tasarıda öngörülen 2 yıllık sürenin nisbi emredici niteliğini de dikkate alarak, tarafların rekabet yasağı kaydında zaman olarak 2 yılı aşan bir süre kararlaştırılmaları halinde, hakim MK.m.4 hükmünden hareketle tespit ettiği *“üst süreye”* indirim yaptırımı uygulanacaktır. Bu süre, yasada belirtilen 2 yıllık üst sınır olabileceği gibi, bu sınırın altında da olabilir. Ancak hakim, indirim yapacağı sınırı belirlerken tarafların farazi iradelerini dikkate almayacağı gibi, sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü yönündeki farazi iradelerini (BK.m.20/f.2 c.2) de aynı şekilde dikkate

almayacaktır. Zira burada artık BK.m.20/f.2'den kaynaklanan bir kısmi hükümsüzlük değil; doğrudan ihlal edilen normun anlam ve amacından ortaya çıkan bir düzey kısmi hükümsüzlük durumu söz konusudur.

Rekabet yasağına ilişkin anlaşmalarda 2 yılı aşkın bir zaman sınırlamasının yapılması halinde, zamana ilişkin kısmın hükümsüzlüğünden sonra oluşan boşluğun hakimnin tamamlayıcı yorum ile 2 yıldan daha az bir süre de belirleyebileceğini ifade etmek sakıncalıdır. Örnek vermek gerekirse, yasağın konu ve yer itibarıyla kapsamının özellikleri ve diğer şartlar birlikte değerlendirildiğinde 6 aylık bir zaman sınırlamasının uygun olduğu bir durumda, tarafların süreyi üst süre olan 2 yıl olarak kararlaştırmaları halinde *-hata hali hariç-* hükümsüzlük sorunu ile karşılaşılmayacak ve süre 6 aya indirilmeyecekti. Burada belirlenen 2 yıllık üst süre tarafların bu sınır dahilinde serbestçe kararlaştırabildikleri bir alanı içermektedir. Bu özellik, bu süreyi öngören hükmün nisbi emredici nitelikteki bir hüküm olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu konuda İsviçre Hukukunda, OR Art. 340a hükmüne aykırılık halinde, tam hükümsüzlüğe karar verilemeyecek ve geçersiz kayıt caiz sınıra indirilecek veya yer veya işin niteliği uygun kapsamda daraltılacaktır³³⁸. **Honsell** uygulamada genellikle bu sınırlamanın birkaç ay ile 2 yıl arasında yapıldığını ifade etmektedir³³⁹. Rekabet yasağına ilişkin sınırlama, işveren korunmaya değer menfaatleri ölçüsünde yapılmalıdır. Bu menfaatin ölçüsünü hakkaniyete uygun şekilde değerlendirecek olan hakimdir³⁴⁰. Hakimnin 3 yıllık üst süre sınırını aşmamak şartıyla tespit edeceği sınır, üst sınırdır ve indirim bu sınıra yapılacaktır. Hakim gerek üst sınırı tespit ederken, gerekse indirim yaptırımını uygularken tarafların farazi iradelerini dikkate almayacaktır³⁴¹.

³³⁸ HONSELL; Art. 340a OR, Rn.2.

³³⁹ HONSELL; Art. 340a OR, Rn. 3.

³⁴⁰ BGE 130 III 353. Doktrinde bazı yazarlar kişilik haklarına aykırı şekilde uzun süreli olan sözleşmelerde kabul edilen tek taraflı bağlamazlık görüşünün ya da her zaman tek taraflı olarak feshedilebilme imkanın, uzun süreli rekabet yasağı kayıtları bakımından da uygulanmasını savunmaktadırlar. Yani, uzun süreli bir rekabet yasağı anlaşmasında, caiz sınırı aşan süre içerisinde, korunması amaçlanan taraf her zaman sözleşmeyi feshedebilecektir. SCHWENZER; OR AT, Rn. 32.38; HUGUENIN; Art.19/20 OR, Rn. 55.

³⁴¹ GIGER; a.g.e., s. 43; KRAMER; Art.19/20 OR, Rn.359; 376; Von TUHR/PETER; a.g.e., s. 227, dn.31. *Gauch/Schlupe* ise, üst sınırın altındaki bir sınıra indirim sonucuna, tarafların dürüstlük ve doğruluk kuralı gereğince dikkate alınacak farazi iradelerinden de ulaşılabileceğini

Alman Hukukunda 1904 tarihli bir İmparatorluk Mahkemesi kararında, yer olarak sınırlandırılmamış bir rekabet yasağı kaydına karşılık, davalının söz konusu kaydın ahlaka aykırı olduğu yönündeki itirazı reddedilerek HGB § 74a Abs.1 uyarınca uygun sınıra daraltılmasına içtihat edilmiştir³⁴². Ancak doktrinde madde hükmünden kaynaklanan sınırlama cezai şart hükümleri (BGB § 343) ile benzerlik kurularak ikili bir ayırım yapılarak incelenmektedir. Şöyle ki, rekabet yasağındaki aşırılık hakimin müdahale etmesi ile düzelemeyecek nitelikte ise, örneğin müdahaleye rağmen tacir yardımcısının şirketin müşterilerine ve iş sırrına ulaşmasına imkan bulunmadığı durumlarda sözleşmenin kelepçeleme sözleşmesi olduğu ve ahlaka aykırılığı nedeniyle tamamen hükümsüz olacağı kabul edilmektedir³⁴³. Nitekim HGB § 74a Abs.3 hükmünde de sözleşmenin BGB § 138'e aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz olması ihtimali saklı tutulmaktadır. Buna karşılık, ahlaka aykırı olmayan ve hakimin müdahalesi ile aşırılığın giderilebileceği durumlarda, aşırı rekabet kaydı bakımından doktrindeki hakim görüş aşırı kısmın caiz sınıra indirilerek geçerliliğinin sağlanmasıdır. Ancak buradaki indirim hangi hukuki araçla yapılacağı tartışmalıdır. Son zamanlarda taraftar bulan bir görüşe göre, İş Hukuku kapsamında bu durumda uygulanacak yaptırımın kesin hükümsüzlükten çok, tek taraflı bağlamazlık olduğu genellikle kabul edilmektedir³⁴⁴. Son olarak, Alman Ticaret Kanunu (HGB), şirket temsilcileri için öngörülen rekabet yasağının geçerliliğini, işverenin haklı bir menfaatinin bulunması şartına bağlamıştır (§ 74/I HGB). Aynı şekilde BK m. 352 f. 1 uyarınca, işverenin önemli bir menfaatinin kalmaması halinde, rekabet yasağı hükümden düşer.

Herşeyden önce *de lege lata* bir üst süre sınırı içermeyen BK.m. 349 hükmünü ihlal eden rekabet yasağı sözleşmeleri kelepçeleme sözleşmeleri kategorisinde değerlendirilse bile, kanaatimizce tam hükümsüzlük, indirim yaptırımının uygulanmasının kabul edildiği mukayeseli hukuk düzenlemeleri ile birlikte düşünüldüğünde hakkaniyete uygun bir çözüm değildir. Zira hukuk düzeni tarafından

savunmaktadırlar. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.706. Aynı yönde bkz: HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 78 vd.

³⁴² RG III. 379/03, 1904, s.647. KRIECHBAUM; **a.g.m.**, s. 72.

³⁴³ CANARIS; **a.g.m.**, s. 536-537.

³⁴⁴ ROTH; **a.g.m.**, s. 412. RAFFLER; **a.g.m.**, s. 188. Türk Hukukunda da aynı yönde görüş için bkz: M.Polat SOYER, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.m.348-352)**, Ankara, 1994, s. 71.

rekabet yasağı sözleşmesi yapma imkanı, işçinin işverenin müşteri çevresini veya meslek sınırlarını kullanarak işvereni haksız yere zarara uğratması ihtimaline karşı belli sınırlar dahilinde yapılmak şartıyla tanınmaktadır. Kelepçeleme sözleşmesi olma özelliği gösteren bir rekabet yasağı sözleşmesinin tam hükümsüzlüğü ancak hakim müdahesi ile dahi düzeltilemeyecek durumda olan sözleşmeler bakımından söz konusu olabilir. Unutmamak gerekir ki; rekabet yasağı tek bir sözleşme metni ile yapılabileceği gibi, bir hizmet sözleşmesinde sözleşme kaydı olarak da yer alabilir. Her iki durumda da, tarafların menfaatleri, sözleşmenin niteliği ve işin niteliği dikkate alındığında, sözleşmenin ya da kaydın tamamen hükümsüzlüğüne imkan olmadığını düşünmekteyiz. Özellikle rekabet yasağı kaydının hizmet sözleşmesi içerisinde yer alması halinde, aşırı sınırlamalar içeren kayıt sebebiyle hizmet sözleşmenin tamamen hükümsüz sayılması, işçiyi koruma amacı taşıyan İş Hukuku kurallarının amacına uygun bir çözüm değildir³⁴⁵. Kaldı ki böyle bir sonuca BK.m.20/f.2 c.2 gereği işverenin de farazi iradesini de dikkate alarak ulaşmanın da sakıncalı olduğunu düşünmekteyiz³⁴⁶. Doktrinde de kanunkoyucunun gerçekte BK.m.349 hükmünde sözleşmenin tamamen değil, aşırı olan yönlerin geçersiz olmasını *istediği* ifade edilmektedir³⁴⁷. Kanaatimizce BK.m.349 hükmünde *örtülü boşluk* söz konusudur³⁴⁸. Yani hükmün açık lafzı gereği rekabet yasağı kayıtlarının tamamen hükümsüz bırakılması, söz konusu madde hükmünün anlam ve amacına (*ratio legis*) aykırıdır. O halde maddenin amaca uygun sınırlandırılması ile rekabet yasağı kaydının tamamen hükümsüz bırakılması yerine,

³⁴⁵ GOUT; **a.g.e.**, s. 445.

³⁴⁶ **Eren** yasağı içeren kaydın hükümsüzlüğünden sonra, işverenin böyle bir kayıt olmaksızın hizmet sözleşmesinin yapılmayacağı kabul ediliyorsa, bu sözleşmenin bölünebilir nitelikte olmadığını ifade etmektedir. EREN; **a.g.e.**, s. 307.

³⁴⁷ UŞAN; **a.g.e.**, s. 251.

³⁴⁸ Kanun boşlukları ile ilgili geniş bilgi için bkz: DURAL/SARI; **a.g.e.**, s. 108 vd. Kanun boşlukları konusunda farklı ayrımlar ve örtülü boşluk kavramı içerisinde değerlendirilen gerçek olmayan boşluk halinde amaca uygun sınırlandırma (*teleologische Reduktion*) hakkında geniş bilgi için bkz: Çiğdem KIRCA; “**Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)**”, AUHFD, C: 50, S: 1, 2001, s. 91 vd. **Hatemi**'ye göre kanun boşluğu gerçek ve gerçek olmayan boşluk olmak üzere ikiye ayrılır. Örtülü boşluk gerçek boşluğun alt türüdür. Buna göre, genel kanun somut olaya uygulanacak bir kural içermekle birlikte, bu genel kuralı somut olayın özelliklerine göre sınırlayacak bir kural getirmeyi unutmuştur. Gerçek olmayan boşlukta ise, mantiken kabul edilebilir ve kuralın kanundaki varlığını açıklayabilir bir “ratio legis”i bulunmayan kanun kuralları söz konusudur. HATEMİ; **Medeni Hukuk**, s. 105.

hükümün amaca uygun şekilde sınırlandırılarak ya da daraltılarak uygulanması ile indirim yaptırımının uygulanması kabul edilmelidir³⁴⁹. Buradan hareketle, madde hükümü gereğince “zaman, yer ve işin niteliği bakımından caiz olarak sınırlandırılmış” olması şartıyla geçerli olacağı kabul edilen kaydın bu unsurlar bakımından aşırılık içerip içermediğini hakim MK.m. 4 uyarınca hakkaniyet çerçevesinde takdir edecektir. Hakime tanınan söz konusu takdir yetkisi çerçevesinde, hakimin tespit edeceği sınır, -tıpkı cezai şartta olduğu gibi- rekabet yasağı anlaşması bakımından üst sınırdır³⁵⁰.

Sonuç itibariyle, BK.m.349 hükmünü ihlal eden *zaman* olarak sınırlandırılmamış ya da ahlaka veya kişilik haklarına aykırı şekilde sınırlandırılmış rekabet yasağı kayıtları bakımından *-de lege feranda önerdiğimiz şekilde-* bir üst süre konulması halinde düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak kanunun üst sınır koymadığı ve hakime de indirim konusunda takdir yetkisinin verilmediği BK.m.349 hükmü bakımından hakimin değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanması ile sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde bulunacağını kabul etmek de bazı yönlerden sakıncalıdır. Zira kısmi hükümsüzlükten sonra boşluk doldurma faaliyetinde tarafların farazi iradelerinin dikkate alınacak olması, anlam ve amacından ihlal edilen norma aykırı olan kaydın daraltma veya sınırlandırma sonucunun çıktığı durumlarda (*BK.m.99'a aykırı olan sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili açıklamaları da göz önünde bulundurarak*) amaca aykırı bir sonuç doğuracaktır. O halde *yer, zaman ve işin niteliği* bakımından rekabet yasağı kaydının ahlaka aykırı şekilde sınırlandırıldığı iddasında olan işçi, yasağın kendi iktisadi geleceğini tehlikeye soktuğu iddiasıyla bir tespit davası açabileceği gibi, iş

³⁴⁹ Yargıtay 6.7.1999 tarihli kararında “..düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye'deki tüm bankaları kapsamı bakımından ağır sonuçlar beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Rekabet yasağının bu yönden geçersiz sayılarak sonuca gidilmesi gerekir” denilmek suretiyle kanaatimizce isabetli olmayarak rekabet yasağı kaydı anlaşmasının tamamen geçersiz kalmasına hükmetmiştir. Oysaki işçiyi koruyan İş Kanunu'nun koruma amacına da uygun olmak üzere, yasağı yer itibariyle makul bir bölgeye münhasır olarak sınırlandırarak geçerliliği sağlanmalıydı.

³⁵⁰ Fransız Hukukunda da rekabet yasağına ilişkin kayıtlardaki aşırılığın “indirim” yolu ile düzeltilmesi gerektiği savunulmaktadır. SIMLER; **a.g.e.**, s.261. Hatta kanunda herhangi bir sınır öngörülmemiş olmasına rağmen, hakkaniyet esasına bağlı olarak tespit edeceği sınıra indirim imkanı “*yargısal indirim*” (**r fraction judiciaire**) olarak ifade edilmektedir. GOUT; **a.g.e.**, s. 446. Ancak indirimi uygularken tespit edilecek sınır bakımından tarafların farazi iradelerinin de dikkate alınıp alınmayacağı hususu tartışmalıdır. GOUT; **a.g.e.**, s. 446-447 ve özellikle dn.1592.

sahibinin ifa davasına karşı yasağın kanuni sınırları aştığı şeklinde savunmada da bulunabilir³⁵¹.

Son olarak, Rekabet Hukuku kuralları bakımından da rekabet yasağına ilişkin kayıtların genellikle *Management* ya da *tek satıcılık* gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ortaya çıktığı göz önüne alınarak³⁵², Avrupa Birliği Hukukunda da bu hallerde kısmi hükümsüzlük prensibinin uygulanacağı Adalet Divanının vermiş olduğu kararlar çerçevesinde çözüme bağlanmıştır. Bu husus, bu prensibin kabulü bu konuda Birlik üyesi ülkelerde uyum sağlanması açısından önemlidir³⁵³.

(5) Uzun Süreli Sözleşmeler Bakımından İndirim Yaptırımı

Bir sözleşmede taraflar aralarındaki sözleşmesel ilişkinin belli bir süreye tabi olmasını kararlaştırabilirler. Kanunda üst sürenin belirlenmediği ancak tarafların ahlaka veya kişilik haklarına aykırı şekilde aşırı uzun süre belirlemeleri halinde sözleşmenin “süre” yönünden hükümsüzlüğü sorunu önem arz etmektedir³⁵⁴. Pozitif hukukumuzda çeşitli hükümlerde üst süre sınırının öngörüldüğü haller mevcuttur: paylaşmayı isteme hakkının 10 yıldan fazla süre ile sınırlandırılmayacağı (MK.m.698/f.2), taşınmaz yükünün 30 yıldan daha fazla süreli olamayacağı (MK.m.845), tüzel kişilere intifa hakkının en fazla 100 yıl süre ile tanınabileceği (MK.m.797), hizmet sözleşmesinin hayat boyu veya 10 yıldan fazla süre ile yapılması halinde işçiye bir aylık ihbar süresine uyarak sözleşmeyi her zaman feshedebileceğine ilişkin BK.m. 343 hükümleri örnek olarak gösterilebilir.

Bir tarafın yaşadığı müddetçe veya on yıldan fazla süre için yapılan hizmet sözleşmeler bakımından kanunkoyucu BK.m.343’de özel bir yaptırım öngörerek, aşırı kısmi kısmi hükümsüzlükten başka bir sonuca bağlamıştır. Gerçekten de anılan

³⁵¹ YAVUZ; **a.g.e.**, s. 430.

³⁵² Turgut ÖZ; **Management Sözleşmesi**, Kazancı, İstanbul, 1998, s. 63-64.

³⁵³ ECR. 235 55/56 (1966), CMLR.511 319/82 (1985). Bununla beraber, amacı rekabeti sınırlamak olan “*kartel anlaşmaları*” bakımından, bu anlaşmaların objektif esaslı unsuru ve sözleşmeye tipini veren unsur, RKHK 4.madde anlamında “rekabetin sınırlanması” olunca, bunların kısmen hükümsüz sayılıp, geriye kalan kısmın ayakta tutulması imkanı bulunmamaktadır. Siegbert LAMMEL; **a.g.m.**, s. 273.

³⁵⁴ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 188. Fransız Hukukunda uzun süreli sözleşmelere indirim yaptırımının uygulanması konusunda bkz.: SIMLER; **a.g.e.**, s. 242 vd.

madde hükmüne göre, on yıl geçtikten sonra bir aylık ihbar süresine uyularak ve tazminat vermeksizin sözleşme işçi tarafından feshedilebilir.

Aşırı bağıllık yaratan sözleşmeler de dahil olmak üzere, kanunun bir üst süre tanımadığı hallerde indirim yaptırımı uygulama alanı bulamayacaktır³⁵⁵. Süre yönünden MK.m. 23/f.2'ye aykırı şekilde bağıllık yaratan uzun süreli ve ani edimli sözleşmeler bakımından sözleşmenin doğrudan tam hükümsüzlüğüne karar vermek de adaletli sonuçlar doğurmayacağından, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile süre yönünden oluşan boşluğun tarafların farazi iradelerini de dikkate alarak makul bir süre üzerinden sözleşmenin geçerliliği sağlanması kabul edilebilir³⁵⁶. Bazı yazarlar kanunun açıkça belli bir süre öngörmediği veya fesih düzeni getirmediği sözleşmeler bakımından üst süre konması gerektiğini savunmuşlardır³⁵⁷. Hatta Alman Hukukunda bira sevkiyatı sözleşmeleri bakımından 20 yıllık bir üst süre içtihatlar yolu ile oluşturulmuştur³⁵⁸. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, kanun koyucunun sonsuz süreli yapılan sözleşmelerin yasak olduğu yönünde genel bir kural koymadığını belirterek, böyle bir süre konulmasını kabul etmemektedir³⁵⁹. Federal Mahkemesi yerleşik olarak “sınırsız” süreli sözleşmelerin MK.m.23/f.2 dolayısı ile geçersiz olacağını ve sözleşme ile ilgili doğan boşluğun da tarafların farazi iradesine göre

³⁵⁵ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanunun üst süre ya da hakime indirim konusunda yetki vermediği hallerde sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı şekilde bir indirim yaptırımı uygulaması düşünülemez.

³⁵⁶ Sürekli borç ilişkisi doğuran nitelikteki sözleşmeler bakımından sürenin BK.m.23/f.2'ye aykırı şekilde belirlenmiş olması halinde daha önce de ifade ettiğimiz üzere, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanması ile makul bir süre üzerinden sözleşmenin geçerliliğinin sağlanması kabul edenler yanında (BUCHER; **OR AT**, s. 267; GIGER; **a.g.e.**, s. 74; GAUCH; **Dauerverträgen**, s. 41; TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 164), süreye ilişkin kısmın makul süreye indirilmesine gerek olmaksızın hükümsüz bırakılması ve böylece olağan fesih düzeni altına gireceğini kabul eden görüşler de mevcuttur (MERZ; **a.g.e.**, s.28). Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz: yuk. II.Bölüm, s. 88. Karz sözleşmesi bakımından kanunda bir üst süre öngörülmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, faizsiz karz sözleşmesi bakımından tarafların kararlaştırdıkları 22 yıllık bir süre, ödünç verilen bir miktar para ise bu paranın büyük oranda değer kaybedeceği ve ödünç verenin bu parayı geri alırken oldukça büyük zarara uğrayabileceğini içtihat etmiştir. Bkz: BGE 128 III 428. Kararda faizsiz karz sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran nitelikte olup olmadığı da tartışılmıştır ve ZGB Art. 27'e aykırı olan süreye ilişkin kaydın hükümsüzlüğünden sonra, sürekli borç ilişkisi doğuran faizsiz karz sözleşmelerinin olağan fesih düzenine tabi olacağına ve OR Art. 317 hükmündeki 6 haftalık süreye tabi olarak feshedebileceğine karar verilmiştir. Ayrıca karşı: HONSELL; **Art. 318 OR**, Rn. 6.

³⁵⁷ TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 146-147 ve özellikle dn. 141-142'de anılan yazar. Alman Hukukunda Herzog da BGB'deki bazı üst süreleri göz önünde bulundurarak borçlandırıcı sözleşmelerde üst sürenin 30 yıl olması gerektiğini savunmuştur. HERZOG; **a.g.e.**, s. 44-45.

³⁵⁸ BGH WM 1979, 493/494; 1985, 608/610; BGHZ 74, 293/298.

³⁵⁹ BGE 98 II 300.

doldurulacağına hükmetmektedir³⁶⁰. Ancak Mahkemenin de bu kararlarda sıkça belirttiği üzere aslında yasak olan, sözleşmenin, ekonomik özgürlüğü kişilik haklarına aykırı derece kısıtlamasıdır. Bu konuda İsviçre uygulamasında en bilinen örnek, bira teslimatına ilişkin sonsuz veya sınırlandırılmamış süreli sözleşmelere ilişkin verilen kararlarda sözleşmenin süresinin makul süre üzerinden devamının sağlanmasıdır³⁶¹. Yine, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre, bir kente kırk yıldan fazla süre ile su verme veya süresiz olarak elektrik verme sözleşmeleri, süre ile ilgili hükümleri nedeniyle kelepçeleme niteliğinde olup, ahlâka aykırılık nedeniyle sakattır³⁶². Bazı yazarlar kanunun açıkça belli bir süre öngörmediği veya fesih düzeni getirmediği sözleşmelerde maksimum süre konulması gerektiğini de savunmuşlardır³⁶³. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi böyle bir net sürenin tayin edilmesini kabul etmemektedir ve gerekçe olarak kanunkoyucunun sonsuz süreli yapılan sözleşmelerin yasak olduğu yönünde genel bir kural koymadığını belirtmektedir³⁶⁴. Bununla beraber sözleşmelerin “sonsuz” süreli yapılması genellikle BK.m.23/f.2 kuralı ile engellenmekte olup, süre kaydı BK. m.20/f.2 hükmü ile düzeltilerek sözleşmenin diğer tarafının yasal fesih hakkını kullanma hakkını kullanması sağlanmaktadır³⁶⁵.

Kanunda süreye ilişkin üst sınırların tespit edildiği birçok örneğe rastlamak mümkündür. Örneğin, MK.m.698/f.2 uyarınca, paylaşmayı isteme hakkının sınırlandırılmasının üst sınırı 10 yıl olarak tespit edilmiştir. Kanunun amacının zayıf tarafı korumak yönünde olmadığı ancak süreyi koyan kanun amacının paylı mülkiyet kurumunun korunmasına yönelik bir amaç taşıdığı dikkate alınarak, söz konusu sınırın aşılması sözleşmeye Yargıtay doğrudan üst sınıra indirim yaptırımı

³⁶⁰ Sınırsız bir süre için tedarik sözleşmesi yapılamaz (BGE 114 II 160). Sınırsız bir süre için kira sözleşmesi yapılamaz (BGE 103 II 185). İlk kararın çevirisi ve değerlendirilmesi için bkz: Saibe OKTAY; “**Federal Mahkeme’nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi**”, İUHFM, C: LV, S.1-2, Y:1995-1996, s.489 vd.

³⁶¹ BGE 114 II 159; 160; 113 II 209; 93 II 290.

³⁶² BGE 95 II 57, 67 II 224, 93 II 300, 97 II 400.

³⁶³ BUCHER; **OR AT**, s. 267; GIGER; **a.g.e.**, s. 74;

³⁶⁴ JdT 1915 76-78; JdT 1930 549-550; BGE 93 II 300.

³⁶⁵ HONSELL; **Art. 253 OR**, Rn. 5. Kira sözleşmeleri bakımından bkz: BGE 129 III 209 E.2.2; 119 II 159.

uygulamıştır³⁶⁶. Doktrinde de indirim yaptırımının uygulanacağı kabul edilmekle beraber, tarafların farazi iradelerinden, üst sınırın aşıldığını bilselerdi sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna ulaşılabiliriyorsa (BK.m.20/f.2 c.2), bütün sözleşmenin hükümsüz sayılması gerekeceği savunulmaktadır³⁶⁷. Kanaatimizce burada emredici nitelikteki MK.m.698/f.2 uyarınca getirilen üst sınırı aşan sözleşmelere düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı için, artık BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tarafların tam hükümsüzlük iddiaları dikkate alınmayacaktır. Bu sonuç, ihlal edilen normun emredici niteliğinden ortaya çıkması– ve aynı zamanda emredici hükme aykırılığa rağmen tarafların BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tam hükümsüzlük iddialarının hakkın kötüye kullanılması yoluyla engellenmesi- bir yana, düşey kısmi hükümsüzlüğün en önemli özelliği olmasından kaynaklanmaktadır. Yine mesela, 1.10.1994 tarihinde kanun metnine giren OR Art. 216a hükmünde, sözleşmeden doğan alım, geri alım ve ön alım haklarının tanınabileceği üst süreler gösterilmiştir. Bu hükümlerde yer alan süre sınırlarının aşılmasında da, yasal sınıra indirim yaptırımı uygulanacaktır³⁶⁸.

Bu konuda son bir örnek olarak; Kat Mülkiyeti Kanunu m.34/f.5'e göre; *“Yönetici, her yıl kat malikleri kurulunun kanuni yıllık toplantısında yeniden atanır”*. Madde hükmünün lafzı gereği yöneticinin söz konusu kurul kararı ile bir yıldan fazla süre için atanması işlemi geçersiz olacaktır. Söz konusu kurul kararına dayanarak yönetici ile yapılacak sözleşmede bir yıldan fazla süreye yer verilmişse, aynı şekilde sözleşme de bir yıl üzerinden geçerli kalmaya devam edecektir³⁶⁹. Bu halde BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca tarafların farazi iradeleri aranmaz.

³⁶⁶ Y. 6.HD. T.24.12.1968, E. 1968/5224, K.1968/5229 (HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.223, dn. 114).

³⁶⁷ KURŞAT; **a.g.e.**, s.204 ve 204, dn.167'de anılan yazarlar. Paylaşmayı isteme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin üst süre sınırının kaldırılıp kaldırılmaması veya daha uzun bir sürenin tespiti yönündeki *de lege ferenda* öneriler için bkz: KURŞAT; **a.g.e.**, s.205-206. Fransız Hukukunda paylaşmayı isteme hakkının sınırlandırılması 5 yıl ile sınırlandırılmıştır (CCF 815). Süresiz olarak yapılan anlaşmalara uygulanacak yaptırım konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır: Bazı mahkeme kararlarında da benimsenen çoğunluk görüşüne göre, anlaşma tamamen hükümsüz olmayıp, süre yasal (*réduction au maximum autorisé*) sınıra indirilerek geçerliliği korunur. Cass.civ. 27 janvier 1958, Bull., 1958 I, n.59, s.47 (Bu görüşteki yazarlar için bkz: SIMLER; **a.g.e.**, s. 252, ve özellikle dn. 210 (1)). Bir diğer görüşe göre ise, böyle bir anlaşmanın yapılmasını yasaklayan sözleşme tamamen geçersiz olmalıdır. (SIMLER; **a.g.e.**, s. 252, dn.210 (2)).

³⁶⁸ LEU/CASPAR; **a.g.m.**, s.221 vd.

³⁶⁹ Y.18.HD. T. 21.01.2002, E. 2001/11632, K.2002/393 (Corpus).

Sonuç olarak, özel kanun hükümleri ile üst süre sınırın getirildiği bu hükümler dışında, özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde (*tek satıcılık, kira vb.*)

(6) Yükseltme Yaptırımı ve Düşey Kısmi Hükümsüzlük

Düşey kısmi hükümsüzlük ya da indirim yaptırımı, yalnızca kanunda üst sınırın belirlendiği hallerde bu sınıra; ya da hakimın aşırılığı takdir yetkisinin bulunduğu hallerde MK.m.4'den hareketle tespit ettiği “üst sınır” a indirilerek mi uygulanacaktır? Yoksa kanunda alt sınırın belirlendiği ve hatta “azlığın” ya da “kısığın” ahlaka aykırı sonuçlar doğurduğu hallerde de uygulanabilecek midir? Bu noktada biz, düşey kısmi hükümsüzlük ya da indirim yaptırımının kavramsal olarak ifade ettiği anlama bakılmayarak, bu yaptırımın kanunda alt sınır öngörülen hallerde de uygulanabileceğini kabul ediyoruz. *Canaris* de bu durumlar için “**geltungserhaltende Extension**” (*asgari geçerlik sınırına genişletme*) kavramını kullanmaktadır³⁷⁰.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden olan tek satıcılık sözleşmesinin oldukça kısa süreli olması halinde doktrinde, tek satıcının sözleşmenin uzatılmaması riski nedeniyle geniş ölçüde üreticiye bağımlı hale gelmesine ve kendi ticari işletmesine rağmen adeta üreticinin bir işçisi durumuna düşüp, bu durum tek satıcının kendisine verilen bütün talimatlara uymak zorunda kalmasına neden oluyorsa, aşırı kısa olan süre kaydının da ahlaka aykırı olacağı kabul edilmektedir³⁷¹. Böyle bir ihtimalde, ahlaka ayrılığın yanında MK.m.23/f.2 anlamında kişilik hakkının koruduğu değerlerin ahlaka aykırı şekilde ihlali durumundan da bahsetmek mümkündür. Böyle bir durumda, sözleşmedeki ahlaka aykırılığı sözleşmenin niteliğine uygun olarak “makul bir sınır” a yükseltmek mümkün olmalıdır. Ancak hakim bunu yaparken öncelikle, MK.m.23/f.2 anlamında kişilik hakkının koruduğu değerlerin ahlaka aykırı şekilde ihlali durumunu tespit etmelidir.

Kanunda alt sınırın tayin edildiği ve buna bağlı olarak yükseltme yaptırımının uygulanabileceği birçok örneğe rastlamak mümkündür. Örneğin, 5.6.1986 tarih ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 25. maddesine göre; çıraklara verilecek ücret kendi yaş grupları için belirlenmiş asgari ücretin %30'undan az olamaz. İş

³⁷⁰ CANARIS; **a.g.m.**, s.531.

³⁷¹ DEMİR GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 61.

Kanununa göre bu kanunun kapsamında olan ve olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından ücretin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir (İK.m.39/f.1). 2004 tarihli Asgari Ücret Yönetmeliği³⁷² 12/f.1 c.1 uyarınca işçilere asgari ücretin altında bir ücretin verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Emredici nitelikteki düzenlemenin temelinde, insani ve iktisadi nedenlerle düşük ücretleri işçinin geçimini sağlayacak düzeye yükseltmek ilkesi yanında, eşit ücret ödeme ve işverenler arasında haksız rekabeti engelleme gibi hem zayıf tarafı hem de ekonomik kamu düzenini koruma amacı yatmaktadır³⁷³. İş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde bunun altındaki ücretler asgari ücret miktarına yükseltilir³⁷⁴.

Yine, Avukatlık Kanunu'nun 164.maddesinin 4.fikrasına göre, avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmaz. Tarafların yaptıkları vekalet sözleşmesinde bu tarifenin altında bir vekalet ücret belirlemeleri halinde, ücret yasal sınıra yükseltilerek sözleşmenin geçerliliği sağlanacaktır³⁷⁵.

Son olarak, İşyeri hekimliğine ilişkin olmak üzere 2003 tarihli bir Yargıtay kararında; *“Türk Tabipler Birliği, işyeri hekimliği asgari ücret tarifesini 6023 sayılı Kanununun 28/II maddesine göre belirlemektedir. Bu düzenlemeyle Birliğe bağlı bulunan işyeri hekimleri için asgari ücret tarifesi belirleme yetkisi verilmiştir. Belirlenen tarifiedeki ücretin, sözleşmelerde alt sınır olarak kabul edilmesi*

³⁷² RG T.1.08.2004, S.25540.

³⁷³ ÇELİK; a.g.e., s. 156.

³⁷⁴ Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz: Y.9.HD. T.13.9.1988, E.1988/5863, K.1988/7997; Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 1988, s.16.

³⁷⁵ Bu konuda Avukatlık Kanununda 2001 tarihli değişiklikten önce Yargıtay'ın verdiği karara konu olan bir olayda aynen şöyle denilmektedir: Somut olayda; davacı müvekkili ile aralarında düzenlenmiş ücret sözleşmelerine dayanmıştır... Avukatlık Yasası'nın 163. maddesinin 2. fıkrasıyla Avukatlık ücretinin avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılabileceği hükmü getirilmiş, hemen ardından 3. fıkrasıyla tarifiedeki asgari miktar altında kalan Avukatlık ücreti karşılığı iş ve dava kabulü yasaklanmıştır. Bu yasağa riayetsizliğin disiplin cezasını gerektirdiğini açıklaması yasak hükmünün konulmasındaki amacı ortadan kaldırmaz ve yasağa aykırı olarak yapılan sözleşmelere geçerlilik tanınmamasını da etkilemez. Bu durumda kanuna aykırı yapılmış bir sözleşmenin varlığından söz edilir (BK. 19). Davaya dayanak sözleşmelerde davanın reddi halinde kararlaştırılan ücret ise dava değerlerine ve açılması düşünülen davada istenecek miktara göre tarifenin çok altındadır... Böyle durumlarda Avukatlık Asgari Ücret tarifesinin 20. maddesi hükmü uyarınca avukatın müvekkilinden aynı tarifenin 7. maddesine benzer şekilde 1/2 oranında ücret isteyebileceğinin kural olarak kabulünün gerektiği düşünülmelidir”. Y.HGK. T.16.02.1994, E. 1993/13-810, K.1994/60 (Corpus).

zorunluluğu vardır”³⁷⁶ denilerek, tarifenin altında kararlaştırılan ücreti esas alan yerel mahkeme kararını bozmuştur.

10.6.1985 tarih ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu m.7/f.1 uyarınca finansal kiralama sözleşmesi en az dört yıl süre ile feshedilemez. Buna göre, taraflar sözleşmede daha kısa bir süre kararlaştırmış olsalar bile, sözleşmeyi dört yıldan önce feshedemeyeceklerdir³⁷⁷.

³⁷⁶ Y. 9.HD. T. 05.04.2004, E. 2003/19606, K.2004/7404 (Corpus). Karardaki karşı oy yazısı da dikkate değer olduğu için önemli olan kısmını naklediyoruz: “6023 sayılı Yasada ücret belirlemesi yönünden emredici kural bulunmamaktadır. Talep üzerine bazı muntukalar ve odalar için tarifeler düzenlenebileceği belirtilmekte olup talep üzerine tarife belirlenmesi emredici kural haline gelmez. Yine yasada tarifenin dışına çıkılamıyacağı yönünde de bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde de kabul edildiği şekilde Türk Hukukunda, işyeri hekiminin ücreti iş sözleşmesinde serbetçe kararlaştırılabilecektir. İşyeri hekiminin tarifenin altında ücretle çalışmayı kabul etmesi ancak işyeri hekiminin tıbbi deontoloji kurallarına uymaması nedeniyle meslek içi disiplin kurallarının hakkında uygulanmasının gerekçesi olabilir”.

³⁷⁷ 08.07.1992 tarih ve 21278 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Finansal Kiralama İşlemlerinde Süre ve Sınırın Tespitine Dair Yönetmelik”in 1.maddesinde finansal kiralama sözleşmelerinin dört yıldan kısa olabileceği haller sıralanmıştır. Geniş bilgi için bkz: Atilla ALTOP; “**Finansal Kiralama Sözleşmeleri’nde Asgari Süre’ye ve Devir Yasağı’na İlişkin Son Gelişmeler**”, Prof.Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, Beta, 2008, s. 1 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KİSMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜN ÖZEL HUKUKTA UYGULANMASI VE SONUÇLARI

A- Kısmi Hükümsüzlüğün Özel Hukukta Uygulanması

1- Borçlar Hukuku Alanında

a- Şarta Bağlı Hukuki İşlemlerde Kısmi Hükümsüzlük

Doktrinde genellikle hukuki işlemin etkisinin, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli, belirsiz bir olaya bağlanması şeklinde tarif edilen¹ “şart”ın, kanuna veya ahlaka aykırı olması halinde nasıl çözüme varılacağı hususu BK.m.155 hükmünde düzenlenmiştir. Gerçekten de bu hükme göre kanuna veya ahlaka aykırı bir fiil ya da ihmal şart olarak tayin edilmiş olduğu taktirde şarta bağlı olan borç hükümsüz olur. MK.m.515/f.2’de ölüme bağlı tasarruflarda da aynı esas kabul edilmiştir.

Doktrinde BK.m.155 hükmünün varlığına rağmen, BK.m.20/f.2’de yer alan kısmi hükümsüzlüğün, şarta bağlı borçlarda uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır. İsviçre Hukukunda eskiden bu durumda BK.m.20/f.2’nin kıyasen uygulanması kabul edilmezken, son zamanlarda aksi yönde bir eğilim söz konusudur². Türk Hukuku bakımından da sözleşmede şarta bağlanan borcun hükümsüzlüğünün sözleşmenin tümünü hükümsüz kılıp kılmayacağı noktasında BK.m.20/f.2’nin dikkate alınması konusunda farklı görüşler mevcuttur. **Pulaşlı;** geciktirici şarta bağlı işlemlerde şartın *olmazsa olmaz* unsur olması nedeniyle BK.m.20/f.2’nin bu halde uygulanmamasını, ancak bozucu şart bakımından bu özelliğin her zaman bulunmaması nedeniyle BK.m.20/f.2’nin uygulanmasına olumlu

¹ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 875. RESİOĞLU; **a.g.e.**, s. EREN; **a.g.e.**, s. 1115. SİRMEN; **a.g.e.**, s. 30. PULAŞLI; **a.g.e.**, s. 8. GUHL/MERZ/KOLLER; **a.g.e.**, s. 50. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s.677-678. Hukuki işlemin bağlandığı sonuca göre şart ikiye ayrılır: Geciktirici şart, tarafların yapmış oldukları hukuki işlemin tamamının veya bir kısmının hüküm ifade etmesini, gelecekte meydana gelmesi şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağladıkları halde söz konusu olur (BK.m.149). Bozucu şart ise, taraflar yaptıkları işlemin hukuki etkisinin ortadan kalkmasını ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağladıkları halde söz konusudur (BK.m.152/f.1). SİRMEN; **a.g.e.**, s. 53-54.

² GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn..3988. Evlenmeme veya hamile kalmama bozucu şartı ile yapılan hizmet sözleşmelerinde OR.Art.20 Abs.2’nin kıyasen uygulanması önerilmektedir. Bkz: HONSELL; **Art. 157 OR**, Rn.1. Markus VISCHER; “**Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte**”, AJP 2003, s.492. **Becker**, işlemin şartsız da yapılabileceğine ilişkin kuvvetli karineler bulunduğu taktirde yalnız şartın geçersiz kalması fikrindedir. **BECKER; Art. 157 OR; Rn.9.**

tavir takılmaktadır³. *Sirmen ve Ateş* ise şarta bağlanan işlemler bakımından hiçbir şekilde kısmi hükümsüzlüğün uygulanamayacağı görüşündedir⁴. *Hatemi*'ye göre de, gerçek anlamda «şart»; bir hukuki işlemin sonuç doğurması veya doğurduğu sonuçların sürekliliği açısından bağlandığı bir olgu olması nedeniyle sözleşmenin ayrılmaz bir parçası ve işlemin *temel saiki* olmaktan da öte bir anlam kazanmıştır⁵. Bu nedenle de, şartın hükümsüz kalıp, sözleşmenin geri kalanının geçerliliğini koruyacağı düşünülemez.

Kanaatimizce şartın bağlı olduğu işlemin *işlem temeli* ya da *olmazsa olmaz* niteliği, genellikle geciktirici şarta bağlı işlemlerde ön plana çıkarken, bozucu şarta bağlı işlemler bakımından şart her zaman işlemin *olmazsa olmaz* unsuru olmayabilir. Üstelik ahlaka veya hukuka aykırı bozucu şarta bağlı hukuki işlemler şartın gerçekleşmesine kadar hükümlerini doğurduğu göz önüne alınacak olursa, işlemin tamamen hükümsüz olacağını öngören BK.m.155'in mutlak şekilde uygulanması bozucu şarta bağlı işlemler bakımından her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayabilir. Örneğin işçi evli bayanın hamile kalmaması bozucu şartına bağlı olarak yapılan bir hizmet sözleşmesinin oldukça uzun süre ifa edilmesi halinde, bu tarz ahlaka aykırı bir bozucu şartın gerçekleşmesinden sonra tarafların sözleşmeye olan menfaatleri, işin niteliği ve sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliğinde olup olmaması veya bozucu şartın emredici hükümlere aykırı olması durumunda ihlal ettiği hükmün koruma amacı gibi unsurların dikkate alınıp kısmi hükümsüzlüğün uygulanması düşünülebilir. Verdiğimiz örnek bakımından düşünülecek olursa, uzun bir süre ifa edilen hizmet sözleşmesinden sonra hamile kalma bozucu şartı gerçekleştiikten sonra ve şartın ahlaka aykırı olduğunun anlaşılması üzerine hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüz kalması işçinin mağdur olmasına yol açacaktır. O halde yapılması gereken, tarafların sözleşmenin şart olmadan yapılmayacağı yolundaki farazi iradelerini peşinen kabul etmek yerine, bu iradeleri iki aşamalı bir araştırmadan geçirmekte fayda vardır. Yani öncelikle tarafların sözleşmenin devamına yönelik menfaatleri, sözleşmenin niteliği ve

³ Hasan PULAŞLI; *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Dayınlarlı, Ankara, 1989, s.133-134. TUNÇOMAĞ; *a.g.e.*, s. 596. OĞUZMAN/ÖZ; *a.g.e.*, s. 884. Bu son yazarlar kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceğini belirtmekle beraber, herhangi bir gerekçe ileri sürmemişlerdir.

⁴ SİRMEN; *a.g.e.*, s. 122. ATEŞ; *a.g.e.*, s. 218-219.

⁵ HATEMİ; *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 192-193.

tarafların sözleşmeye verdikleri anlam; buradan bir sonuca varılamıyorsa işin niteliği, dürüstlük kuralı ışığında bir araştırma yaparak sonuca varmak gerektiğini düşünüyoruz.

BK.m.155 hükmünde imkânsız şartların akıbetinin ne olacağından bahsedilmemektedir. Bu halde de doktrinde meselenin tartışmalı olduğu görülmektedir. Genellikle Alman Hukukunda hakim olan görüşe göre, imkansız şart da tıpkı ahlaka veya hukuka aykırı diğer şartlar gibi işlemin tamamen hükümsüz olmasını sağlar⁶. Ancak Türk Hukuku bakımından ahlaka ve hukuka aykırı şartlarda olduğu gibi, imkânsız şartlar bakımından da konu, geciktirici ve bozucu şartlar bakımından ikili bir ayırım yapılarak incelenmektedir. Bu anlamda hakim olan görüşe göre, hukuki işlemin yapıldığı sırada gerçekleşmesi objektif olarak imkansız olan şartlara bağlanmış işlemde, şart geciktiri ise, işlem tamamen hükümsüz; şart bozucu ise, kısmi hükümsüzlük uygulanacaktır⁷. İmkânsız şartlar için kabul edilen bu çözüm, ölüme bağlı tasarruflar bakımından da kabul edilmektedir⁸.

Alman Hukukunda da kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında bazı yazarlar tarafından geciktirici ve bozucu şarta bağlı işlemler bakımından ikili bir ayırım yapılarak çözüme varılmaktadır⁹. Fransız Hukukunda ise zaten CC 900 hükmü gereği, hukuka veya ahlaka aykırı bir şarta bağlanan ölüme bağlı tasarruf ya da karşılıksız kazandırmada, şartın hiç yazılmamış sayılıp, kazandırmanın ya da tasarrufun geçerli sayılacağı ifade edilmiştir.

Son olarak, doktrinde şarta bağlanmaması gereken (*örneğin mirasın reddi (MK.m.609/f.2), nişanlanma, vasiyeti tenfiz memurunun tayini vb.*)¹⁰ bir işlemin, bozucu şarta bağlı olarak yapılması halinde, sözleşmenin BK.m.20/f.2’de yer alan kısmi hükümsüzlüğe tabi olacağı kabul edilmektedir¹¹. İşlemin tamamen geçerli olup olmayacağı noktasında doktrinde tarafların sözleşmenin şartsız olarak da geçerli

⁶ Bkz: SİRMEN; **a.g.e.**, s. 83, dn. 27 ve PULAŞLI; **a.g.e.**, s. 80, dn.226’da belirtilen yazarlar.

⁷ PULAŞLI; **a.g.e.**, s. 80. SİRMEN; **a.g.e.**, s. 83-84. EREN; **a.g.e.**, s. 1122.

⁸ Bu konuyla ilgili açıklamalarımız için bkz. aşa: s.241 vd.

⁹ JAUERNIG; § 158 BGB, Rn. 13-14. FLUME; **Das Rechtsgeschäft**, s. 692-693. STAUDINGER; **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, I.Buch, Allgemeiner Teil 4, §§ 134-163, Walter de Gruyter, Berlin, 2003, § 139, Rn.46. SOERGEL/ WOLF; § 158 BGB, Rn. 25.

¹⁰ Geniş bilgi için bkz:SİRMEN; **a.g.e.**, s. 104; 108-109. PULAŞLI; **a.g.e.**, s. 119 vd.

¹¹ Von TUHR/ESCHER; **a.g.e.**, s. 261. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn..3977.

sayılacağına yönünde farazi iradelerinin varlığının peşin olarak kabul edilemeyeceği kabul edilmektedir¹². Nitekim bazı hallerde, bir kişinin kendisinin gerçekleştirdiği (*şarta bağlanmazken şartlı yaptığı*) işleminden kurtulmasının dürüstlük kuralına aykırı düşebileceği ifade edilmiştir. Bu hallerde tarafların farazi iradelerinin tespitinde objektif ve subjektif kriterlerin bir arada araştırılarak, taraflar arasındaki menfaat dengesi ve güven unsurunun dikkate alınması önem arz eder.

b- İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal

Geniş anlamda içerik sakatlığı sebepleri bahsinde değindiğimiz üzere, Türk-İsviçre Hukuk doktrininde nerdeyse oybirliğiyle irade sakatlığının sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması halinde, BK.m.20/f.2’de düzenlenen kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı kabul edilmektedir¹³.

Sözleşmenin bir kısmının hile veya ikrah altında yapıldığı bir durumda, sözleşmenin geri kalanının devam edip etmeyeceği meselesinde *-tıpkı edimler arası aşırı dengesizliğin tespit edildiği gabin gibi-* tarafların farazi iradelerinin dikkate alınarak bir çözüme varılması söz konusu olamaz. Burada irade sakatlığının sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması halinde varılacak sonuç, BK.m.31’in hata, hile ya da ikraha uğrayan tarafı koruma amacına uygun olarak sınırlandırılması yoluyla yalnızca bu tarafa verilen bir hak olduğunu ve karşı tarafın BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca *“hile, hata ya da ikrahlı kısım olmasaydı, sözleşmeyi hiç yapmazdım”* şeklindeki iddiası dikkate alınmak gerekir mi? Hatırlanacağı üzere, irade sakatlıklarında sözleşmeyi iptal imkânı yalnızca iradesi sakatlanan tarafın kullanabileceği bir imkândır. Kısmi hükümsüzlükte her iki tarafın farazi iradelerinin dikkate alınması özelliği, irade sakatlığı bulunduğu durumların bünyesine de uygun düşmemektedir. Zira özellikle hile ve ikrah halinde, karşı tarafın iradesini sakatlayan tarafın farazi iradesini de dikkate almak, iptal kurumunun iradesi sakatlanan tarafa sağladığı koruma amacına uygun düşmez. O halde, bu özellik bakımından

¹² OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 884. Bu halde de kısmi hükümsüzlüğün uygulanamayacağı yönünde bkz: Lale SİRMEN; **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, s.115.

¹³ Fabian BURKART; **“Teilungültigkeit bei Drohung? Art.20 Abs.2, 25, 30 Abs.2 OR”**, AJP 1/2000, s. 112 vd.; ROUILLER; **a.g.e.**, s. 185; GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 852; HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 94. Türk Hukuku bakımından aynı yönde bkz: BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 105. KURŞAT; **Hile**, s. 88-89, dn.442’de belirtilen yazarlar; EREN; **a.g.e.**, s. 372; OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s.98; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s.453-454.

BK.m.20/f.2'nin irade sakatlıkları bakımından *bünyesine uygun düştüğü ölçüde* uygulanması prensibinden ayrılmayarak, kısmi iptal imkanının yalnızca iradesi sakatlanan tarafa ait bir hak olduğunu düşünmekteyiz¹⁴.

Bunun dışında, kısmi iptalin uygulanma noktasında, *sakatlığın sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması ve sözleşmenin bölünebilirliği* şartları, BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması yoluyla aranması gereken şartlar olacaktır. 2003 yılında İsviçre Federal Mahkemesine konu olan bir olayda, davacı davalı şirket aracılığıyla ölüm ve kaza sigortası yaptırmıştır. Davacı daha sonra geçirdiği kaza sonucu aldığı rapora dayanarak sigorta kapsamında yer alan ödemeyi talep etmiştir. Şirket tarafından kendisine belli bir ödeme yapıldıktan sonra davacı bir sonraki yıl tekrar aldığı raporda psikiyatrik sebeplerin de etkisiyle sakatlık oranının ve buna bağlı olarak sigorta şirketi tarafından ödenmesi gereken meblağın daha yüksek olduğu tespit edilmiştir. Davacı kaza sonucu psikiyatrik sebeplerin yer almadığı ilk raporda yer alan bilgilere göre sigorta şirketi ile yaptığı “tazminat anlaşmasının” bütün sakatlık hallerini kapsadığı yönünde hataya düştüğünü, bu anlaşmanın ilk raporda yer almayan ancak sigorta kapsamında olan olguların da hesaba katıldığı inancıyla yapıldığını ancak ikinci raporun ortaya çıkmasıyla beraber anlaşmanın hasara ilişkin kısmında yer alan miktar bakımından hataya düştüğünü ve bu nedenle kısmen iptal edilerek meblağın düzeltilmesini talep etmiştir¹⁵. Mahkeme öncelikle kısmi iptal imkânının pozitif hukukta mevcut olup olmadığını; daha sonra da somut olayda ihtimalleri üzerinde durmuştur. Mahkeme OR.Art. 23 ve 31'de kısmi iptal imkanının öngörülmediği halde, BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanarak aynı sonuca gidilebileceğini belirtmiştir. Taraflar bunu öngörmemiş olsalar da, bölünebilir hukuki işlemler bakımından bu imkânın “çoğun içinde az da vardır” ilkesiyle dikkate alınacağını ifade etmiştir ve sözleşmenin kısmen iptaline karar vermiştir.

Bu alanda sorulacak soru irade sakatlıkları halinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilme sorusudur. Hatırlanacağı üzere, iradesi hile ile sakatlanan taraf kural olarak BK.m.31'e göre hileyi öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olduğu gibi, sözleşmeye icazet de verebilir. Borçlar Kanununda irade sakatlıklarını ve kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen hükümlere

¹⁴ Aksi yönde bkz: KURŞAT; Hile, s. 89-90.

¹⁵ BGE 130 III 49.

baktığımızda, sözleşmenin bir kısmının hile ile sakat olması halinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde çoğunlukla BK.m.20/f.2'nin irade sakatlıkları bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁶.

Bir tek kefalet borcu altında, türü ve miktarı farklı birden fazla borç doğuran bir hukuki ilişkiden doğan borçlara kefalet halinde, bu borçlardan bir kısmının belirlilik ilkesine aykırı olması durumunda, ile ilgili varılacak çözümde tarafların farazi iradeleri ka

c- Gabin ve Kısmi Hükümsüzlük

Türk Hukuku açısından önem arz eden ve doktrinde de uzun zaman oldukça tartışılmış olan İsviçre Federal Mahkemesi 26.06.1997 tarihli kararında, bir sözleşmenin, Borçlar Kanununun OR Art. 21 (BK 21) maddesinde düzenlenen gabne ilişkin iptal yaptırımının, söz konusu kanunun amacı ve ruhuna uygun olmadığı, bu nedenle sözleşmenin fahiş olmayan bir fiyatla (*edimler arasında aşın oransızlık bulunmayacak bir şekilde*) devam etmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷. Mahkeme esasen bu sonuca, BK.m.21'in gabne uğrayan kişinin korunmasına yönelik amacından ve sömürülene sadece sözleşmeyi iptal etme hakkının tanınması yoluyla koruma amacının tam olarak gerçekleşemeyeceği yönündeki fikirden etkilenerek varmıştır. Mahkemeye göre, bu durum özellikle gabine uğrayan tarafın zor durumda

¹⁶ Yargıtay bir kararında da sözleşme niteliğinde bulunan yönetim planının yalnızca bir hükmünün, 634 sayılı yasanın 2.4. ve 16.maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle hükümsüz sayılmasına karar vermiştir. Y.18.HD. T.14.6.1999, E.1999/6211, K.1999/7670. (KARAHASAN; a.g.e., s. 447)

¹⁷ Mahkeme kararında “*günümüzde "sosyal özel hukuk" gittikçe artan bir ölçüde güçlenmektedir. Maddi sözleşme adaleti şekli sözleşme hürriyetini bastırmıştır. Bu, özellikle kira ve iş hukuku, tüketicinin korunması ve genel işlem şartları alanında kendini göstermektedir. Günümüzdeki hukuk düşüncesi, özel hukuk işlemlerinin geçerliliği ve butlanı konusunda siyah ve beyaz gibi kesin çizgilerden oluşmamaktadır, bunların arasında hakim in içerik kontrolü ile sınırlandırmalar yaptığı gri alanlar da gittikçe artan (güçlü) bir ölçüde yer almaktadır. Hakimin sözleşmeye müdahale imkanı zamanın ruhuna uymaktadır. Hukuk uygulaması bunu görmezlikten gelemez. Dolayısıyla edimler arasında aşın oransızlık bulunan sözleşmelerin kısmi butlanı günümüzde geçerli olan temel ilkelere uygundur. Bu sonuç kanunun sistematiğine de uygundur Hukuki işlemin kısmi butlanı ilgili normun amacından da çıkmaktadır, öyle ki uygulanacak normun kapsamı, lafzının ötesinde amaca uygun sınırlandırılmaktadır. Salt kısmi butlan böylece doğrudan doğruya yasak koyan normun sonucudur ve uygun farazi taraf iradesi kısmi butlan için şart değildir. Farazi irade olsa olsa uygun hukuki sonucun, yani yedek hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesi açısından önem taşır. Bu, sadece oransızlığın nicelik açısından indirilmesi değil, ayrıca nitelik açısından bir sözleşme düzenlemesi gerektiği durumlarda zorunludur. Doğru olan, kanuni düzenlemeye aykırı olan sözleşmenin sadece ihlal edilen normun amacı ve ruhu bunu gerektiriyorsa geçersiz olmasıdır” demektedir (BGE 123 III 292 vd., 298, 299).*

kalması nedeniyle sözleşmeyi kabul etmesi halinde kendini gösterir. Zira sömürülene sadece sözleşmeyi iptal hakkını tanımak, ona ya karşı edimden vazgeçerek eski zor durumuna dönme ya da sözleşmeyi olduğu gibi kabul etme tercihlerinden birini yapmaya zorlamaktadır. Oysa edime ihtiyaç duyan taraf sözleşmeyi iptal etmek istemeyebilir. Bu durumda ise BK 21'in zor durumda olanı koruma amacının gerçekleşmeyeceği açıktır.

Belirtmek gerekir ki; mahkemenin bu kararından önce de İsviçre Hukukunda nerdeyse istisnasız bir şekilde gabne uğrayan tarafa oransızlığın düzeltilmesini isteme hakkının tanınması farklı gerekçelerle kabul edilmekteydi¹⁸. Bazı yazarlar, BK m. 21 hükmünün amacının yorum yoluyla elde edilen geniş kelime anlamı dolayısıyla gerçekleşmemesi nedeniyle oluşan örtülü boşluk olduğunu söylerken, gabne uğrayanın korunması amacının gerçekleştirilmesi için sözleşmenin uygun fiyatla devam etmesi yolunda MK.m.1/f.2 uyarınca hakime boşluğun doldurulması yönünde yetki verileceği ve tarafların farazi iradelerinden yararlanılmaması gerektiğini görüşündedir¹⁹. Bazı yazarlar, BK.m.20/f.2'nin sözleşmenin niteliği değil niceliği dikkate alınarak uygulandığı diğer haller (cezai şartta BK.m. 161/f.3, tellallık ücretinde m. 409) göz önüne alınacak olunursa, bu halde de BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması ve oransızlığın giderilmesinde objektifleştirilmiş farazi iradelerinin

¹⁸ Von TUHR/Peter; **a.g.e.**, s.346. KRAMER; **Art.21**, N.53. TERCIER; **a.g.m.**, s.74. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.755. ENGEL; **a.g.e.**, s. 306. Peter GAUCH: **Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung**, **BGE 123 III 292**, Recht 1998, (*GAUCH; Recht*) s. 55 vd.; GUHL/MERZ/KOLLER; **a.g.e.**, s. 46. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 74. SCHWENZER; Rn.32.55. PIOTET; **a.g.m.**, s. 123. HONSELL; **Art.21**, Rn.11. HUGUENIN; **Art.21 OR**, Rn.16. BUCHER; **a.g.e.**, s. 231. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 354. Fransız Hukukunda *Simler*'e göre; gabin için en ideal yaptırımın iptal olduğunu söylemek bazı durumlarda isabetli değildir. Edimler arası dengesizliğin genellikle sözleşmenin ekonomik veya sosyal olarak güçlü tarafının etkisiyle meydana geldiğini söyleyen yazar, sözleşmenin tamamen hükümsüz kalmasını sağlamak üzere iptal edilmesini ekonomik kamu düzeninin korunması için yeterli bir çözüm olmadığını ifade ederek, işletme hakkının devri sözleşmesinde yer alan meblağın düzeltilmesi ile ilgili hakime yetkisi veren 11.03.1957 tarihli Kanunu örnek göstermektedir. SIMLER; **a.g.e.**, s. 277. Alman Hukukunda *Canaris* gabin halinde uygulanacak bu çözümün kişilik haklarını koruma amaçlı emredici nitelikli bütün hükümlere aykırılık halinde uygulanmasını önermiştir. Yazar kiracıların zaruret halinde bulunmasından yararlanarak fahiş fiyatla taşınmazını kiralayan kişiye 1974 tarihli Ekonomik Ceza Kanunu (*Wirtschaftsgesetz*) § 5'e göre 50.000 euro cezai yaptırım uygulayan kanun maddesini işaret ederek, koruma amacı taşıyan bu gibi hükümlerin ihlali halinde de yalnızca mağdur edilen kişinin kısmi hükümsüzlük imkanından yararlanabilmesini teklif etmişti. CANARIS; **Gesetzliche Verbot**, s. 28,45.

¹⁹ Karl OFTINGER; **Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht**, in: **Ausgewählte Schriften**, Zürich, 1978, s. 155, 171.

dikkate alınmasını savunmaktadırlar²⁰. Bazı yazarlar ise bu sonuca BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması yoluyla değil, BK.m.21'in amaca uygun sınırlandırılması yoluyla ulaşmakta olup, oransızlığın giderilmesinde tarafların farazi iradesinden yararlanılmaması gerektiğini savunmaktadırlar²¹.

Türk Hukukunda da büyük çoğunlukla gabne uğrayan tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkının yanında edimler arası oransızlığın giderilmesi hakkının tanınması gerektiği farklı gerekçelerle kabul edilmektedir²². Bizim de katıldığımız bu gerekçelerden biri şu şekildedir: fahiş cezai şart miktarını indirme imkânı tanıyan BK.m.161/f.3'ün doktrinde BK.m. 21'de öngörülen gabin hükmünü tamamlayan özel bir düzenleme olarak kabul edildiğine göre²³, benzer çözümün doğrudan doğruya edimler arası dengesizliğin gabin teşkil ettiği hallerde de uygulanmasında bir sakınca olmamalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi de artık gelenek haline gelmiş çoğu kararında, hükümsüzlüğün ölçü ve şartlarının, çığnemen kanun hükmünün anlam ve amacından çıkarılacağını yinelemektedir²⁴. Ancak bu imkân, klasik ve geleneksel iptal ve hükümsüzlük kavramlarını bir köşeye bırakıp, her özel durum için, ihlal edilen kanun maddesine uyan yeni bir hükümsüzlük tipi yaratma tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Çalışma konumuz gabin olmadığından bu konuya ilişkin görüşlerin değerlendirilmesini yapmamakla beraber, *gabin şartlarının oluştuğu* edimler arası aşırı oransızlığın bulunduğu hallerde BK.m.21 hükmünün amacına uygun şekilde

²⁰ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.754. GAUCH; **Recht**, s. 58. TANDOĞAN; **a.g.e.**, s. 305-306. SPIRO, **a.g.m.**, s. 449.

²¹ HONSELL; **Art.21**, Rn.12. HUGUENIN; **Art.21 OR**, Rn.16. KRAMER; **Art.21**, Rn.53. SCHWENZER; Rn.32.55.

²² KALKAN; **a.g.e.**, s. 151; Vedat BUZ; “**Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması**”, BATİDER, C:XIX, S.4, Ankara, 1998, s.65 vd. Nihat YAVUZ; “**Gabin Nedeniyle Sözleşme ile Bağlı Olmadığını İleri Süren Taraf Bunu Yalnız Faizin Aşırı Olan Kısımına İlişkin Sözleşme Hükmüne (kısmi butlan) Hasredebilir mi?**”, TNBHD, C: 124, 2004, s.23. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 240 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 495. *Serozan* oransızlığın BK.m.31/f.2 kuralı çerçevesinde düzeltilebileceği görüşündedir. Yazara göre, bu durumda faizin aşırı oranı kadar tazminat alacağı toplanan faizden indirilecek, bu sayede faiz de makul düzeye çekilmiş olacaktır. Burada tazminat, fahiş edimi hizaya getirici bir fonksiyon üstlenmektedir. Rona SEROZAN; **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 95. Miras Hukuku alanında da gabin veya irade sakatlıkları halinde edimlerarası dengesizliğin düzeltilmesi imkânı savunulmaktadır. Bkz: HATEMİ; **Miras Sözleşmelerinde Gabin**, s. 193.

²³ BUCHER; **a.g.e.**, s.229. OFTINGER; **a.g.e.**, s.537. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 500.

²⁴ BGE 134 III 52; 123 III 292; 119 II 222; 117 II 47.

uygulanacağı edilen *kısmi iptal* görüşünün temelinde BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması düşüncesinin bulunamayacağını tespit etmeye çalışacağız.

Bu tespitimize dayanak oluşturan gerekçeleri belirtecek olursak; öncelikle edimler arası aşırı dengesizlik halinde BK.m.20/f.2'nin doğrudan veya kıyasen uygulanmasının daha önceden reddedilmesinin nedeni, özel hükmün amacına ters düşen sonuçlarla karşılaşılacağına anlaşılmasıdır²⁵. Zira bir yandan kesin hükümsüzlüğün özelliklerini barındıran BK.m.20/f.2'nin, çığnenen özel kanun hükmünün (somut olayda BK.m.21) anlam ve amacına uydurulmak üzere bazı değişikliklere tabi tutulması gerekmektedir ki; doktrinde önerilen değişikliklere bakıldığında oransızlığın giderilmesi sonucuna BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması yoluyla değil, iptal kurumunun bünyesine uygun bir hükümsüzlük türünden (*kısmi iptal*) hareket edilerek varıldığı görülmektedir.

Şöyle ki; hatırlanacağı üzere kısmi hükümsüzlük kesin hükümsüzlüğe ilişkin özellikleri bünyesinde barındırır. Bu karakteristik özelliklerin başında hükümsüzlüğü ileri sürmenin her hangi bir süreyle sınırlı olmaması ve herkes tarafından ileri sürülebilir olması gelmektedir. Oysa ki burada kısmi hükümsüzlükten farklı olarak, hakimin re'sen göz önüne alacağı tarzda sözleşmeye müdahalesinin mümkün olmayacağı, oransızlığın giderilmesinin iptal müessesine uygun şekilde yalnızca sömürülen tarafından yapılacak yenilik doğuran bir beyanla sağlanabileceği kabul edilmektedir²⁶. Bununla beraber her ne kadar doktrinde oransızlığı düzeltme hakkının kullanılacağı süreye ilişkin bir görüş ileri sürülmüş olmasa da, bu hakkın kullanımına bağlanan sonucun doktrinde *kısmi iptal* şeklinde telaffuz edilmiş olması, bu durumun BK.m. 21'de öngörülen 1 yıllık süre içerisinde kullanılabileceğini düşündürmektedir. Zaten aksi bir kabul, tam iptal bakımından BK.m.21'deki süreye bağlı kalınıp, oransızlığın giderilmesini isteme hakkının süresiz kullanılması anlamına gelecektir ki, bu durum aynı kurum (*gabin*) içerisinde kendine özgü ve dağınık bir hükümsüzlük türü oluşturacağından kabul edilemez. Keza Türk Borçlar

²⁵ BGE 84 II 107.

²⁶ Oransızlığın giderilmesi hakkının yenilik doğuran hak; mahkeme kararının ise bildiri nitelikte olduğu yönünde bkz: BUZ; **a.g.e.**, s. 68. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s.495-496. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn 755. GAUCH; **Mietvertrag**, s. 59.

Kanunu Tasarısının “aşırı yararlanma” başlıklı 28.maddesinde de bir yıllık süreye bağlı kalınarak kısmi iptal imkânı öngörülmüştür²⁷.

Yine kısmi hükümsüzlüğün karakteristik özelliklerinden tarafların farazi iradelerine başvurulması, oransızlığın giderilmesinde ve tam hükümsüzlük sonucunun doğması noktasında burada dikkate alınmayacaktır²⁸ ve hatta tam hükümsüzlük ile oransızlığın giderilmesini isteme hakkının yalnızca sömürülen taraf açısından seçimlik hak şeklinde kabul edilmiş olması²⁹ dahi, oransızlığın giderilmesi sonucuna BK.m.20/f.2’nin kıyasen uygulanması yoluyla varılmadığını göstermektedir. Anılan Mahkeme kararında hakimin sözleşmenin içeriğini düzeltmesinden bahsedilmesi *Gauch* tarafından da eleştirilmiştir³⁰. Yazar tıpkı BK.m.21’de yer alan tam iptalde olduğu gibi, kısmi iptal beyanının da yenilik doğuran bir hakim kararına ihtiyaç duyulmaksızın, doğrudan sömürülenin kısmi iptal beyanı üzerine gerçekleşeceğini ifade etmiştir. *Kalkan* da düzeltme için ya tarafların anlaşmasına ya da hakimin tespit niteliğinde bir düzeltme kararına ihtiyaç bulunduğunu ileri sürmektedir³¹. Kanaatimizce yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, BK.m.21 hükmünde *de lege feranda* kısmi iptal imkânına ilişkin yer verilmesi isabetli bir çözüm olacaktır.

²⁷ Madde metninde “bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa; bu oransızlık, zarar görenin darda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, sözleşmenin kurulmasından başlayarak bir yıl içinde durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini veya sözleşmeye bağlı kalarak oransızlığın giderilmesini isteyebilir” denilmektedir.

²⁸ BGE 123 III 292. Türk-İsviçre Hukukunda genel olarak, edimlerin piyasa değerlerinin esas alınarak artırılması ya da azaltılması kabul edilmektedir. HUGUENIN; **Art.21 OR**, Rn. 16. BUZ; **a.g.m.**, s. 73. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s.495.

²⁹ Edimler arası aşırı oransızlığın giderilmesini talep etme hakkının yalnızca gabne maruz kalan tarafından kullanılabilmesi doktrinde büyük çoğunlukla kabul edilmektedir. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.755. GAUCH; **Mietvertrag**, s. 60. KRAMER; **Art.21 OR**, Rn.51. HONSELL; **Art.21 OR**, Rn.11. Türk Hukukunda *Buz*, sömürülen tarafın sözleşmeyi iptal etmek veya aşırı oransızlığın giderilmesini talep hakkına sahip olması gerektiğini, buna karşı sömürülen tarafın sözleşmeyi iptal etmesi halinde, sömürülen tarafın BK.m.25’e dayanarak olmasa da farklı gerekçelerle aşırı oransızlığın giderilmesini önererek buna engel olma imkânının tanınması gerektiğini ifade etmektedir. BUZ; **a.g.m.**, s.71. *Kalkan* da, sadece sömürülen tarafa bu seçimlik hakların tanınmasını uygun görmeye beraber, “*hiffet*” halinde BK.m.25’den kıyasen yararlanarak sömürülen tarafa farkı derhal teklif ederek sözleşmeyi ayakta tutma imkanının tanınmasını uygun görmektedir. KALKAN; **a.g.e.**, s. 154-156.

³⁰ GAUCH; **Mietvertrag**, s.58. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 755.

³¹ KALKAN; **a.g.e.**, s. 157.

Açıkladığımız nedenlerle edimler arası dengesizliğin gabin teşkil ettiği hallerde, oransızlığın giderilmesini talep etme hakkı; tarafların farazi iradelerinin rol oynamadığı BK.m.21'in amaca uygun sınırlandırılması yolu ile gerçekleşeceği ve iptal müessesine ilişkin temel özellikleri içinde barındırdığı görüşüne üstünlük tanımaktayız. BK.m.31'de *de lege feranda* kısmi iptale ilişkin bir düzenlemeye gidildiği vakit, kısmi iptalin uygulanmasına yönelik olmak üzere BK.m.20/f.2'de düzenlenen kısmi hükümsüzlüğe şartların niteliğine uygun düştüğü sürece uygulanması düşünülebilir. Örneğin böyle bir halde kısmi iptalin uygulanması ancak bölünebilir işlemler açısından söz konusu olacağı söylenebilir³².

Son olarak sözleşmesel adalet ve kişisel yönden zayıf olanı koruma esasına bağlı ahlaki bir ilkeye dayanan BK.m.21 düzenlemesi³³, esasen ahlaka aykırı bir fiil olan gabni özel bir yaptırıma bağlamış olduğundan iki hüküm arasında yarışma ihtimali de ortadan kalkmıştır. Ancak şu hususu da önemle belirtelim ki; edimler arası dengesizlikteki aşırılık ile gabne uğrayan tarafın iktisaden yıkımının hedeflenmiş olması halinde bu durum hem gabin hem de ahlaka aykırılık olarak değerlendirilebileceği için iptal süresini geçiren gabne uğrayan tarafın, daha sonra BK.m.20/ f.2'ye başvurması mümkündür³⁴.

2- Miras Hukuku Alanında

a- Hukuka ve Ahlaka Aykırı Koşullar (MK.m.515/f.2)

Hatırlanacağı üzere, sağlar arası kazandırıcı işlemler bakımından uygulama alanı bulan BK.m.155 gereğince, hukuka veya ahlaka aykırı bir şartın hükümsüzlüğü onu içeren hukuki işlemin de hükümsüz olması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla hukuka ya da ahlaka aykırı koşul barındıran sözleşme, içeriği hukuka ya da ahlaka aykırı olmasa dahi tamamen hükümsüz olacaktır. Bununla beraber, MK.m.515 f.2 hükmü, aynı kuralı ölüme bağlı tasarruflar hakkında da tekrarlamaktadır. Gerçekten

³² Hatanın sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması durumunda kısmi iptalin uygulanması için sözleşmenin objektif ve subjektif bölünebilir olma şartını arayan 2003 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi için bkz: BGE 130 III 49.

³³ Y. 1. HD., T. 30.1.1979, E.1979/13268, K.1979/999 (Corpus). Bu hükmün aynı zamanda sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılmasını engellemek amacını güttüğü, bu sebeple yalnız kişisel değil, yapısal zayıflık hallerinde de uygulama alanı bulunabileceği konusunda bkz: BESLER; *a.g.e.*, s.530, 578 vd. KRAMER; *Art. 19/20*, Rn. 160-161.

³⁴ GUHL/MERZ/KOLLER; *a.g.e.*, s.243, BGE 51 II 162; 56 II 194; 80 II 327; 93 II 189.

mehaz İsviçre Medeni Kanunu Art. 482 Abs.2 hükmünden iktibas edilen de söz konusu maddeye göre; *hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin buldukları tasarrufu geçersiz kılar*". Kanunkoyucu söz konusu madde hükmü ile

Söz konusu madde hükmündeki "geçersiz" ibaresi MK.m.557/b.3'e paralel olarak, kanun sistemine uygun olarak "iptal edilebilir" şeklinde anlamak gerekeceği kabul edilmektedir³⁵. Dolayısıyla hukuka veya ahlaka aykırı şart içeren tasarruf, iptal edilmediği sürece geçerli kalmaya devam edecektir. Söz konusu hükmün açık lafzına rağmen, doktrinde hukuka ve ahlaka aykırı koşulun bağlı olduğu tasarruftan bağımsız olarak hükümsüz olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, koşulun ve tasarrufun aynı iradeden kaynaklanması nedeniyle hukuki işlemin bölünme zorluğunu kabul ederek düzenlenen kanun hükmünün lafzına rağmen tam hükümsüzlüğün, mirasbırakan için şartın değil de tasarrufun önem taşıması nedeniyle mutlak şekilde uygulanması kabul edilemez³⁶. Bu görüşe olan yazarlara göre mirasbırakanın, koşulun hukuka veya ahlaka aykırı olduğunu bilseydi tasarrufu koşulsuz yapacağı anlaşılırsa sadece koşul geçersiz olmalıdır. Bu görüşte olan **Güral** ise, MK.515/f.2 (EMK. 462)'de geçen "şart" kavramının vasiyetnamenin tamamına nazaran tali niteliği olduğunu, emredici hükümler ya da ahlaka aykırılığın vasiyetnamenin diğer hükümlerine sirayet etmediğini ileri sürerek, kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulanmasını mümkün görmektedir³⁷. Yargıtay da 2000 tarihli bir kararında bu görüşü şu ifadelerle kabul etmiştir: "*Ölüme bağlı tasarrufları, dar bir düşünceden uzak, kanunun amacını zedelemeyen vasiyeti ayakta tutacak şekilde yorumlamak gerekmektedir, (favor Testamenti)...Tasarrufa eklenen şart*

³⁵ DURAL/ÖZ; **a.g.e.**, s. 154. Ancak yazarlar bir sonraki başlık altında da bahsedeceğimiz üzere, tasarrufun içeriğinin, koşul ya da yüklemenin hukuka ve ahlaka aykırı olması halinde kesin hükümsüzlük görüşünün benimsemektedirler. DURAL/ÖZ; **a.g.e.**, s. 154, dn.396; 223. Abdülkerim YILDIRIM; **Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.75. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 47-48.

³⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 274-275. DURAL/ÖZ; **Türk Özel Hukuku- Cilt IV, Miras Hukuku**, 2.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s.154, dn. 394'te belirtilen diğer yazarlar. SİRMEN; **a.g.e.**, s. 124. Fikret EREN; **Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, AÜ Yayınları, Ankara, 1966, s. 50, 60-61. İsviçre Hukukunda da bu görüş taraftarları bulunmakla beraber, Federal Mahkeme uygulamalarının da *favor testamenti* ilkesine öncelik tanıyan kararlarına rastlamak mümkündür. Jean Nicolas DRUEY; **Grundriss des Erbrechts**, 5. Aufl., Bern, Stämpfli, 2002, s.169. BGE 43 II 579; 67 II 149; aile vakfının normal vakfa çevrilmesine ilişkin bir vasiyetnameye kısmi hükümsüzlüğü uyguladığı kararı için bkz: 75 II 88; miras taksim ve sulh sözleşmelerine kısmi hükümsüzlüğü uyguladığı kararı için bkz: 84 II 355.

³⁷ GÜRAL; **a.g.e.**, s.137; 162-164.

kanuna yahut ahlaka aykırı ise ölüme bağlı tasarruf hükümsüzdür. (MK. m. 462/2) Kural bu olmakla beraber, miras bırakan, şartın kanuna ve ahlaka aykırılığı sebebiyle tasarrufun hükümsüz kalacağını bilseydi şart olmadan da tasarrufu yapacağı kanaatine ulaşırsa, sadece kanuna ve ahlaka aykırı şartı hükümsüz saymak, tasarrufu ayakta tutmak gerekir”³⁸. Bir diğer görüşe göre de, MK.m.515/f.2’nin yorumlayıcı değil emredici nitelikte bir hüküm olduğundan dolayı, mirasbırakanın farazi iradesini esas alarak böyle bir sonuca varılamaz³⁹. Kanaatimizce ilk görüş *favor testamenti* ilkesi ile uyumlu bir çözüm öngörmekle birlikte, mirasbırakanın farazi iradesinin ne yönde olduğunu tespit etmek bakımından *ölüme bağlı tasarrufun yorumu* meselesini de gündeme getirmektedir⁴⁰. Bu bakımdan Miras Hukuku Roma Hukuku etkisi altında gelişen Fransız ve benzer hukuklarda (CCF 900, BGB § 2085) olduğu gibi kısmi hükümsüzlüğün kural olarak benimsenmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz. Mirasbırakanın hukuka veya ahlaka aykırı koşul olmaksızın tasarrufu yapıp yapmayacağı yönündeki farazi iradesinin ne yönde olduğu ölüme bağlı tasarrufun metnindeki ifadeler ve ölüme bağlı tasarruf dışındaki olgular (lehine tasarrufta bulunacağı kişi ile ilişkileri, mirasbırakanın sözlü açıklamaları vb.) ile saptanabilecek saiki esas alınarak tespit edilebilir⁴¹. Vasiyetnamenin yorumu kurumundan yararlanılarak, mirasbırakanın söz konusu hukuka veya ahlaka aykırı şartı Fransız Hukukundaki gibi **“yöneltilici ve**

³⁸ Y.2.HD. T.27.03.2000, E.2000/2641, K.2000/3627 (Corpus).

³⁹ DURAL/ÖZ; **a.g.e.**, s. 153. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 47 vd. İMRE/ERMAN; **a.g.e.**, s. 129. Gökhan ANTALYA; **Miras Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.203; Gamze TURAN; **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 75; Hüseyin HATEMİ; **Miras Hukuku**, 3.b.s., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 99-100.

⁴⁰ İsviçre Hukukunda yeni bir görüşe göre, vasiyetnamenin yorumundan mirasbırakan gerçek veya farazi iradesine ulaşılabilir: “...*L’annulation d’une disposition viciée peut être partielle.. Dans ce cas, il faut interpréter la volonté hypothétique du testateur pour déterminer ce qui doit subsister*”. H. Michael RIEMER; **“Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge”**, FS für Max Keller, Zürich, 1989, s. 258; DRUEY; Daniel ABT; **Die Ungültigkeitsklage im Schweizerischen Erbrecht**, Diss. Basel 2002, s. 129. Vasiyetnamenin yorumu ile ilgili ayrıca bkz: Peter TUOR; **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Bd. III, Erbrecht, 1.Abt., Die Erben (Art.457-536), 2.Aufl., Bern, 1952, **Art. 482 ZGB**, Rn.6. BGE 99 II 375. Özellikle bkz: BGE 120 II 182. Ayrıntılı bilgi için bkz: H. Michael RIEMER; **“Bedingungen und Auflagen, namentlich bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen. Zugleich eine Analyse von BGE 120 II 182”**, Jusletter, 17 Juli 2000. Vasiyetnamenin yorumunda dikakte alınacak hususların neler olduğu çalışmamızın dışında kalmakla beraber, burada sadece mirasbırakanın hukuka veya ahlaka aykırı koşul olmaksızın tasarrufu yapıp yapmayacağı yönündeki farazi iradenin tespitinde önemli bir rolü olduğunu ifade etmekle yetinmekteyiz.

⁴¹ ANTALYA; **a.g.e.**, s. 247 vd.

belirleyici saik” ile yapıp yapmadığını, yani bu kaydın “*işlem temeli*” haline gelip gelmediği yönünde bir araştırma yapılacaktır⁴².

Evlenmeme şartının ahlaka aykırı olup olmadığı ise ayrı bir hukuki sorundur. *Eren*’e göre, mirasbırakanın objektif olarak uygun görülebilecek **saikler**le hareket edip etmediği araştırılacaktır. Örneğin mirasbırakanın kızı lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufu, bulaşıcı hastalığı olan erkek arkadaşı ile evlenmemesi koşuluna bağlaması durumunda mirasbırakanın caiz görülebilir bir amaçla hareket ettiği kabul edilecektir. Buna karşılık mirasbırakan kıskançlık, kin gibi hoş karşılanmayacak saiklerle hareket etmişse evlenmeme şartı geçerli kabul edilmemelidir. Yine mesela *Hatemi*’ye göre, “evlenmeme yemini” etmiş bir rahib’e yapılan tasarrufta evlenmeme şartı ahlaka aykırı veya anlamsız sayılmayabilir⁴³. Bunun dışında yazar sağ kalan eş için konulan evlenmeme şartının somut olayın özelliklerine göre “geçerli” veya “iz’aç edici” sayılabileceğini, fakat ahlaka aykırı sayılamayacağı görüşündedir. Bu konuda ise Aile Mahkemesi hakimine “takdiri butlan” yetkisi verilmelidir. Bir görüşe göre de, evlenmeme şartı kişinin karar özgürlüğünü etkileyeceğinden dolayı MK.m.23/f.2 anlamında kişilik haklarına aykırıdır⁴⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararına konu olan olayda mirasbırakanın vasiyetnamesinde, eşinin evlenmediği sürece miras payı dışında Kızılay’a yapılmış olan vasiyet gelirinden $\frac{3}{4}$ oranında yararlanacağını öngören şartı evlenme özgürlüğünü sınırlamadığı gerekçesiyle hukuka ve ahlaka aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁵.

Bununla beraber, doktrinde madde hükmünde geçen “*tasarruf*” deyiimiyle vasiyetname ve miras sözleşmesi gibi şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların değil, mirasçı atanması ve belirli mal bırakma gibi maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların kastedildiği kabul edilmektedir. Bu anlamda, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biri hukuka ya da ahlaka aykırı bir koşula bağlanmışsa, sadece bu

⁴² İsviçre Federal Mahkemesi de ZGB Art. 482 Abs.2 hükmünü mutlak şekilde uygulamamaktadır. Bkz: BGE 94 II 88; 90 II 480.

⁴³ HATEMİ; **Miras Hukuku**, s. 75-76.

⁴⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Miras Hukuku**, s. 276-277. Yazar evlenme ya da evlenmeme özgürlüğüne sınırlama getirmeyen koşulların geçerli olacağını savunmaktadır. Örneğin, mirasbırakanın “A, evlendiği taktirde ona 100 milyar verilsin” şeklinde koyduğu koşul geçerlidir.

⁴⁵ YHGK. T. 16.2.1983, E.2-268, K.136 Bkz: İsmail ÖZMEN; **Miras Hukuku Davaları**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006, s. 565.

tasarruf hükümsüz olup, diğer tasarruflar geçerliliklerini koruyacaklardır. Örneğin bir vasiyetnamede birden çok maddi anlamda tasarrufun bulunması halinde, iptal edilen tasarruf olmasaydı, miras bırakanın diğer tasarrufları da yapmayacağı kabul edilebiliyorsa, -MK.m.5'in atfıyla- BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması sonucunda bütün tasarrufun geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁴⁶. Benzer çözüm Alman Hukukunda da açıkça düzenlenmiştir (BGB § 2085)⁴⁷. Örneğin, mirasbırakan yaptığı vasiyetnamede A'ya belirli malını bırakmış, B'yi vasiyeti tenfiz memuru olarak atamış ve C'ye de D'yi öldürme şartıyla belirli malını bırakmıştır. Bu durumda vasiyetnamenin C'ye ilişkin kısmı geçersiz olmakla beraber, mirasbırakan C lehine yaptığı tasarrufun geçersiz olduğunu bilseydi A ve B'ye ait tasarrufları da yapmayacağı anlaşılıyorsa tasarruf tamamen geçersiz olacaktır.

MK.m.515/f.2 hükmü, gerçekleşmesi *imkânsız* şartlardan bahsetmemektedir. Buna karşılık doktrinde, imkansız şartlar bakımından da geciktirici ve bozucu şart olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir: gerçekleşmesi imkansız şartın geciktirici şart olması halinde, tasarrufu tamamen geçersiz kılması; bozucu şart olması halinde de yalnızca mirasbırakanın şart olmadan da tasarrufu yapacağı anlaşıldığı takdirde (BK.m.20/f.2 c2'ye kıyasen) yalnızca şartın hükümsüz sayılması görüşü mevcuttur⁴⁸. Yine her iki durumda da imkânsız şart aynı zamanda anlamsız kabul ediliyorsa, anlamsız ya da rahatsız edici şartlara ilişkin OR Art.482 Abs.3 (MK.m.515/f.3) hükmünün kıyasen uygulanması ve böylece bu şartlar olmaksızın işlemin yapılmış olacağı kabul edilmektedir⁴⁹.

MK.m.515/f.2 ahlaka veya hukuka aykırı koşullar için düzenleme getirmiş olmasına rağmen, yüklem (mükellefiyete)⁵⁰ ilişkin olarak suskun kalmayı tercih

⁴⁶ SİRMEN; a.g.e., s. 125. DURAL/ÖZ; a.g.e., s. 154. YILDIRIM; a.g.e., s. 78. ANTALYA; a.g.e., s. 203.

⁴⁷ Mirasbırakanın birden çok kimse lehine yaptığı belirli mal bırakma tasarrufunu içeren vasiyetnamesinde, metresine ilişkin olan tasarrufun hükümsüz olacağına ilişkin Alman Federal Mahkeme kararı için bkz: BGH 52, 17; BGH NJW 83, 278.

⁴⁸ ANTALYA; a.g.e., s. 204. İMRE/ERMAN; **Miras Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s.130. DURAL/ÖZ; a.g.e., s. 157 ve dn. 413'de belirtilen yazarlar.

⁴⁹ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 3989. YILDIRIM; a.g.e., s. 34. SİRMEN; a.g.e., s. 83-84. İMRE/ERMAN; a.g.e., s. 130.

⁵⁰ Doktrinde yüklem; mirasbırakanın kanuni veya atanmış mirasçısına yahut vasiyet alacaklısına mükellefiyetten yararlanana bir alacak hakkı kazandırmaksızın belirli bir gayenin elde edilmesine matuf olarak bir şey yapma veya yapmama borcunu yüklemesi olarak tarif edilmektedir. YILDIRIM; a.g.e., s. 97. İMRE/ERMAN; a.g.e., s. 133. Örneğin, cenaze töreninin nasıl

etmiştir. Doktrinde ölüme bağlı tasarruflarda hukuka veya ahlaka aykırı yüklem bakımından da MK.m.515/f.2'nin uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir⁵¹. Bir görüşe göre de, MK. m. 515/f.2'nin BK.m.155 ile birlikte yorumlanması sonucu, gerek ölüme bağlı tasarruflar gerekse sağlararası işlemler bakımından hukuka veya ahlaka aykırı *yüklemenin* yapılan işlemin olmazsa olmaz – *conditio sine qua non* unsuru olduğu karinesinin varlığı kabul edilmeli; yalnız mükellefiyetin geçersiz kalıp sözleşmenin geçerliliğini devam ettirmesi için bu karinenin çürütülmesi aranmalıdır⁵². Bu anlamda BK.m.20/f.2 hukuka veya ahlaka aykırı yüklemeler bakımından ölüme bağlı tasarruflarda *kıyasen*; sağlararası işlemlerde de *doğrudan* uygulanmalıdır.

Yüklemenin *imkansız* olması durumunda da, gerçekleşmesi imkansız bozucu şartlarda olduğu gibi, imkansız olan yüklem olmadan mirasbırakanın söz konusu tasarrufu yapmayacağı anlaşılmamak şartıyla (*BKm.20/f.2 c.2'ye kıyasen*), yalnız yüklem hükümsüz olacak; aksi taktirde tasarruf tamamen iptal edileceği genellikle kabul edilmektedir⁵³.

b- Ölüme Bağlı Tasarrufun içeriğinin, ona eklenen koşul ya da yüklemenin hukuka ya da ahlaka aykırı olması (MK.m.557/f.3)

MK.m.557/f.3'e göre, tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlaka aykırı ise⁵⁴, ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilir. Madde

yapılacağına veya terekedeki malların nasıl kullanılacağına ilişkin istekler birer yüklemidir. DURAL/ÖZ; **a.g.e.**, s. 157-158.

⁵¹ YILDIRIM; **a.g.e.**, s. 117. İMRE/ERMAN; **a.g.e.**, s. 138. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 48.

⁵² HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.192 ve dn.72'deki yazarlar. H.Michael RIEMER;

⁵³ İMRE/ERMAN; **a.g.e.**, s. 138. ANTALYA; **a.g.e.**, s. 204. OĞUZMAN; **a.g.e.**, s. 148. YILDIRIM; **a.g.e.**, s. 118. Aynı yönde bkz: Y.HGK. T.26.11.1982, E.1982/2-540, K.1982/922 (YKD. IX, S:5, 1983, s.656 vd.).

⁵⁴ MK.m.557/f.3 anlamında ahlaka aykırılıktan söz edebilmek için, *sağlararası hukuki işlemlerden farklı olarak*, ölüme bağlı tasarrufla güdülen saikin ahlaka olması yeterli değildir; aynı zamanda ölüme bağlı tasarrufun kendisinin de ahlaka aykırı olması gerekir. DURAL/ÖZ; **a.g.e.**, s. 223. Yalnızca saik göz önünde tutularak tasarrufun iptali istenemez. PULAŞLI; **a.g.e.**, s. 137. Bununla beraber, tasarrufun konusunun ahlaka aykırı olmamasına rağmen mirasbırakanın amacının ahlaka aykırı olması sebebiyle tasarrufun iptali istenebilir. TURAN; **a.g.e.**, s. 80; Zahit İMRE; “**Ölüme Bağlı Tasarrufların Ahlaka Aykırılık Sebebiyle İptali Konusunda İsviçre Mahkeme İçtihatlarında Görülen Gelişme ve Temayüller**”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y:1, S:1, 1967, s. 142. İsviçre Federal Mahkemesi ikinci bir şart olarak, lehine tasarruf yapılan kimsenin, düzenlemenin yapıldığı zamanda, zamandan önce ya da sonra bu kazandırmayı ve onun esaslı şartlarını bilmesi şartını aramaktadır. Bu anlamda İsviçre Hukukunda esas itibarıyla metres lehine yapılan tasarruflar konu itibarıyla ahlaka aykırı sayılmazken, mirasbırakanının somut

hükmünde MK.m.515/f.2'den farklı olarak, hukuka ve ahlaka aykırı olması dolayısıyla iptal müeyyidesine tabi olacak tasarrufun konusu haline gelmiş bütün unsurlar ve yükleme sayılmış olmakla beraber, MK.m.515/f.2'de sayılan tali nitelikte olan koşula da tekrar yer verilmiştir. Bizde bu başlık altında esasen ölüme bağlı koşul ve yüklemeler dışında tasarrufun içeriği/konusu haline gelen kayıtlar bakımından kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olup olmayacağını ele alacağız.

Öncelikle madde hükmünün açık lafzına rağmen doktrinde tasarrufun içeriğinin hukuka veya ahlaka aykırı bir kayıt içermesi halinde BK.m.20'de düzenlenen *kesin hükümsüzlük* yaptırımının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵. Bu görüşün temelinde özellikle iptal halinde tanınan sürenin geçirilmesi halinde, ölüme bağlı tasarrufun ahlaka veya hukuka aykırı bir içerikle geçerli kalmaya devam etmesi ve ahlaka aykırılığa kesin hükümsüzlük yaptırımının bağlanması temelinde kamu düzeninin bulunması yatmaktadır⁵⁶. Genel hüküm niteliğindeki BK.m.20 hükmünden ayrılmayı gerektirecek haklı bir neden de yoktur. Ayrıca yine bu görüş gereğince,

olayda tasarrufu yapmakta güttüğü amaç araştırılmaktadır. Bkz: BGE 85 II 378; 93 II 165. Ayrıca bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 203 vd.

⁵⁵ ABT; **a.g.e.**, s. 107-108; ANTALYA; **a.g.e.**, s. 266; 272. DURAL/ÖZ; **a.g.e.**, s. 223. Necip KOCAYUSUPAŞAOĞLU; **Miras Hukuku**, 3.b.s., İstanbul, 1987, s. 337. **Hatemî**, MK.m.557/f.3'de "örtülü bir boşluğun" bulunduğunu ifade ederek, ölüme bağlı tasarrufun dar anlamda konusunun kanuna veya ahlaka aykırı olması halinde –*MK.m.5'in atfıyla*– BK.m.20 uyarınca kesin hükümsüzlüğün uygulanmasını; buna karşılık hukuka veya ahlaka aykırılığın işlem temeli veya ortak amaçta bulunmasının MK.m.557/3 anlamında iptal sebebi sayılması gerektiğini savunmaktadır. Zira ahlak telakkilerinin toplumda değişiklik göstermesi nedeniyle, ortak amaç bakımından ahlaka aykırılığın belirlenmesi çeşitli güçlüklerle ve görüş ayrılıklarına yol açar. HATEMİ; **Miras Hukuku**, s. 74-75. Gerçekten de İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında karısından uzun zamandır ayrı yaşayan mirasbırakanın, 9 yıldır birlikte yaşadığı ve kendisine uzun yıllar emeği geçmiş olan metresi lehine, bu emeklerinin takdiri olarak tasarruf yapmaya sevk eden amacın ahlaka aykırı olmadığına karar vermiştir. BGE 85 II 378. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 196.

⁵⁶ Arnold ESCHER; **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, das Erbrecht, 2.Aufl., Zürich, 1937, **Art. 519-521 ZGB**, Rn. 2. İsviçre Federal Mahkemesi birçok kararında bu gerekçe ile OR. Art.20 Abs. 2'de düzenlenen kısmi hükümsüzlüğü vasiyetnamelere (*testament*) ve miras sözleşmelerine (*erbvertrag*) uygulamıştır. BGE 43 II 579; 50 II 374; 98 II 84; 107 II 148. Vasiyetnamenin bir kısmına ilişkin hata nedeniyle kısmi iptalin uygulandığı karar için bkz: BGE 119 II 208. Doktrinde de neredeyse istisnasız bir şekilde vasiyetnamelere kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı kabul edilmektedir. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 20. GAUCH/AEPLI/CASANOVA; **Art. 20 OR**; s.51. Alman Hukukunda da **BGB § 2085** hükmünde § 139'un aksine, ölüme bağlı tasarruflarda kısmi hükümsüzlük kural olarak öngörülmüştür. Gerçekten de bu hükmeye göre, bir vasiyetnamenin içerdiği birden fazla tasarruftan bir veya bir kısmının geçersizliği, mirasbırakan bu kısım olmaksızın vasiyetnameyi yapmayacağı kabul edilmedikçe vasiyetnamenin tamamına sirayet etmez. Tekrar evlenmeme şartını içeren bir vasiyetname bakımından Bayern Eyaleti Yüksek Mahkemesinin kararı için bkz: BayObLG FamRZ, 04, 1143. Bkz: JAUERNIG; **§ 2085 BGB**, Rn. 3

gerçekte ahlaka veya hukuka aykırı bir ölüme bağlı tasarrufun iptali nedeniyle MK.m.557/f.3'e dayanmak, MK.m.2/f.2 anlamında *normun kötüye kullanılması*⁵⁷.

Ölüme bağlı tasarrufun konusundaki imkânsızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık meselesi iki şekilde gündeme gelebilir. Bunları tek bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ya da birden fazla maddi anlamda tasarruf içeren şekli anlamda bir tasarruf olarak ifade edebiliriz. Bunlardan ilki bakımından hukuka veya ahlaka aykırı şart veya yükleme içeren tek bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun akıbeti konusunu bir üst paragrafta açıklamış bulunmaktayız. Bunun dışında maddi anlamda tasarrufun konusunun emredici hükümlere, kişilik haklarına veya ahlaka aykırı olması durumunda bölünme zorluğu nedeniyle tasarrufun tamamıyla iptali söz konusu olacaktır (MK.m.557/f.3). Örneğin, mirasbırakanın yaptığı maddi anlamda tasarrufun saklı pay kurallarını ihlal etmesi ya da boşandığı eşinin saklı paylı mirasçı olacağını öngörmesi yahut evini kumarhane olarak kullanmak üzere vasiyet etmesi halinde tasarruf tamamen iptal edilir⁵⁸. Birden fazla maddi anlamda tasarruf içeren vasiyetname veya miras sözleşmesinde, bu tasarruflardan bir kısmı hukuka veya ahlaka aykırı ise, bu durumda BK.m.20/f.2'nin kıyasen uygulanması ile – mirasbırakanın farazi iradesini de dikkate alarak- kısmi iptalin uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁹. Aslında bu çözüm Eski Medeni Kanun metninde yer almayan (Eski MK.m.499/500) bir hüküm ile de kabul edilmiştir. Gerçekten MK.m.558/f.2'ye göre, *“dava ölüme bağlı tasarrufun tamamının veya bir kısmının iptaline ilişkin olabilir”*. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da bir kısmi hükümsüzlük kuralı benimsenmiştir. Söz konusu maddeye göre, *“iptal davası ölüme bağlı tasarrufla kendilerine, eşlerine veya hısımlarına kazandırma yapanların tasarrufun düzenlenmesine katılmalarının yol açtığı sakathğa dayandığı taktirde tasarrufun tamamı değil, yalnız bu kazandırmalar iptal edilir”*.

Kanuni mirasçılara yüklenmiş olan bağımsız mükellefiyetlerde ise, MK.m.515/f.2 hükmünün uygulanmayacağı, bu durumda sadece, hukuka veya ahlaka aykırı olan mükellefiyetin geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁶⁰.

⁵⁷ DURAL/ÖZ; a.g.e., s. 223.

⁵⁸ TURAN; a.g.e., s. 74 vd.

⁵⁹ DURAL/ÖZ; a.g.e., s.154.

⁶⁰ YILDIRIM; a.g.e., s. 118. DURAL/ÖZ; a.g.e., s. 182.

Hukuka veya ahlaka aykırı şart veya yüklenme içeren ölüme bağlı tasarruf bakımından ifade ettiğimiz gibi burada da ölüme bağlı tasarrufun içerisindeki tasarruflardan bir kısmının geçersizliğinin diğerlerini etkileyip etkilemeyeceği meselesinde yine **vasiyetnamenin yorumu** gündeme gelir. Bu konuda Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda⁶¹, vasiyetçi, mirasçılarının miras paylarına düşen tereke üzerindeki kullanma hakları bakımından bir kısıtlama meydana getirmiş, üç torunun reşit olmaları gününe kadar paranın bankada kalmasını öngörmüştür. Dava konusu vasiyetnamenin ikinci bendinde Fikriye, Emin, Yılmaz, Muzaffer ve Fahriye'ye vasiyet edilen taşınmazların bölünmelerinin mümkün olmaması halinde şüyuunun idamesi yani bu taşınmazlarda miras ortaklığının devam etmesi yolunda bir şart koymuştur. Kararda aynen: “...Olayda miras bırakan, çocuklarına vasiyet ettiği 24-25 parselde kayıtlı taşınmazların miras ortaklığı halinde kalması ana fikrini benimsememiş olup, şüuyun idamesi yolundaki arzusunun yerine getirilemeyeceğini bilmiş olsa idi, böyle bir vasiyette bulunmayacağı, vasiyetnamenin genel yapısından açıkça anlaşılmaktadır. Öyle ise vasiyetnamenin bu bölümünün tümü Borçlar Kanununun 20/2. maddesi gereğince geçersizdir. Vasiyetnamenin 2 numaralı bendi geçersiz olunca 3. numaralı bentte de torunlarına verilmesini arzuladığı paranın tutarı, kendiliğinde değişeceği için vasiyetnamenin bu kısmı da geçersiz hale gelmiş olur. Vasiyetnamenin bir numaralı bendinde yer alan 30 pafta, 100 ada, 1 parselde kayıtlı taşınmazla ilgili vasiyet, görünüşte öteki vasiyetlerden bağımsız olmakla beraber, az önce belirtilen taşınmazlarla ilgili vasiyetin geçersiz olması ve torunlarla ilgili vasiyetinde hükümsüz hale gelmiş bulunması karşısında, vasiyetnamenin bu bölümü miras bırakan için anlamını yitirip, böylece vasiyetin bu kısmı dahi, gerçek bir arzu olmaktan çıkmış olmaktadır. Oysa vasiyetin geçerli olabilmesi için, arzusunun gerçeğe dayanması gerekir. Olayda bu şart bulunmadığından vasiyetnamenin bu kısmı da hükümsüzdür” denilmektedir.

Son olarak, söz konusu madde hükmünün MK.m.515/f.2'de olduğu gibi *imkânsızlıktan* söz etmemesi karşısında doktrinde konusu imkânsız olan ölüme bağlı

⁶¹ Y. 2.HD., T. 18/04/1977, E. 1977/2708, K. 1977/3258 (Corpus).

tasarruflar bakımından BK.m.20 hükmü gereği kesin hükümsüzlüğün uygulanmasına yol açacağı savunulmuştur⁶².

3- Aile Hukukunda

a- Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmalar:

Boşanmanın çekişmeli yargıda olması halinde, tarafların yargılama devam ederken hazırlayıp, MK.m.184/f.5 gereği hakimın onayına sundukları *boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalarda*⁶³ kısmi hükümsüzlüğün var olup olmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda Alman, İsviçre ve Türk Hukukundaki gelişmeleri dikkate alarak vardığımız sonuçları değerlendirecek ve görüşümüzü açıklayacağız.

(1) Alman Hukukundaki Gelişmeler:

Alman Hukukunda hakimın boşanmanın fer'i sözleşmeleri denetiminde anlaşmaya dayanan ve çekişmeli boşanma arasında fark gözetilmemektedir⁶⁴. Alman Federal Mahkemesi 11 Şubat 2004 tarihli kararı⁶⁵, mal rejimi ve boşanmanın ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmelerin (*BGB § 779*) hukuka ve ahlaka

⁶² Kemal OĞUZMAN; **Miras Hukuku**, 6.b.s., İstanbul, 1995, s. 104.

⁶³ Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşme borç sözleşmesi niteliğinde olmayıp, hukuki niteliği itibarıyla bir aile hukuku sözleşmesidir. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 37. Gerek anlaşmaya dayanan boşanmanın gerekse çekişmeye dayanan boşanmanın yan (fer'i) sonuçlarına ilişkin anlaşmanın içeriğine maddi-manevi tazminat talepleri, yoksulluk ve iştirak nafakası talepleri, velayete ilişkin hususlar, mal rejiminin tasfiyesi, aile konutunun hangi eşe kalacağı gibi konular girebilmektedir. Turan ESENER; “**Boşanmanın Fer'i neticelerine dair Mukaveleler**”, AÜHFD, C.VIII, S.3-4, Ankara, 1951, s. 619-620, s. 610; Nevzat ÖZDEMİR; **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, Beta, İstanbul, 2003, s.158 vd.; Ebru CEYLAN; **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006, s.127,131. *Hatemi*'ye göre, resmi nikahtan sonra yapılan **mehir** anlaşması da boşanmanın tali sonuçlarını belirleyen bir anlaşma olarak nitelenebilir ve tahvil yoluyla ayakta tutulabilir. Bu halde de sözleşme hakimın tasdikine “*condicio juris*” olarak kanuni şarta bağlıdır. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 284, 285, dn.36.

⁶⁴ Anne SANDERS; “**Ein bisschen sittenwidrig? Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit von Eheverträgen**”, Forum Familienrecht, 5/2004, s.249. Wilfried SCHLÜTER; **BGB Familienrecht**, 13. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2009, s. 72. Ludwig BERGSCHNEIDER; **Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen**, C.H.Beck Verlag, München, 2008, s. 36.

⁶⁵ BGH **FamRZ** 2004, 601. BERGSCHNEIDER; **a.g.e.**, s.14 vd.

aykırılık (*BGB* §§ 134, 138) denetiminin önünü açmıştır⁶⁶. Mahkeme 25 Mayıs 2005 tarihli kararına konu olan olayda, eşler boşanmadan önce yaptıkları sözleşmede, kadının nafaka hakkından vazgeçmesi, erkek tarafından çocuk için de 6 yaşına kadar aylık 2000 DM, 6 yaşından 14 yaşını dolduruncaya kadar da aylık 1000 DM nafaka verilmesi kararlaştırılmıştır. Mahkeme nafaka hakkından vazgeçilmesini ahlaka bularak, sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasına hükmetmiştir. 17 Mayıs 2006 tarihli kararına⁶⁷ konu olan olayda, bir doktorun Brezilyalı, meslek vb. eğitimi bulunmayan ve bu nedenle çalışma izni verilmemiş olan 23 yaşındaki bir bayanla evlendikten sonra yaptıkları sözleşmenin bir kısmında karşılıklı olarak nafaka hakkından vazgeçtiklerini belirterek, sözleşmenin bir kısmının geçersizliğinin sözleşmenin tamamına etkili olmayacağına dair “kurtarıcı kayıt” koyarlar. Mahkeme somut olayda bayanın eğitim ve iş durumunu ve boşanma sebebiyle düşeceği zorluk vb. sebepleri göz önünde bulundurarak nafaka hakkından vazgeçilmesini ağır derecede zarara sebep olduğunu tespit ederek ve bu nedenle ahlaka aykırı bularak kurtarıcı kaydın varlığına rağmen, sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasına karar vermiştir. Federal Mahkeme gelenek haline gelmiş bir şekilde, sözleşmenin geçersiz kısmı taraflardan biri için ağır derecede zarara sebep olacak mahiyette olduğu ve karşı tarafın bu kısım ile korunmaya değer menfaati haklı görülemediği durumlarda, kurtarıcı kaydı dikkate almamaktadır⁶⁸.

⁶⁶ BERGSCHNEIDER; *a.g.e.*, s.36; Julius von STAUDINGERS; **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen** 4.Buch, Familienrecht §§ 1363–1563, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, § 1408 BGB, Rn. 39; JAUERNIG; § 1408 BGB, Rn. 15.

⁶⁷ BGH **FamRZ** 2006, 1097.

⁶⁸ BGH **FamRZ** 2005, 1444. BGH **FamRZ** 2006, 1097. BERGSCHNEIDER; *a.g.e.*, s. 62, 96; JAUERNIG; § 1408 BGB, Rn. 15; STAUDINGERS; § 1408 BGB, Rn. 82. Doktrinde boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin sözleşmelerde “*kurtarıcı kayıtların (salvatorische Klauseln)*” yerine, “*ikame kayıtlara (Ersatzungsklauseln)*” yer verilmesi, sözleşmeyi ayakta tutmak için daha uygun bir çözüm olarak önerilmektedir. Söz konusu ikame kayıtlar ile, bir kısmın geçersiz olması halinde o kısmın yerine kanun hükmü veya hakimin sözleşmenin anlam ve amacına uygun bir kayıt ile değiştirilmesini sağlamaya yönelik olacaktır. STAUDINGER/ ROTH; § 139, Rn. 22. Sözleşmenin geçersiz kısmının taraflardan birinin ağır derecede zararına sebep olacak mahiyette olmaması halinde kurtarıcı kayıt, sözleşmeyi ayakta tutmaya yetebilir. Örneğin, erkeğin denkleştirmeye tabi geliri olmadığı için, kadının edinilen bütün malları erkeğe bırakması karşılığında erkeğin, kadının emeklilik ikramiyesindeki denkleştirme payından ve nafaka haklarından vazgeçtikleri bir sözleşmede, bütün mallar üzerindeki mülkiyet hakkından vazgeçilmesi boşanmadan sonra kadın açısından dezavantajlı bir durum ortaya çıkarabileceği için, ahlaka aykırı sayılabilecek iken, her iki taraf için de ağır zarar oluşmasına sebep olabilecek bir hüküm olarak kabul edilemeyerek, hakimin daha uygun bir önerisinin geçersiz kısmın yerini alabileceği yönündeki bir ikame kayıt (*Ersatzklausel*) sözleşmeyi ayakta tutmaya yeterlidir. BERGSCHNEIDER; *a.g.e.*, s. 97-98. Kurtarıcı kayıtlar boşanma sözleşmeleri bakımından anlam ve önemini nerdeyse kaybetmiş

(2) İsviçre Hukukundaki Gelişmeler

İsviçre Hukukunda uygulamada boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin yapılan anlaşmalarda (*anlaşmalı ve çekişmeli boşanma arasında ayırım yapılmaksızın*) kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁹. İsviçre Federal Mahkemesi 1967 yılında önüne gelen bir olayda, boşanma sözleşmesine vereceği “kısmi onay”dan sonra geri kalan kısmın ayakta kalmasının OR Art.20 Abs.2 çerçevesinde mümkün olup olmadığını araştırmıştır⁷⁰. Kararda çocukların yararına olarak velayete ilişkin kısmın onaylanmayarak, malvarlığına ilişkin kısmının onaylanması uygun görülmeyle beraber, davalının onay verilmeyen kısım olmaksızın sözleşmeyi yapıp yapmayacağı yönündeki iradesinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Kararda nafaka ve mahkeme masraflarını ödemeyi taahhüt eden kocanın bu taahhüdünün velayet ile ilgili kısmın geçerliliğine bağlı olup olmadığının da araştırılması gerektiğine yer verilmiştir.

(3) Türk Hukukundaki Gelişmeler

Türk Hukuk doktrinde yapılan bu anlaşmaların hukuki niteliği, anlaşmaya dayanan boşanmalar ve çekişmeli yargıya dayanan boşanmalar bakımından farklı değerlendirilmektedir⁷¹. MK.m.184/f.5 uyarınca yapılacak boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmenin hukuki niteliği itibariyle *aile hukuku sözleşmesi* olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmekle beraber, hakimin verdiği onayın *kanuni şart* mı, *kurucu unsur* mu yoksa *tamamlayıcı unsur* mu olduğu meselesi tartışmalıdır⁷². Kanaatimizce bu meseleye verilecek cevabın pratikteki önemi, hakimin verdiği onayın sözleşmeyi ne zamandan itibaren geçerli hale getirdiğini ve hakimin onayına kadar tarafların yapılan sözleşme ile bağlı olup olmayacağını tespit etmeye yarayacaktır. Nitekim doktrinde de anlaşmaya dayanan boşanmalarda hazırlanan anlaşma metninin hakimin onayına kadar bağlayıcılığı olmadığından ve anlaşma metninin varlığının boşanma sonucunun sağlanmasının maddi bir koşulu

durumdadır. Ernst SARRES; “**Salvatorische Klausel: Sicherheit für Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen?**”, Forum Familienrecht, 2004/ 5, s. 251.

⁶⁹ BGE 104 II 241; 108 II 405. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 20.

⁷⁰ BGE 93 II 156.

⁷¹ ESENER; **a.g.m.**, s. 610. ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s. 158 vd. CEYLAN; **a.g.e.**, s.127,131.

⁷² Kanuni şart olduğu görüşünde SİRMEN; **a.g.e.**, s. 84. Tamamlayıcı unsur olduğu görüşünde OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 132-133. Kurucu unsur olduğu görüşünde ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s. 154.

olduğundan yola çıkılarak, anlaşmaya dayanan boşanmalarda hazırlanan anlaşma metninin hukuki niteliği, çekişmeye dayanan boşanmada hazırlanan metinden farklı görülmektedir⁷³. İster hakimin onayının “kurucu unsur” olarak kabul edildiği anlaşmaya dayanan boşanma, isterse “tamamlayıcı unsur” olarak kabul edildiği çekişmeye dayanan boşanma söz konusu olsun, her iki durumda da ortada hakimin denetimine muhtaç bir anlaşmanın var olduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır. İsviçre-Türk Hukukunda anlaşmaya dayanan boşanmaların yapısı dikkate alındığında, hakimin denetiminin anlaşmalı boşanma kurumunun işlevselliğini ortadan kaldırmamak amacıyla⁷⁴ çok geniş kapsamlı olmayacağı; anlaşmanın açık, anlaşılır ve açıkça hakkaniyete aykırı olmaması yönünden söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁷⁵. Bu noktada çekişmeye dayanan boşanmalar gibi burada da hakimin yapacağı denetimin, eşlerden birinin sırf boşanmayı sağlayabilmek için malvarlığından tümünü ya da önemli bir kısmını karşı tarafa bırakıp bırakmadığı, olağanüstü mali yükümlülükler altına girip girmediği, çocukların mevcut ve gelecekteki yararları açısından hakkaniyete uygun bir dengenin kurulup kurulmadığı, iradeyi sakatlayan hallerin olup olmadığı, emredici hükümlere, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olup olmadığı yönünde olacağı kabul edilmektedir⁷⁶.

Türk Hukuk doktrininde büyük çoğunlukla *MK.m.184/f.5 uyarınca çekişmeye dayanan boşanmalarda* hazırlanan sözleşmelerde kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağı kabul edilmektedir⁷⁷. **Başpınar** ise anlaşmaya dayanan boşanmalar ile çekişmeli boşanmalar arasında bir ayırım yapmaksızın, kısmi hükümsüzlüğün bu tarz borç sözleşme niteliğinde olmayan sözleşmeler bakımından doğrudan uygulanmayacağını ifade etmekle beraber, bu sözleşmelerin hakimin onayına kadar

⁷³ Zira anlaşmaya dayanan boşanmada hazırlanan sözleşmeden tarafların hakimin onayına kadar herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin geri dönebileceği ve sözleşmenin bu ana kadar taraflar açısından bağlayıcılığının olmadığı İsviçre-Türk Hukukunda neredeyse ittifakla kabul edilmektedir. ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s. 156. Ancak MK.m.184/f.5 uyarınca hazırlanmış bir sözleşmenin tarafları hakimin onayına kadar sözleşme ile bağlı olmalarının yanında, herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönemeyeceği kabul edilmektedir. ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s. 154.

⁷⁴ ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s.179.

⁷⁵ ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s. 158. Y. 2.HD. T. 02.11.1989 E.1989/6979, K.1989/8890 (YKD.1990, 2,193-194).

⁷⁶ ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s. 175, 179. CEYLAN; **a.g.e.**, s.126 vd.

⁷⁷ ESENER; **a.g.m.**, s. 619-620. CEYLAN; **a.g.e.**, s.135. ÖZDEMİR; **a.g.e.**, s. 155.

hüküm ve sonuçlarını meydana getirmemesi nedeniyle kıyasen dahi uygulanmasını kabul etmediği anlaşılmaktadır⁷⁸.

(4) Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce gerek anlaşmalı gerekse çekişmeli boşanmalar bakımından kısmi hükümsüzlüğün *işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen* uygulanmasına verilecek cevap olumlu olmalıdır. Özellikle borç sözleşmelerinde dahi iradelerine aykırı bir değişikliği kabul etmeyecekleri anlaşılan sözleşmelerin zorla sözleşmeyle bağlı kalmaları kabul edilmemekte iken (BK.m.20/f.2 c.2); aile hukukuna özgü boşanmalar bakımından tarafların iradesine aykırı düşecek bir çözüme boyun eğmeleri ve zorla boşanmalarını sağlamak mümkün değildir. Hukuki nitelikleri tartışmalı olan ancak hukuki bir ilişkinin kurulduğu kabul edilen⁷⁹ ve ortada şeklen dahi olsa bir anlaşma metninin bulunduğu her iki durumda da (*anlaşmalı ve çekişmeli boşanmalarda*), konusu imkansız, kişilik haklarına, emredici hükümlere ya da genel ahlaka aykırı kayıtların varlığı sözleşmenin tamamının geçersiz olmasını gerektirmez. Nitekim her iki durumda da hakim, sözleşmenin geçersiz kısmının çıkarılması ya da düzeltilmesi yönünde değişiklik önerisini ortaya koyar⁸⁰. Bu kısmın çıkarılması ya da değiştirilmesi taraflarca uygun görülmediği vakit, hakim sözleşmeyi onaylamayacaktır. Anlaşmalı boşanmalarda sözleşme ile istenen hukuki sonuca (boşanma) ulaşılamayacak; çekişmeli boşanmalarda da davanın görülmesine devam edilecektir. Gerek anlaşmalı gerekse çekişmeli boşanmalarda geçersiz kayıt olmaksızın tarafların boşanmanın yan unsurlarına ilişkin yaptıkları sözleşmenin bir kısmındaki geçersiz kayıt olmaksızın, sözleşmeyi hiç yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, boşanmalarına hüküm verilemeyecektir.

Son olarak gerek anlaşmalı gerekse çekişmeli boşanmalarda, Türk-İsviçre Hukukunda tarafların sözleşmenin yan sonuçlarından bir kısmı üzerinde anlaşmamaya varamamaları halinde, yan sonuçların çözümünü hakime bırakmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸¹. Kanaatimizce aynı imkan

⁷⁸ BAŞPINAR; a.g.e., s. 42-43.

⁷⁹ ESENER; a.g.e., s. 615.

⁸⁰ ÖZDEMİR; a.g.e., s. 172.

⁸¹ ÖZDEMİR; a.g.e., s. 184.

hakimin sözleşmenin özellikle mali konulara ilişkin yan unsurlarından bir kısmının hakkaniyete veya ahlaka aykırı bulması halinde de kabul edilmelidir. Taraflar bu imkânı Alman Hukukunda olduğu gibi, anlaşmalı boşanmalar bakımından anlaşma metnine koyacakları bir ikame kural ile sağlayabilirler.

4- Sinaî Hakların Kısmi Hükümsüzlüğü

Türk hukukunda özel düzenlemelerle sinaî hak olarak korunan mutlak haklar; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK ile korunan patent ve faydalı modeller, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK ile korunan endüstriyel tasarımlar, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ile korunan markalar ve son olarak Ticaret adı ve ünvanıdır.

Marka tescil tarihinden itibaren tescil edildiği tüm sınıflarda kullanılmalıdır. 556 sayılı KHK m.14/ f.1 e göre “ markanın tescil edildiği tarihten itibaren 5 yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma 5 yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde marka iptal edilir”. 556 sayılı KHK’nın 14/2 hükmünde hangi hallerde markanın kullanılmış olduğunun kabul edileceği belirlenmiştir:

- a. Tescilli markanın asıl unsurlarını değiştirmeden, markanın farklı unsurlarda kullanımı
- b. Markanın, yalnız ihracat amacıyla mal veya ambalajlarda kullanımı
- c. Markanın, marka sahibinin izni ile lisans alınarak kullanılması
- d. Markayı taşıyan malın ithali. Bu maddeye aykırılık 551 sayılı KHK m.42/f.1-c’de bir hükümsüzlük sebebi olarak sayılmıştır. Yani, marka sahibinin tescilli markasını, bu tanımlanan şekillerden en az biri olarak kullanması gerekir. Marka pek çok sınıfta tescil edilmiş, bazı sınıflarda kullanılmış, diğer sınıflarda kullanılmamış ise kullanılmayan sınıflarda hükümsüz kılınır ki, bu durum da kısmi hükümsüzlük olarak ifade edilmektedir⁸². Nitekim 556 sayılı KHK’nın 42. maddesinin nin 2. fıkrasında

⁸² Etiform, Eti adına kayıtlı olup, bisküvi, çikolata, kek, kraker gibi ürünlerde kullanılmaktadır. Doğanform markası, 1998 tarihinde tescil edilmiş bir markadır. Eti, “doğanform” markasının tescil edildiği biçimden farklı kullanıldığı, ayrıca tescil edildiği tüm sınıflarda kullanılmaması nedeniyle dava açmıştır. Doğanform firması da, form ibaresinin herkesin kullanımına açık bir ifade olduğunu (cins), üstelik Eti’nin kullanımı nedeni ile artık cinse dönüştüğünü, bu nedenle hükümsüz kılınması gerektiği konusunda bir karşı dava açmıştır. Marka tescil edildiği biçimde, asıl unsurları değiştirilmeden kullanılmak zorundadır. Yoksa tescil edilen ibarenin esas

kısmi hükümsüzlükten bahsedilmiştir. Hükümsüzlük nedenleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal ve hizmete ilişkin bulunuyorsa, yalnız o mal veya hizmet ile ilgili olarak kısmi hükümsüzlüğe karar verilebilir.

554 sayılı KHK, endüstriyel tasarımlara ilişkin aşağıdaki hallerde mahkemenin hükümsüzlük kararı vereceğini hükme bağlamıştır (m.43). Mezkûr maddenin son fıkrasına göre; *hükümsüzlük nedenleri tasarım başvurusu veya tescilin sadece bir bölümüne ilişkin bulunuyorsa, sadece o bölümü etkileyen ürün veya ürünler için iptal suretiyle, kısmi hükümsüzlüğe karar verilir. Kısmi hükümsüzlük sonucu, iptal edilmeyen ürün veya ürünlerle ilgili kısım için koruma geçerliliğini sürdürür*.⁸³ Çoklu tasarımlarda bazı tasarımlar bakımından mahkeme hükümsüzlüğe karar verebilir⁸³.

Yine patente ilişkin hükümsüzlük nedenleri başvuru veya tescilin sadece bir bölümüne ilişkin olabilir (551 sayılı KHK m. 129/ f.3). Madde hükmüne göre: *“hükümsüzlük nedenleri patentin sadece bir bölümüne ilişkin bulunuyorsa, sadece o bölümü etkileyen istem veya istemlerin iptali suretiyle, kısmi hükümsüzlüğe karar verilir. Bir istemin kısmen hükümsüzlüğüne karar verilemez. Kısmi hükümsüzlük sonucu, patent ile korunan buluşun iptal edilmeyen istem veya istemleri, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci ila 7 inci madde hükümlerine uygun olması halinde, patent, bu kısım için geçerli kalır”*.

Yukarıda bahsettiğimiz hükümlerin lafzı gereği uygulanacak hükümsüzlük **zorunlu basit kısmi hükümsüzlük** olup, hakkında hükümsüzlük kararı verilmeyen istemler/ürünler/kısımlar bakımından ilgili sınaî hakka ilişkin koruma ve tescil geçerliliğini korur. İlgili sınaî hakkın tamamen hükümsüzlüğü konusunda sınaî hakkın sahibi ya da hükümsüzlüğü talep edenin farazi iradelerine başvurulmaz. Aynı

unsurlarının değiştirilerek kullanımı, tescil biçiminden farklı, yeni bir marka haline gelebilir. Bu davada doğadan firması birleşik doğadanform şekli ile tescil ettirdiği markasında form ibaresini öne çıkararak, müstakil bir marka şeklinde kullandığı iddia edilmiştir. Mahkemece yapılan yargılamada, Doğadanform şekli ile birleşik tescile rağmen Doğadan ibaresinin üst satırda, form ibaresinin ayrı ve öne çıkarılarak kullanımını, markanın farklı kullanım olarak kabul etmemiş, ancak bu markanın sadece çay emtiasında kullanıldığını, diğer sınıflarda kullanılmaması nedeniyle kısmi hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Geniş bilgi için bkz: Erdal NOYAN; **Marka Hukuku**, 4.b.s., Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 321 vd.

⁸³ Cahit SULUK; **“Sınaî Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararlarının Etkisi”**, Fikri Mülkiyet Hukuku Degisi, S.3, 2006 s. 44.

şekilde sınaî hakların hükümsüzlüğünde cari olan “geriye etkili olma” kuralı sadece hükümsüzlüğüne karar verilen kısımlar bakımından geçerlidir⁸⁴.

B- KISMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜN SONUÇLARI

1-Kısmi Hükümsüzlük Sonucu Ortaya Çıkan Boşluğun Doldurulması

Genel olarak sözleşmenin tamamlanması sorunu çerçevesinde farazi iradeye başvurmak konusunda yapılan sıralamanın, aynı kavrama atıf yapan kısmi hükümsüzlük bakımından pek fazla önemi bulunmamaktadır. Hatırlanacağı üzere, tarafların üzerinde müzakere etmedikleri bir hususta sözleşme boşluğu ortaya çıkacak ve sözleşmenin tamamlanması aşamasında öncelikle emredici ya da tamamlayıcı hukuk kuralları, bunların bulunmadığı durumda örf-adet kuralları, bunun da tespit edilemediği hallerde gerçek irade, işin mahiyeti ve en son aşamada ortak farazi iradeye başvurulacaktır⁸⁵. Ancak kısmi hükümsüzlük sonucu sözleşmede oluşan boşluğun doldurulmasında, emredici ya da tamamlayıcı hüküm bulunmadığı vakit, gerçek irade dikkate alınmaksızın farazi ortak iradenin ne yönde olduğu araştırılmaktadır. Ancak doktrinde farazi irade kavramının tek başına sözleşme boşluğunu doldurmada ölçü olarak alınamayacağı, BK.m.2/f.2’den “işin niteliği” ölçüsünden de yararlanılması gerektiği de ifade edilmektedir⁸⁶.

Bir diğer problem arz eden husus; sözleşmenin geçersiz kalan kısmına ilişkin emredici ya da tamamlayıcı nitelikte bir hüküm bulunduğu vakit, tarafların farazi iradelerinin bu hükümlere nazaran öncelik tanınıp tanınamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır⁸⁷. Kısmi hükümsüzlük sonucu oluşan boşluğun doldurulması sorunu esasen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün türlerinden bahsederken emredici veya tamamlayıcı hükümlerin sözleşmedeki sakat kısmın yerini alması hususuna değinmiştik. İşte bu noktada bu hükümler ile boşluğun doldurulmasının tarafların

⁸⁴ SULUK; **a.g.m.**, s. 44.

⁸⁵ AKSOY DURSUN; **a.g.e.**, s. 85 vd.

⁸⁶ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 231 ve dn.128’de anılan yazarlar. Farazi irade kavramının İsviçre doktrininde de tek başına yeterli bir ölçü olarak alınamayacağı; sözleşmenin yapısı ve hatta teamüllerin de dikkate alınarak, tarafların dürüst ve makul kişiler olarak nasıl bir düzenleme getirirlerdi sorusunun cevabının araştırılacağını kabul eden yazarlar vardır. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 1257; 1260.

⁸⁷ ABEGG; **a.g.e.**, s. 202 vd.

farazi iradeleri ile uyum içerisinde olup olmadığının tespiti yapılırken hangisine öncelik tanınacağı konusunda doktrindeki tartışmaya değinmekte fayda vardır. Bu konuda üç görüşe rastlamaktayız.

Bir görüşe göre BK.m. 20/f.2'nin bulunduğu hallerde, ortada gerçek anlamda bir sözleşme boşluğu bulunmamaktadır. Nitekim tarafların baştan itibaren bir konuyu düzenlememiş olmaları sonucu oluşan boşluk ile, sözleşmenin kısmen hükümsüzlük yaptırımı sonucu oluşan boşluk birbirine eş değer görülemez⁸⁸. Sözleşmede boşluk, tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin hukuki sorun, hiç ya da yeterli şekilde düzenlemedikleri takdirde söz konusudur. Oysa ki taraflar geçersiz de olsa, sözleşmede boşluk olarak değerlendirilecek kısma ilişkin olarak iradelerini somutlaştırmışlardır. Bu görüşte olanlara göre, BK.m.20/f.2 c.2'nin uygulanması yalnızca normun koruma amacına sahip olduğu hallerde bertaraf edilebilir. Sonuç itibariyle, taraflar sözleşmedeki boşluğun sözleşmenin emredici ya da tamamlayıcı hukuk hükümlerinin uygulanmasını istemeyerek, tam hükümsüzlük iddiasında bulunabilirler. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında bu görüşe yer vermiştir⁸⁹.

Bir diğer görüşe göre (*objektivistler*), usul ekonomisi gereğince sözleşmedeki boşlukların tarafların farazi iradelerinin tespitinde uzun araştırmalarda bulunmak yerine, mevcut yedek hukuk kuralları ile doldurulmasına öncelik vermek gerekmektedir⁹⁰. Kısmi hükümsüzlük sonucu sözleşmede oluşan boşluk ile tarafların

⁸⁸ KRAMER; **Art.18**, Rn. 355. *Kramer* tarafların farazi iradelerine başvurma kuralından yalnızca emredici hükmün koruma amacına sahip olduğu hallerde vazgeçilmesi gerektiğini savunmaktadır. Koruma amacına sahip olmayan emredici hükümler bakımından tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri dikkate alınmalıdır. Aynı yönde bkz: SCHWENZER; **OR AT**, Rn. 32.41. HUGUENIN; **Art. 19/20 OR**, Rn. 62. Ulrich EHRICKE; “**Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der Ergänzenden Vertragsauslegung**”, *RabelsZ* 60, 1996, s. 677. PILZ; **a.g.e.**, s. 29. Türk Hukukunda *Kaplan* da BK.m.20/f.2'nin bulunduğu hallerde sözleşme boşluğundan bahsedilemeyeceğini düşünmektedir. İbrahim KAPLAN; **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 91.

⁸⁹ Mahkemenin özellikle indirim yaptırımını uyguladığı veya normun kamu düzenine ilişkin olduğu veya koruma amacının olduğu durumlarda OR Art. 20 Abs. 2'nin uygulanmasını bertaraf ettiği görülmektedir. BGE 75 II 370; 80 II 327; 81 II 613; 96 II 132; 114 II 163; 125 III 358; 359.

⁹⁰ GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 709. Yazarlar bu durumu mahkeme kararına konu olan bir olay ile açıklamaktadırlar. Örneğin taraflar tamamlayıcı hükümlerde yer alan fesih süresine aykırı bir süreyi ahlaka aykırı bir şekilde belirlemiş olsunlar. Fesih süresine ilişkin kaydın hükümsüzlüğünden sonra tarafların tam hükümsüzlük yönündeki farazi iradeleri dikkate alınmaksızın tamamlayıcı hükümlerdeki fesih süresi sözleşmeye ikame edilecektir. Bu yöndeki bir mahkeme kararı için bkz: BGE 107 II 218; BGHZ 90, s. 75. GAUCH; **Teilnichtigkeit**, s. 95. ZUFFEREY-WERRO; **a.g.e.**, s. 346. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 83- 89, *Canaris* bu çözümü

üzerinde hiç müzakere etmemedikleri bir husus nedeniyle söz konusu olan sözleşme boşluğu arasında teorik olarak herhangi bir fark yoktur. Bu görüşe göre, boşluğun doldurulmasına ilişkin emredici nitelikli hüküm doğrudan uygulanmakla beraber, tamamlayıcı hükmün sözleşmenin geri kalanı ile uyum içerisinde olması şartı ile öncelikle bu hükümler uygulanır ve tarafların aksi yöndeki farazi iradelerine başvurulmaz⁹¹. Üstelik hakim her durumda boşluğu işin mahiyeti, sözleşmenin özelliklerine göre doldurmaya çalışırsa yedek hukuk kurallarının uygulanması tamamen hakimin insiyatifine kalacaktır⁹².

Son olarak bir diğer görüşe göre de; değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması sonucu oluşan boşluk ile, sözleşme kurulurken söz konusu olan sözleşme boşluğunun bulunması arasında temelde herhangi bir fark yoktur. Her iki halde de bir sözleşme boşluğu söz konusudur Ancak tarafların farazi iradelerini dikkate almak konusunda *emredici* ve *tamamlayıcı* hükümler arasında bir fark olmalıdır. Sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında uygulanacak hükmün emredici nitelikli bir hüküm olması halinde, taraflar sözleşmedeki boşluğun emredici hukuk kuralı ile doldurulamayacağı ve bu nedenle de tam hükümsüzlüğün uygulanması gerektiği iddiasında bulunamazlar⁹³. Ancak sözleşmenin hükümsüz kalan kısmının tamamlayıcı bir hukuk kuralı ile düzenlenmiş olduğu durumlarda, tamamlayıcı hukuk kuralının tarafların farazi iradelerinin karşısında nasıl uygulanacağı meselesi ile ilgili olarak bu görüş taraftarları tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanmasına öncelik verirken; tarafların farazi iradelerinden bu hükümlerin uygulanmasını istemedikleri sonucuna varıldığı takdirde tarafların farazi iradelerine göre boşluğun doldurulmasını savunmaktadırlar.

Sözleşmenin bir kısmının ihlal ettiği emredici ya da tamamlayıcı hukuk kuralları sadece sözleşmenin söz konusu kısmını geçersiz kalmasını sağlamaz; aynı zamanda oluşacak boşluğa doldurmaya yönelik normları işaret ederler⁹⁴.

özellikle üst sınır koyan tamamlayıcı hükümler bakımından faydalı bulmaktadır. CANARIS; **a.g.m.**, s. 518, 540, 544.

⁹¹ Aynı yönde bkz: EREN; **a.g.e.**, s. 306. BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 156; 161. ATAMER; **a.g.e.**, s. 228.

⁹² ATAMER; **Sözleşme Boşlukları**, s. 178, dn.30-31'de belirtilen yazarlar.

⁹³ KRAMER; **Art. 19/20**, Rn. 355. ABEGG; **a.g.e.**, s. 203 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.m.**, s. 27. **Honsell** de bu konuda emredici ve tamamlayıcı kurallar arasında ayırım yapmaktadır. Bkz: HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn. 17-18.

⁹⁴ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 38.

Tamamlayıcı hukuk kurallarının, sadece taraflar arasında herhangi bir düzenleme yapılmayan alanlarda devreye girerek sözleşme boşluğunu doldurmakla sınırlı bir işlevi yoktur. Bu kuralların haklı, adil ve her iki sözleşenin menfaatlerini dengeleyici bir içeriğe sahip oldukları kabul edilir⁹⁵. Normalde sözleşme boşluğunun bulunduğu durumlarda, hakim tarafların farazi iradelerine öncelik vererek tamamlayıcı hukuk kurallarının sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağına karar vermeyecektir⁹⁶. O halde burada da tamamlayıcı hukuk kurallarının tarafların farazi iradeleri iradeleri ile bağdaşp bağdaşmadığı değil; sözleşmenin geri kalanı ile uyuşması şartı ile uygulanması gerektiğini savunan ikinci görüşe üstünlük tanımaktayız. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 2005 tarihli bir kararına konu olan bir hizmet sözleşmesinde, OR Art. 335b hükmünde öngörülen üç aydan fazla süre kararlaştırılan deneme süresini 3 ay üzerinden geçerli olmasına yönelik indirim yaptırımını uygularken, sözleşmenin belirsiz süreli hizmet sözleşmesi haline gelmesi üzerine, geçersiz kalan feshi ihbar süresinin yerini kanundaki tamamlayıcı hükümlerle ikame ederek sözleşmenin geçerliliğini sağlamıştır⁹⁷.

2- Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

a- Sözleşmenin Bir Kısımının İmkansız Olması Halinde

Daha önce açıkladığımız üzere, BK.m.20/f.2 anlamında kısmi hükümsüzlüğün şartları arasında yer alan içerik sakatlıkları sebeplerinden biri imkânsızlık olup; bu hüküm çerçevesinde dikkate alınacak olan imkânsızlığın türü ise başlangıçtaki imkânsızlık halidir⁹⁸. Sözleşmenin başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz olmasında tarafların kusurunun bulunup bulunmaması sorumluluk bakımından önem taşır. Türk-İsviçre doktrininde nerdeyse istisnasız bir şekilde, imkânsızlığı bilen ya da bilmesi gereken tarafın sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırdığı güvenden ötürü iyiniyetli karşı tarafın olumsuz zararını (*menfi zarar*) tazmin etmek zorunda olduğu kabul edilmektedir⁹⁹. Buna göre, sözleşmesel

⁹⁵ KRAMER; Art. 19/20, Rn. 277.

⁹⁶ AKSOY DURSUN; a.g.e., s.

⁹⁷ BGE 131 III 467.

⁹⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk: II. Bölüm, s. 84 vd..

⁹⁹ Von TUHR/PETER; a.g.e., s.193, dn.87. BUCHER; AT; a.g.e., s. 249-250; 281. BECKER; Art. 20 OR, Rn.14; MERZ; a.g.e., s. 79; JOEINIG; a.g.e., s. 85 vd.; SCHWENZER; Rn.32,46;

ilişki kapsamında doğan ve geçersiz ifa borcunun veya her bir edimi sözleşme konusu haline getirerek diğer tarafta haklı bir güven uyandıran taraf, hükümsüzlüğün yarattığı korumadan faydalanarak sorumlu olmadığını ileri süremeyecektir.

Alman Hukukunda 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren BGB’de § 311a hükmü ile hem § 306 hem de § 307 kaldırılarak, yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre başlangıçtaki imkânsızlıkta sözleşme geçerlidir. Ancak imkânsız edimi taahhüt eden, imkânsızlığı bilerek ya da bilmesi gerektiği halde sözleşmenin kurulmasına sebep olmuşsa, uyarma ve aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle tazminat ödemekle yükümlüdür¹⁰⁰. Bu da alacaklının seçimine göre ya masrafların karşılanması ya da edim yerine geçen olumlu zararın tazminidir. Böylece anılan madde hükmü gereği, başlangıçtaki imkânsızlığa rağmen sözleşme geçerli kabul edilecek olup, alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı olumsuz zarar yerine olumlu zararı (*ifaya olan menfaatin*) da talep edebilmesi olanaklı hale gelmiştir¹⁰¹. Bu gelişmelerden esinlenen görüşe göre, Türk Hukuku bakımından da başlangıçtaki imkânsızlığın bundan böyle kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmaması gerektiğini veya hiç değilse BK.m.20’deki imkânsızlığın Avusturya Medeni Kanunu § 878’de olduğu gibi dar yorumlanarak (*sadece hukuki ve mantıki absürd imkânsızlıklara münhasır olarak*), madde hükmü dışında kalan diğer fiili imkânsızlıklar bakımından olumlu zararın da talep edilebilmesi sağlanması gerekir¹⁰². Bir diğer görüşe göre de, başlangıçtaki imkânsızlığa bağlanan kesin hükümsüzlüğün olumsuz etkilerinden kurtulmak için, borçlu tarafından ifanın açık ya da örtülü şekilde garanti edildiği durumlarda zarar gören, olumlu zararını garanti

OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 78; TOPUZ/CANPOLAT; **a.g.m.**, s. 683; BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 177-179; ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 156;234;242-244; REİSOĞLU; **a.g.e.**, s. 141; ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 233-234. Aynı yönde çeşitli Yargıtay kararları için bkz: Y. 11HD. T. 20.2.1990, E. 1988/9411, K.1990/1087 (YKD. S.8, 1990, s.1177). Y. 13HD. T.29.5.1984, E.1985/2594, K.1984/4113 (Corpus). Sözleşmenin imkânsızlığı nedeniyle yukarıda benzer yöndeki tazmin sorumluluğu Avusturya Medeni Kanununda § 878/c.3’de açıkça öngörülmüştür. Geniş bilgi için bkz: DITTRICH/TADES; **§ 873 ABGB**, E.10 vd.

¹⁰⁰ TOPUZ/CANPOLAT; **a.g.m.**, s. 706.

¹⁰¹ Söz konusu madde hükmü, alacaklıya bir seçim hakkı tanımaktadır. Alacaklı olumlu zararın tazmin edilmesi yerine, borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan masraflarını BGB § 284 uyarınca tazmin edilmesini de isteme hakkına sahiptir. ERGÜNE; **a.g.e.**, s.237, dn.314.

¹⁰² ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 237-238; SEROZAN; **İfa Engelleri**, § 14, Rn.3, 17; ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 244, dn. 39 ve özellikle s.166 vd.

sözleşmesi gereğince tazminat yoluyla isteyebilme imkânına kavuşmaktadır¹⁰³. Bir diğer görüşe göre de, başlangıçtaki objektif imkânsızlığa bağlanan butlan yaptırımı değiştirilmemelidir¹⁰⁴. Zira alacaklı culpa in contrahendo sorumluluk kuramı ile yeterince korunmaktadır.

b- Dar Anlamda Diğer İçerik Sakatlığı Sebepleri

Daha önce de belirttiğimiz üzere, BK.m.20/f.2'nin temelinde, kısmi hükümsüzlükten zarar görecektarafı koruma amacına yönelik etik bir ilke yatmaktadır¹⁰⁵. Geçerli bir sözleşme ya da sözleşmenin hükümlerinin varlığına güvenen taraf açısından, sözleşmenin geçersiz kalmasından dolayı söz konusu geçersizliği bilen ya da bilmesi gereken taraf açısından bir takım sonuçlar doğacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi ilk zamanlar, imkansızlık, ahlaka veya emredici hükümlere aykırılık gibi sebeplerle sözleşmenin bir kısmına ilişkin sakatlığı bilen ya da bilmesi gereken taraf açısından şartları gerçekleştiği takdirde BK.m.41 çerçevesinde haksız fiil sorumluluğunun doğduğu yönünde içtihat etmekteydi¹⁰⁶. Ancak daha sonraları Türk-İsviçre Hukuklarında da artık genel kabul gören görüş uyarınca ve Yargıtay kararlarında çoğu zaman açık bir şekilde, sakatlığı bilen ya da bilmesi gereken taraf açısından *-ihlal edilen norm farklı bir sorumluluk hali öngörmedikçe- culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin genel prensipler çerçevesinde olumsuz zararı tazmin etme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷. Buna göre, sözleşmedeki kısmi hükümsüzlük sebebi bilen veya

¹⁰³ SEROZAN; **İfa Engelleri**, § 14, Rn.16, s. 134; KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 257; 404; ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 244-245; 252-255; ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 238-239.

¹⁰⁴ HATEMİ, **Borçlar –Fasiküller**, s. 195. Yazar, alacaklının bildiği veya bilmesinin gerekli olduğu hallerde başlangıçtaki Subjektif imkânsızlığın da yaptırımının kesin hükümsüzlük olması gerektiğini savunmaktadır.

¹⁰⁵ BGE 80 II 327, 335; BGE 81 II 613, 622; BGE 107 II 417, 423; BGE 109 II 239, 244. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn.701, BECKMANN; **a.g.e.**, s. 107.

¹⁰⁶ BGE 36 II 193; 40 II 272.

¹⁰⁷ Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği gibi “sözleşme bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar, sözleşmenin içeriği, şartları, bir sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler ile ilgili olarak görüşmeler yaparlar. Bu görüşmeler sırasında tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmaları lazım”. Y.13HD. T.13.11.1995, E.1995/9375, K.1995/9860 (YKD. 1996, S.4, s.569-571). Benzer yönde bkz: Y. 19HD T.01.12.2005, E.2005/2865, K.2005/11959 (YKD.C.32, 2006, S.5, s.787).. Y.13HD. T.24.6.2002, E.2002/5380, K.2002/7636 (YKD. C:29, S.3, 2003, s.397-399. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 718, 950; ENGEL; **a.g.e.**, s. 207. HONSELL; **Art. 20 OR**, Rn.23. SCHWENZER; Rn. 32.47. MERZ; **a.g.e.**, s. 79. HATEMİ; **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 3; Ümit GEZDER; **Türk/İsviçre Hukukunda**

bilmesi gereken taraf, amaçlanan sözleşmenin sakat kısmının hüküm ifade edeceği yönünde karşı tarafta bir güven uyandırmışsa, bu güveni kusurlu olarak ihlal etmesinden ötürü sorumluluk altına girer. Buradaki tazminat sorumluluğu, culpa in contrahendo ilkesinin, yani sözleşme öncesi uyarma, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline dayanmaktadır. Açıkça görüleceği üzere, olumsuz zararı talep edebilmek için *iyiniyetli* yani sözleşmenin geçersizliğini bilmeme ya da bilmesi gerekmeme aranmaktadır. Geniş anlamda hukuka aykırılık halinde (*yani emredici hükümlere ve ahlaka aykırılık halinde*) hatırlanacağı üzere, tarafların «ortak amaç»ları da sözleşmenin içeriğine dahildir. Taraflar yaptıkları sözleşme ile ahlaka veya emredici hükümlere aykırı bir sonucu birlikte amaç edinmekte iseler veya en azından bir tarafın taşıdığı hukuka aykırı amacı diğer taraf biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, olumsuz zararın tazminini talep için aranan “iyiniyetli” olma şartı gerçekleşmeyecektir. Ancak zarar görenin sözleşmenin dar anlamdaki konusundaki hukuka aykırılığı bilmiyor ya da bilmesi gerekmediği durumlar da söz konusu olabilir. Bunun dışında, sözleşmenin ekonomik, sosyal ve fiziki konumları itibarıyla zayıf durumda olan kişileri koruyan hükümlere aykırılık halinde, bu düzenlemelerle korunmak istenen taraf, sözleşmenin geçersizliğinden ötürü diğer tarafın uğradığı olumsuz zarardan sorumlu tutulamaz; meğerki korunmak istenen taraf, sözleşmeyi geçersiz kılmak amacıyla koruma amacına sahip emredici hükümden haberdar olmayan diğer sözleşeni bu yönde hareket etmeye sevk etmiş olsun¹⁰⁸.

Alman Hukukunda ise, BGB §§ 134 ve 138 hükümlerinin yaptırımı olarak kesin hükümsüzlük öngörülmesine rağmen, bu maddelere aykırılık sebebiyle ileri sürülecek tazminat talepleri artık başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin (olumlu zararın tazminini mümkün kılan) BGB § 311a çerçevesinde belirlenmeyip; culpa in contrahendo’ya ilişkin genel hükümler çerçevesinde ortaya çıkacaktır (BGB § 240 Abs.2, 280)¹⁰⁹.

Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2009, s. 156. Culpa in Contrahendo sorumluluğunda olumlu zararın da tazmin edilip edilemeyeceği ile ilgili bilgi için ayrıca bkz: Mehmet Serkan ERGÜNE; “**Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini**”, Prof. Dr. Rona Serozan için Armağan, Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 909-927.

¹⁰⁸ ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 229.

¹⁰⁹ JAUERNIG; § 134, Rn.17; § 138, Rn. 27.

Sonuç itibariyle diyebiliriz ki; kısmi hükümsüzlük halinde de tarafların farazi iradesinden batıl sayılan kısım olmaksızın sözleşmeyi hiç yapmayacakları sonucuna varılıyorsa, sözleşmenin tamamı hükümsüz sayılacağından, iyiniyetli karşı tarafın güvenini ihlal eden karşı tarafın olumsuz zarardan sorumluluğu *culpa in contrahendo* esaslarına tabi olacaktır¹¹⁰. Bu hallerde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün kapsamına, iyiniyetli sözleşenin sözleşmenin geçerli olarak kurulması için yaptığı masraflar, fiili zararlar, sözleşmenin ifası için yapılan masraflar ve uğranılan diğer zararlar, yerine getirilen edim ve ondan elde edilecek faydalar, hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararlar, mahrum kalınan kâr, usuli işlemlere ilişkin masraflar ve üçüncü şahıslara ödenen tazminat ve cezai şartlar girmektedir¹¹¹. Ancak burada dikkat edilmelidir ki, taraflar arasındaki sözleşme esas itibariyle geçerli olduğundan, kısmi hükümsüzlükten dolayı zarara uğrayan iyiniyetli taraf, yalnızca sözleşmenin hükümsüz sayılan kısmı için fazladan yaptığı yukarıda saydığımız masrafların tazminini isteyebilecektir¹¹². Aynı şekilde, iyiniyetli sözleşenin sözleşmenin sakat kısmıyla birlikte geçerli olacağına duyduğu güven nedeniyle kaçırmış olduğu daha elverişli bir sözleşme fırsatı da kar mahrumiyetinin hesaplanmasında dikkate alınır.

3- Verilen Edimlerin Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri Çerçevesinde İade Edilmesi

a- Genel Olarak

Kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulandığı durumda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşı edimin yerine getirilmesi yükümlülüğü ortadan kalkar. Kesin hükümsüzlük sebebiyle baştan itibaren geçerli olarak kurulmamış olan bir sözleşmede taraflar kesin hükümsüzlüğün anlaşılmasından önce edimlerini ifa etmiş olabilirler. Şayet karşı taraf edimini daha önceden yerine getirmiş ise, bunun iadesini BK.m.61 gereğince sebepsiz zenginleşme hükümleri

¹¹⁰ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.178-179; ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 247

¹¹¹ Geniş bilgi için bkz: ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 287 vd.

¹¹² ERGÜNE; **a.g.e.**, s. 317.

çerçevesinde isteyebilir¹¹³. Ancak söz konusu madde hükmüne karşılık BK.m.62/f.1'in (*conditio indebiti*) özel bir kural getirdiğini de hatırlamak gereklidir. Buna göre, borçlunun borç olmayan şeyin şeyin ifası dolayısıyla sebepsiz zenginleşme davası açabilmesi için, ifanın ya gönül rızası ile yapılmamış olması ya da gönül rızası ile yapılmış olmasına rağmen ifada bulunanın hataen, yani kendisini borçlu sanarak-*causa solvendi*- bir ödemede bulunmuş olması gereklidir¹¹⁴.

Bunun dışında BK.m.20 anlamında hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan sözleşmeler bakımından hükümsüzlüğün anlaşılmasından sonra verilen şeylerin iadesi BK.m.62/f.1 dışında ayrıca BK.m.65 hükmü engeline takılabilecektir¹¹⁵. BK.m.65 hükmü, *hukuka ya da ahlaka aykırı bir amaç elde etmek için verilen bir şeyin iadesinin mümkün olmadığını* düzenlemektedir. Bu hükme göre örneğin, para veya bir başka menfaat karşılığı suç işlemeye, üçüncü bir kişiye hukuka veya ahlaka aykırı şekilde zarar vermeye yönelik sözleşmeler BK.m.20 anlamında kesin hükümsüz olurken, verilen şeylerin iadesi de BK.m.65 gereğince mümkün olmayacaktır¹¹⁶. BK.m.65 ve m.20 arasındaki bağlantı ile ilgili olarak bir görüşe göre, BK.m.65'deki iade engeli yalnızca BK.m.20 anlamında hukuka veya ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüz olan sözleşmeler uyarınca verilen şeyleri kapsamaktadır¹¹⁷. Bir başka görüşe göre de, sözleşmenin içeriğinin hukuka ya da

¹¹³ BAŞPINAR; **a.g.e.**, s. 177. ALTUNKAYA; **a.g.e.**, s. 238. TOPUZ/CANPOLAT; **a.g.m.**, s. 683. Sebepsiz zenginleşmenin genel şartları hakkında detaylı bilgi için bkz: OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 725 vd. Turgut ÖZ; **Sebepsiz Zenginleşme**, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 22 vd.

¹¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 751 vd. ÖZ; **a.g.e.**, s. 83 vd.

¹¹⁵ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 451; 543 vd.; ÖZ; **a.g.e.**, s. 112 vd.

¹¹⁶ Doktrinde BK.m.65 kuralının sınırlandırılmasına ve bu kapsamda her iki tarafın da hukuka veya ahlaka aykırı amaç taşıması halinde verenin cezalandırılmasına karşın, alanın ödüllendirilmesinin her zaman doğru ve hakkaniyetli olamayacağına ilişkin görüşler ve madde hükmünde *de lege feranda* değişiklik yapılmasına ilişkin çözüm önerileri getirilmiştir. Geniş bilgi için bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 309 vd. *Hatemi* de hükmün şu şekilde değiştirilmesini önermektedir: "*Hukuka veya ahlaka aykırı eylemler, eylemi yapan lehine herhangi bir şekilde hak doğumuna yol açmaz*". HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 616. Bir görüşe göre de; bu hallerde edimin hazineye veya bir hayır kurumuna geçmesi gerektiği önerilmiştir. OĞUZMAN/ÖZ; **a.g.e.**, s. 765. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP; **a.g.e.**, s. 739. ATEŞ; **a.g.e.**, s. 318. TBMM Adalet Komisyonu'nun 25.12.2008 karar tarihli ve 1/499 Esas numarası ile hazırladığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 81'inci madde hükmünde ise bu kural son görüşten etkilenilerek şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak açılan davada hakim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir*".

¹¹⁷ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 543-544. Yazar bu görüşünün gerekçesi olarak, BK.m.65 hükmünün yalnızca "veren" in saiklerini göz önünde tutarak iade talebinin engellemediğini ifade etmektedir. BK.m.65 hükmünde "konu" bakımından hukuka veya ahlaka

ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olmasına rağmen, kazandırmada bulunanın amacının her zaman hukuka veya ahlaka aykırı olmayacağı hallerin de bulunabileceği ve BK. m. 65 engeline takılmadan iade talep edilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁸. Çalışma konumuzun kapsamı gereği bu konuya detaylı şekilde yer verememekle beraber, konumuzu ilgilendiren sorulara cevaplar bulmaya çalışmak faydalı olacaktır. Bu anlamda kısmi hükümsüzlük durumunda BK.m.62 ve 65 hükmünün işlevleri üzerinde durmakta fayda vardır. *Ateş*'e göre, kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı bir meselede BK.m.65 hükmü uygulanmaz¹¹⁹. Yazar bu görüşünün gerekçesi olarak kısmi hükümsüzlüğün taraflara ait amaçların genel ahlaka aykırı olduğu durumlarda değil de, edimlerin ve taahhütlerin ahlaka aykırı olduğu durumlarda uygulanacağını ifade etmiştir. Oysaki BK.m.65 kuralı taraflara ait amaçlarda ahlaka aykırılık olduğu durumlarda ortaya çıkan bir iade engelidir. Yazar makalesinin devamında *değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* ve özellikle TTK.m.1466 gereğince nicel edimlerde indirim yapılmasının ardından, indirim yapılan kısmın iadesinde BK.m.65 hükmündeki engel ile karşılaşp karşılamayacağına ilişkin olarak farklı bir gerekçe ileri sürmektedir. Şöyle ki, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin olumsuz cevabını “taraflara ait ortak amaçların ahlaka aykırı” olamayacağı gerekçesi ile verirken, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğe ilişkin olumsuz yöndeki kanaatinin gerekçesini indirilen kısımların aslında geçerli oldukları ve butlanın ileri sürüldüğü andan önce ifa edildikleri için iadeye konu edilemeyeceği şeklinde ifade etmiştir¹²⁰. Öncelikle genel olarak kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulandığı durumlarda BK.m.65'in uygulanamayacağı fikrine katılmıyoruz. Zira BK.m.20/f.2 hükmü sözleşmenin içeriğinin bir kısmına ilişkin sakatlık halinde uygulama alanı bulur.

aykırılıktan bahsedilmesi gereksiz bir tekrardan ibaret olacaktır. Y.2.HD. T.7.7.1949, E.2771, K.1858 (ÖZ; *a.g.e.*, s. 113, dn.118a).

¹¹⁸ ÖZ; *a.g.e.*, s. 114. Bu konuda doktrinde; bir kimsenin tapuda dairesinde zaten hakkı olan bir sonuca ulaşmak için rüşvet vermesi halinde, rüşvet anlaşmasının BK.m.20 anlamında hükümsüz olmasına rağmen, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebine BK.m.65'in engel teşkil etmemesi olayı örnek verilmektedir. Örnekler için bkz: OĞUZMAN/ÖZ; *a.g.e.*, s. 766. ATEŞ; *a.g.e.*, s. 323.

¹¹⁹ Derya ATEŞ; “**BK.m.65 Kuralı: Özel Olarak Genel Ahlaka Aykırı Amaçla Verilenlerin İade Edilememesi**”, Prof.Dr. Turgut AKINTÜRK'e Armağan, Beta, 2008, s. 601; ATEŞ; *a.g.e.*, s. 280 vd.

¹²⁰ ATEŞ; *a.g.m.*, s. 602.

Sözleşmenin içeriği kavramına ise, tarafların edimleri, şartlar, tali unsurlar ve tarafların dolaylı ve doğrudan amaçları girer.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile ilgili meseleye ilişkin olarak ise, biz TTK.m.1466 gereği gerçekleşen indirim yaptırımının BK.m.20/f.2'den kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisi ile uygulanacağını düşünmemekteyiz. Buna karşılık, kanunda üst sınırının belli edilmediği aşırı bedelli sözleşmelerde daha önce de ifade ettiğimiz üzere, *-tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak-* değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük çerçevesinde geçerliliği koruyan indirim uygulanabilir. Böyle bir durumda sözleşmenin, BK. m.20/f.2 c.2 gereği tarafların aksi yöndeki farazi iradeleri dikkate alınarak tam hükümsüz sayılması halinde, verilen şeylerin iade talebi BK.m.65 engeli ile karşılaşmayacağı kabul edilmektedir¹²¹. Zira BK.m.20/f.2 c.2 uyarınca ortaya çıkan tam hükümsüzlük, BK.m.20/f.1 uyarınca doğrudan ortaya çıkan kesin hükümsüzlük ile eşdeğerde olmayıp, kanunun tarafların ferdi iradelerine verdiği önemden kaynaklanmaktadır. Gerçekten kanaatimizce de farazi iradesinden sözleşmenin geçersiz olmasını arzu ettiği anlaşılan «veren», kendi edimini ifa ederek karşı tarafı edimini yerine getirmeye kışkırtmış ise, karşı taraf edimini yerine getirmediği taktirde bunu sebepsiz zenginleşme istemiyle sağlayamaz. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teorisine göre, aşırı bedele ilişkin kayıt tamamen geçersiz olacak ve hakim tarafların farazi iradelerini de dikkate alarak sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde bulunacak ve bedeli uygun bir seviye üzerinden tekrar ikame edecektir. Bu durumda teorik olarak aslında kaydın tamamı BK.m.20/f.2 gereği kısmi *kesin* hükümsüzlük yaptırımına uğramış durumdadır. Bu nedenle *Ateş*'in ifade ettiği *“butlanın ileri sürülmesinden önce”* ifa edilen kısımların geçerli olduğu ve bu nedenle de BK.m.65'in uygulama alanına sahip olmayacağı iddiasına katılmamız mümkün değildir.

BK.m.65 kuralının uygulanmasında dikkate alınacak kesin hükümsüzlük ise ihlal edilen normun anlam ve amacından doğrudan ortaya çıktığı veya ahlaka aykırılığın doğrudan kesin hükümsüzlük sonucunu doğurduğu hallerden kaynaklanan hükümsüzlüktür¹²². Bu noktada *Hatemi*, veren yönünden amacın hukuka ya da

¹²¹ HATEMİ; *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 574.

¹²² OĞUZMAN/ÖZ; *a.g.e.*, s. 766.; HATEMİ; *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 575.

ahlaka aykırı olmasının ötesinde ayrıca – *BK.m.20'de öngörüldüğünün aksine*¹²³ - verenin hukuka veya ahlaka aykırılık bilincini taşımasını da aramaktadır. Yazar bu çözümü, BK.m.65 hükmünün cezai karakteri ile bağdaştırma eğilimindedir¹²⁴.

Taraflardan birinin aşırı süre yönünden ekonomik özgürlüğünü tehlikeye atan ve aşırı bağlılık yaratan bir sözleşme düşünelim. Kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı bu sözleşme bakımından, mahkeme tarafından caiz sınırın en fazla yirmi yıl olabileceği sonucuna varılmış, buna karşı geçersizlik yirmi ikinci yılın sonunda ileri sürülmüşse, son iki yılda karşılıklı olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesi istenebilecek midir? Doktrinde farklı gerekçelerle bu soruya olumsuz cevap verilmektedir. Bir görüşe göre, son iki yılda taraflar arasında fiili bir borç ilişkisi meydana gelmiş olması nedeniyle verilen edimlerin iadesi istenemeyecektir¹²⁵. Bir görüşe göre de bu sonuca sürekli borç ilişkilerinde geçersizliğin geriye yürümemesi ilkesinden hareketle ulaşılabilir¹²⁶.

Son olarak, tarafların geçersiz bir sözleşme içerisinde yer verdikleri yetki ya da tahkim şartının, sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmeyerek sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerinin görüleceği yetkili mahkemelerin tespitinde dikkate alınacağını belirtmekte fayda vardır. Gerçekten de taraflar aralarında çıkacak ihtilafların mahkemelerde değil de hakemler tarafından çözüme bağlanması konusunda anlaşmış olabilirler. Taraflar tahkim şartı gibi aynı zamanda ihtilaf halinde hangi mahkemelerin yetkili olacağını hususunda da (*yetki şartı*) bir hükmü sözleşmeye koymuş olabilirler. Bu gibi hallerde, sözleşme tümü ile geçersiz kalsa dahi, bu kayıtlar prensip itibariyle geçerliliklerini korurlar. Zira tahkim kayıtları geçersiz bir sözleşme içerisinde yer alsaydı bağımsız niteliğe sahiptirler¹²⁷. Bu

¹²³ Hatırlanacağı üzere, bir sözleşmenin BK.m.20 uyarınca kesin hükümsüz olması için taraflarda hukuka veya ahlaka aykırılık bilinci aranmamaktadır. Bkz.yuk: s. 24. Ayrıca bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.146 vd.

¹²⁴ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 585 vd., 591, 589, dn.2.

¹²⁵ THÉVENAZ; **a.g.e.**, s. 123.

¹²⁶ ROUILLER; **a.g.e.**, s. 188-189; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, 576.

¹²⁷ HUGUENIN; **Art. 19/20 OR**, Rn. 69. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 701. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s.70. KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 336. BGE 41 II 537; 71 II 116; 59 I 179.

şekilde sözleşmenin geçerliliğinin tespitinde, geçersiz ise verilenin geri alınmasına ilişkin davalar bakımından fonksiyonlarını icra etmeye devam ederler¹²⁸.

Sebepsiz zenginleşmenin varlığı halinde ise, zenginleşmeye yol açan fazlalığın iadesi gerekir. İadenin kapsamının nasıl belirleneceği meselesi ise farklı bir çalışma konusu olup, burada yer vermek imkânı bulunmamaktadır¹²⁹.

b- Düşey Kısmi Hükümsüzlükte İade

Düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı durumlarda özellikle de aşırı bedelli sözleşmeler bakımından verilen edimin iadesi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler çerçevesinde ne şekilde gündeme gelecektir? Aşırı bedelli sözleşmelerde bedelin caiz sınıra indirilmesinde düşey kısmi hükümsüzlük ve değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulamak, bedelin iadesi çerçevesinde farklı sonuçlar ortaya çıkmasını sağlar mı? Aşırı bedelin caiz sınıra indirilmesinden sonra fazla ödenen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesi mümkün müdür? Ayrıca aşırı bedelin caiz sınıra indirilmesinden sonra iade talebinin BK.m.65 engeli ile karşılaşacağı söylenebilir mi?

TTK.m.1466 hükmü daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanma şartlarını gösteren genel bir kuralın ifadesidir. Madde hükmünün Ticaret Kanunu hükümleri arasında yer alması, adi işler bakımından uygulanabilirliği noktasında tereddüt uyandırsa da, kanunda üst sınırın bulunduğu veya doğrudan indirimin öngörüldüğü hallerde uygulanmasını engellemek için haklı bir sebep bulmak güçtür.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bedeli belirlemeye yarayan emredici nitelikte hükümlere pozitif hukukumuzda rastlamak zor olmakla beraber imkânsız değildir. Örneğin Avukatlık Kanunu m.164/f.2'ye göre; “*Yüzde 25’i aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir*”. Bunun gibi, bedeli tayin eden hükmün amacı ve anlamından emredici nitelikte olduğunun veya aşırı bedelin ahlaka aykırı olduğunun

¹²⁸ KRAMER; **Art. 19/20 OR**, Rn. 336. HÜRLIMANN; **a.g.e.**, s. 70. GAUCH/SCHLUEP; **OR AT**, Rn. 701. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **Borçlar Hukuku**, s. 600. Bu kural esasen 21.06.2001 tarih ve 1686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/f.4’de benimsenmiştir.

¹²⁹ Detaylı bilgi için bkz: İlhan ULUSAN; **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, Kazancı, İstanbul, 1984, s. 57 vd.

tespit edilmesi halinde, «veren»in amacının hukuka veya ahlaka aykırı olduğu tespit edilemiyorsa eğer, BK.m.65 kuralını bertaraf etmek gerekecektir. Doktrinde TTK.m.1466 hükmünün kanunda üst sınırın belli edildiği bütün durumlarda genel ilke olarak uygulandığı vakit, sözleşme kesin hükümsüz sayılmayacağı için BK.m.65 ve TTK.m.1466'in lafzı gereği BK. m. 62 uygulama alanı bulmayacaktır¹³⁰. Bu görüş gereğince, TTK.m.1466'nın genel ilke olarak uygulandığı hallerde, *conditio indebiti* şartları veya BK.m.65 uyarınca verenin amacının hukuka veya ahlaka aykırı olup olmadığı araştırılmaksızın verilen şey iade edilebilecektir. TTK.m.1466'nın uygulanmadığı hallerde ise; verilen edimin aşırı kısmının geri istenebilmesi için, BK.m.65 engeli ile karşılaşılmayacağı kabul edilse dahi bu sefer genel kural olarak *conditio indebitinin* şartlarını yani “hataen ödeme” veya “serbest irade ile ödememe” şartlarını aramak gerekecektir¹³¹. Ancak kanaatimizce bu durum dahi söz konusu edimi *bilerek* ifa eden kimse açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek boyuttadır. Esasında fahiş cezai şart, kira bedeli, yüksek faiz «veren»in amacının ahlaka veya hukuka aykırı olmadığı göz önüne alındığında, iade talepleri bakımından BK.m.65 engelini bertaraf etmek gerekecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1954 tarihli bir kararına konu olan olayda, tarafların kira sözleşmesinde kararlaştırdıkları kira artış oranının, cevaz verilen sınırı yaklaşık %20 oranında aştığını kabul ederek bu kaydı emredici hükümlere aykırılığı nedeniyle geçersiz kabul etmiştir. Mahkeme daha sonra kiracının borç olmayan şeyin bilmeyerek ödendiği yönündeki talebini kabul ederek, fazla ödenen kira bedelinin iadesine karar vermiştir. Mahkemenin ihlal edilen faiz hükümlerinin anlam ve amacından, iade talebi bakımından OR Art.63'deki şartları araştırmaksızın verdiği bu kararda, ifanın ahlaka ve hukuka aykırı amaç ile yapıp yapılmadığı (OR Art.66) yönünde herhangi bir araştırma yapılmamıştır¹³². Ancak 1972 tarihli Federal Konsey Kararı'ndan (BMM) sonra, kira artış oranları ve depozito gibi bedele ilişkin belirgin sınırlar getirilmesinden sonra, Mahkemenin 1984 tarihinde verdiği bir kararında, meselenin özüne yeteri kadar inememesine rağmen, kiracının fazla ödediği kira

¹³⁰ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 570.

¹³¹ HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 582.

¹³² BGE 85 IV 101. GIGER; **a.g.e.**, s. 29.

bedelinin BK.m.62 ve 65 hükümlerinde aranan şartlar aranmaksızın iade edilmesine karar vermiştir¹³³.

Federal Mahkeme'nin 31.05.2002 tarihli kararına¹³⁴ konu olan olayda, taraflar 01.07.2002 tarihinde 10 yıllık kira sözleşmesi yapmışlardır. Yıllık kira bedeli olarak 200.000 CHF kararlaştırmışlardır. İlki 01.09.2002 ve sonuncusu da 01.06.2007 tarihinde olmak üzere her yıl 10.000-CHF artış yapılacağını kararlaştırırlar. 01.06.2007 tarihinden itibaren de kira artışında %100 endeks uygulanacağını kararlaştırırlar. (Federal Daire'nin İstatistik Bürosunun açıkladığı Tüketici Fiyatlarına uygulanan endeks oranları: Mayıs 2000= 100; Nisan 2002=102.3; Nisan 2007= 106.6 şeklinde açıklanmıştır). İlk 5 yıl tarafların kararlaştırdığı gibi her yıl aylık 10.000 CHF artış yapılmış olup, 5 yılın sonunda 01.11.2006 tarihinde ulaşılan kira bedeli 290.000 CHF olmuştur. Tarafların fiiks bir meblağ belirleyerek bu meblağ üzerinden kademeli bir biçimde birbirini takip eden her yıl için artış yapılacağını kararlaştırmaları Art. 269c OR hükmüne göre geçersizdir. Madde hükmüne göre taraflar yalnızca bir yıl için böyle bir fiiks meblağa yer verebilirler. Bu şekilde bir kararlaştırılan kademelenme kaydını (Staffelungsklausel) içeren kira sözleşmesinin tamamı değil, yalnızca söz konusu kayıt geçersizdir. Kira bedelinin endekslediği süre endeksteeki değişim ile uyarlanması gerekirken somut olayda kira bedeli önce kademelenme biçimi ile belirlenmiş olup, son kademedede sözleşmenin akdedildiği tarihteki endeks esas alınarak artış yapılması kararlaştırılmıştır (%100). Burada da endeksleme ile kademelenme arasındaki uyumsuzluk nedeniyle endeksleme kaydı geçersiz olacaktır. OR Art. 270d hükmünde kiracı kademe esasına göre belirlenmiş başlangıçtaki kira bedelini kısmen iptal etme hakkına sahip değildir. Art.270 gereğince kiracıya kira sözleşmesini kiralananı teslim aldığı andan itibaren iptal etmesi gerektiği şeklinde bir itiraz yöneltilebilmeli midir? 5 Mart 1997 tarihli Federal

¹³³ BGE 110 II 497. GIGER; a.g.e., s. 40. Kiracının kira artış dönemlerinde formuler düzenleme zorunluluğuna karşılık kendisinin ileride şekle aykırılığı ileri sürerek fazla ödediği kira bedelini iade talebi hakkın kötüye kullanılması yoluyla engellenebilmektedir: Manuel ARROYO; “**Absolut Nichtigkeit von nicht auf dem amtlichen Formular erfolgten Mietzinserhöhungen; Verwirkung des entstprechenden Rückforderungsrechts bei Rechtsmissbrauch**”, ZBJV, Band 141, 2005, s. 623 vd.

¹³⁴ Ayrıntılar için bkz: Silvia EGGENSCHWILER SUPPAN; “**Folgen von ungültigen Staffel- und Indexmieten, insbesondere der gültigen Kombination einer Staffel- und Indexmiete**”, Jusletter, 05.11.2007, s. 1-4.

Mahkeme kararına¹³⁵ göre; Art.270b gereğince kiracı aracı kuruma kira artışını öğrendiği günden itibaren 30 gün içerisinde başvurmalı ve sözleşme iptal edilmeliydi. Ancak 2002 yılında verdiği kararda Mahkeme sorunu şu şekilde çözümlenmiştir: Söz konusu davada husumet kademe kaydının geçersiz kalıp kalmayacağı noktasında ortaya çıkmamaktadır. Asıl mesele, kiracının kira bedelinde bir indirimden (mietzinsreduktion) yararlanıp yararlanamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Somut olayda kiracı ilk 5 yıl boyunca kademe kaydına göre yapılacak artışı kabullenmiş durumdadır. 5 yıldan sonra kademe kaydının geçersizliğini ileri sürerek fazla ödenen meblağın iadesini talep etmesi açıkça çelişkili ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Burada merak edilen husus, kiracının kira sözleşmesinin akdedildiği andan itibaren ilk altı ayda geçersizliği ileri sürmüş olsa idi dahi hakkın kötüye kullanılması sorunu gündeme gelecek miydi? Bu halde kendisine hakkın kötüye kullanılması itirazında bulunulamayacaktı ve açacağı bir tespit davası ile kira bedelinin tespitini isteyebilecekti ancak iade talebi açısından OR Art. 66'daki 1 yıllık süre geçerli olacaktı. Özetle, kiracı kira sözleşmesinin akdinden itibaren 1 yıl içerisinde geçersizliği ve iade talebini ileri sürmelidir. İade talebinin olumlu sonuçlanması için ise OR Art 63 Abs.'e göre geçersizliği bilmeyerek hataen ödeme yaptığını ispatlaması gerekmektedir.

Yargıtay'ın oldukça eski tarihli kararlarında gerek kira sözleşmeleri bakımından fazla ödenen bedelin iadesi ile ilgili olarak¹³⁶, gerekse ödünç sözleşmelerinde ivaz olarak kararlaştırılan faiz oranı uyarınca fahiş nitelikte ödenen faizin iade talepleri bakımından nerdeyse yerleşik bir şekilde BK.m.62 uyarınca «conditio indebiti»nin şartlarını aramaksızın iadenin mümkün olduğuna karar verildiği görülmektedir¹³⁷.

Düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanacağını kabul ettiğimiz BK.m.406 hükmü bakımından ise, İsviçre Hukuk doktrininde tellalık faaliyetine bağlı bir işin bedeline ilişkin belli bir tarifenin bulunması halinde ücretin, o faaliyetin bedeline ilişkin

¹³⁵ BGE 124 III 59.

¹³⁶ YHGK, T.15.9.1954, E.3/102, K.104, YHGK T. 30.12.1970, E. 967/4-77, K. 776. Bu kararlar ve aksi yöndeki Ticaret Dairesi kararları için bkz: HATEMİ, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 570, dn.20.

¹³⁷ Kararlardan örnekler için bkz: HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s.570, dn.20.

tarifede yer alan en üst sınıra indirileceği kabul edilmektedir¹³⁸. Böyle bir tarifenin olmadığı halde ise, indirim o faaliyet için adet olan miktara indirilecektir. Bu tarifenin sınırları içerisinde kalan bir miktarın indirilmesi kesin olarak reddedilmektedir¹³⁹. Borçlu tarafından iradi olarak ödenmiş olan ücretin indirilmesinin talep edilmeyeceği kabul edilmektedir¹⁴⁰. Dolayısıyla bu hüküm bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade sorunu ile karşılaşılacaktır. Ancak bu mesele bakımından da bazı çekincelerimiz bulunmaktadır. Şöyle ki, hayatın normal akışı içerisinde bir işin yapılmasına aracılık eden tellala ücret, aracılık faaliyeti sonuç vermeden ve kısmen ödenmiş olabilir. Bu taktirde, aslında fahiş olan ancak ödediği kısım için indirim hakkından feragat etmiş sayıldığı için bu hakkını kullanamayan borçlu açısından hakkaniyetli bir sonuç olmayacaktır. Kanaatimizce cezai şartta kabul edilen prensip burada da kabul edilmeli ve ücreti önceden ödeyen borçlu peşinen indirim hakkından vazgeçmiş sayılmamalıdır. Nitekim hatırlanacağı üzere, cezai şart bakımından doktrindeki hakim görüşün aksine, borçlunun ödeme yaptıktan sonra indirimi talep edebileceğini kabul ettiğimiz için¹⁴¹, burada düşey kısmi hükümsüzlüğe ilişkin genel kural olan TTK.m.1466 hükmü çerçevesinde BK.m.62'deki şartlar aranmaksızın fazla ödenen kısmın iadesi söz konusu olabilecektir.

Düşey kısmi hükümsüzlük gereği indirim yaptırımı kanaatimizce kanunda üst sınırın tayin edildiği veya ihlal edilen normun anlam ve amacından bu sonucun ortaya çıktığı bütün durumlarda TTK.m.1466 hükmü kıyasen uygulanmalıdır ve bu hallerde BK.m.20/f.2 c.2 dikkate alınmayarak, verilen edimler BK.m.62 uyarınca *conditio indebiti*nin şartları aranmaksızın (bilmeden veya yanılarak ödeme) iade edilmelidir. Kanaatimce, düşey kısmi hükümsüzlükte iade konusunda BK.m.62 hükmünün uygulanmaması, sözleşmenin zayıf tarafını koruyan hükümler bakımından hem yasal bir zorunluluktur (TTK.m.1466), hem de isabetli bir yaklaşımdır. Genel itibariyle, bedele ilişkin hükümlere baktığımızda (*avukatlık, hekimlik gibi mesleklerdeki ücret tarifeleri, tüketicilerin taraf olduğu bazı satım*

¹³⁸ HONSELL; Art. 417 OR, Rn. 5.

¹³⁹ HONSELL; Art. 417 OR, Rn. 3.

¹⁴⁰ YAVUZ; a.g.e., s. 711.

¹⁴¹ Bkz. yuk: III. Bölüm, s. 206 vd.

sözleşmelerindeki tarifeler, kiraya ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemeler) sözleşmenin ekonomik veya sosyal konum itibariyle zayıf olan tarafını koruma amacı ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, hayatın doğal akışı içerisinde bir şekilde aşırı bedel ile sözleşme ilişkisine girmiş olan tarafın BK.m.65 anlamında ahlaka veya hukuka aykırı bir amaç ile aşırı bedeli ödeme ihtimali son derece zayıftır. Bundan dolayı, BK.m.65 hükmünün kanunda açıkça istisna tutulmadığı sürece, aşırı bedelli sözleşmeler bakımından uygulanmayacağını söylemek isabetli olmaz. Zira kanunda öngörülme-yen bir istisnanın, yorum yolu ile getirilmeye çalışılması, olsa olsa MK.m.2/f.2 yolu ile düzeltilmesi gereken bir normun varlığını kabul etmekle mümkündür. Ancak TTK.m.1466 hükmünü düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında genel kuralın ifadesi olarak kabul ettiğimizde, madde hükmünde böyle bir örtülü boşluğun olmadığını görmekteyiz. O halde BK.m.65 hükmünün aşırı bedelli sözleşmeler bakımından uygulanacağı kabul edilirse dahi, bu kural MK.m.2 gereği sınırlanarak uygulanmalıdır¹⁴².

Alman Hukukunda uygulamada ahlaka aykırı şekilde yüksek faiz kararlaştırılan ödünç sözleşmelerine indirim yaptırımının uygulanması reddeden bazı kararlara rastlamak mümkündür¹⁴³. Ancak doktrinde, Alman Hukukunda bazı özel hükümler ile ahlaka aykırı sayılmayacak nitelikteki aşırı nicel kayıtlar bakımından “*aşırılık yasağı*” (*Übermaß Verbot*) konulmak istendiği ve bu şekilde BGB § 138’in «veren»i cezalandırıcı sonuçları (sebepsiz zenginleşme ve tam hükümsüzlük gibi) bertaraf edilmek istendiği ileri sürülmüştür¹⁴⁴. Örneğin uygulamada ödünç sözleşmeleri bakımından aşırı faiz kararlaştırılması halinde, sözleşmedeki aşırı faiz kaydının BGB § 138’e aykırı olması nedeniyle tamamen hükümsüz olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁵. Ancak böyle bir halde dahi, tam hükümsüzlüğün olumsuz etkilerini sınırlandırmak amacıyla bazı çözümler önerilmiştir. Tam hükümsüzlüğün sonucu olarak ödünç alan kimse, vade dolmadan faiz ödemeyecek, geçersiz bir sözleşmeye dayanarak daha önce ödemiş olduğu faizlerin de BGB § 812’ye göre iadesini talep edebilecektir.

¹⁴² ABEGG; **a.g.e.**, s. 229; BGE 76 II 346 (1950), s.350. AKYOL; **Dürüstlük Kuralı**, s. 114. Ayrıca bkz: ATEŞ; **a.g.e.**, s. 335; Benzer çözüm başlık parasında iade bakımından da benimsenmektedir: HATEMİ; **a.g.e.**, s. 315 vd.

¹⁴³ RGZ 161, 52; BGH NJW 1962, 1148; 1983, 1420 (1422 vd.).

¹⁴⁴ ROTH; **a.g.m.**, s. 417-418. DAMM; **a.g.m.**, s. 913.

¹⁴⁵ BGHZ 44, 158, 162= JZ 1966; BGHZ 68, 204, 207=JZ 1977; BGH NJW 1993, 2108; BGH NJW 1995, 1152, 1153.

Ödünç veren de mahrum kaldığı ödünç verdiği tutarın kendisine hemen iade edilmesini isteyemez. Böyle bir etki, ahlaka aykırı edimi bilerek ifa ettiği kabul edilen ödünç veren bakımından BGB § 817 Abs.2 hükmü tarafından engellenecektir¹⁴⁶. Ödünç veren için karışma gibi sebeplerle BGB § 818 Abs.2'ye dayanarak kullanmanın gerçek değerini isteme imkânı da kapanmış olmaktadır. Bu nedenle o, ödünç sözleşmesi süresinin sonuna kadar ödünç alana faizsiz olarak paranın kullanımını bırakmak zorundadır¹⁴⁷. Benzer bir çözüm İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir¹⁴⁸.

Kira sözleşmeleri bakımından ise ödünç sözleşmesinin aksine, aşırı yüksek belirlenen kira artış oranının veya bedelinin uygun sınıra indirileceği ve sözleşmenin tamamen hükümsüz olmaması gerektiği nerdeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir¹⁴⁹. Bu anlamda Alman Hukukunda farklı gerekçelerle de olsa genel olarak, yüksek faiz borcunu ifa eden kimsenin sebepsiz zenginleşmeden doğan iade taleplerinin korunması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁰. Burada kira sözleşmelerine göre, ödünç sözleşmeleri bakımından tam hükümsüzlük gibi farklı bir çözüm benimsenmesinin sebebi, kiracının sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ödediği bedellerin tamamını geri almasının, yıllarca kira ödemeksizin kiralananı kullanması anlamına geleceği için böyle bir çözümün meselenin özüne uygun olmamasıdır¹⁵¹. Bu nedenle kiracının tam hükümsüzlüğe dayanabilme imkânı sağlanmamaktadır¹⁵².

¹⁴⁶ Roma hukukunun etkisi ile düzenlenen bu hüküm, her iki tarafın da ahlaka aykırı olarak ifa ettikleri edimleri iadeye tabi tutmaktadır. Dolayısıyla madde hükmünün ikinci cümlesinin doktrinde ve uygulamada “dar yorumlandığı” görülmektedir. ROTH; **a.g.m.**, s. 413. BGHZ 50, 90, 92= JZ 1968, 431; BGH NJW 1983, 1420, 1423; BGH NJW 1989, 3217. CAHN; **a.g.m.**, s. 11.

¹⁴⁷ CAHN; **a.g.m.**, s. 12.

¹⁴⁸ BGE 102 II 401.

¹⁴⁹ Aşırı bedelli sözleşmeler bakımından indirim yaptırımı ile ilgili açıklamalarımız için bkz: yuk.s. 197 vd.

¹⁵⁰ *Zimmermann* ortak hukuk ve Roma Hukukunda temellerini bulan böyle bir korumaya tarihi yorum metodu ile ulaşmakta olup (ZIMMERMANN; **a.g.e.**, s. 156) , bir kısım yazarlar BGB § 817 Abs. 2'nin cezalandırma amacının yanında koruma amacını da içeren *ratio legis*ine uygun sınırlandırılmasından ulaşmaktadırlar (CANARIS; **a.g.m.**, s. 512-515, CAHN; **a.g.m.**, s. 12).

¹⁵¹ CAHN; **a.g.m.**, s. 13.

¹⁵² SAUER; **a.g.e.**, s. 111 vd; CANARIS; **a.g.m.**, s. 512 vd.

SONUÇ

Türk Hukuk doktrinindeki hakim görüş tarafından, kısmi hükümsüzlüğün türlerinin genellikle sözleşmenin yalnızca sakat kısmının geçersiz olmasını ifade eden *basit kısmi hükümsüzlük*; geçersiz kaydın yerine geçerli kaydın ikame edilmesini ifade eden *değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* ve de bir kaydın geçersizliğinin geçerli olan diğer bazı kayıtların da geçersizliğini sağladığı durumlarda *genişletilmiş kısmi hükümsüzlük* olmak üzere üç grupta incelenmiştir. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, teorik olarak sözleşmedeki münferit anlaşmanın bölünmeksizin tamamen geçersiz kalacağı ve yerine geçerli hükmün ikame edileceği esasına dayanmaktadır. Bu anlamda kısmi hükümsüzlük, sözleşmede yer alan münferit bir anlaşmanın kendi içerisinde bölünme kabul etmeksizin geçersiz olmasını ve yerine geçerli bir anlaşmanın ikame edilmesi suretiyle uygulanmaktadır. Genişletilmiş kısmi hükümsüzlük ise, sözleşmenin bir kısmındaki geçersizliğin sözleşmenin geçerli olan diğer kısımlarını geçersiz bırakması halidir. Bu hükümsüzlük türünde, geçersiz hüküm geçerli başka hükümlerin geçersizliğine yol açması, tıpkı değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte olduğu gibi tarafların farazi iradeleri ile mümkün olduğu için, genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğü değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak ele almayı uygun gördük.

Sözleşmenin bölünebilirliği kısmında açıkladığımız üzere, ihlal edilen normun anlam ve amacının, sözleşmenin nicel kısımları bakımından bölünebilirliği sonucunu ortaya çıkarması ile birlikte, bu kısımlar bakımından uygulanacak yaptırımın da **düşey kısmi hükümsüzlük** olacağını düşünmekteyiz. Kanunda üst sınırın belli edildiği tüm durumlarda veya ihlal edilen normun anlam ve amacı gereği, kısmi hükümsüzlüğün uygulanmasında; tarafların farazi iradeleri dikkate alınmadan doğrudan tam hükümsüzlüğün uygulanabileceği haller ile doğrudan yasal sınıra indirim yaptırımın uygulanacağı hallerin tespitinin iyi yapılması gerekmektedir. Nitekim “ahlaka aykırılık” başlığı altında bahsettiğimiz üzere, kanun düzenlemelerinin temelinde çoğu zaman hukuka aykırı işlemler karşısında korunmaya muhtaç tarafın menfaatlerini korumaya yönelik etik değerlendirmeler indirimi öngören özel hükümlerin varlığına da sebep olmaktadır. İşte, ahlaka aykırı

şekilde sözleşmenin diğer tarafının sömürülmesini engellemek veya ekonomik kamu düzeninin korunmasını sağlayan hükümlerde öngörülen “üst sınır”ların aşılması halinde, tarafların farazi iradelerini dikkate almaksızın ve BK.m.20/f.2’den bağımsız olarak ortaya çıkan bir “*düşey kısmi hükümsüzlük*” türünün bulunduğunu kabul ediyoruz.

Kanundaki üst/alt sınırın aşıldığı durumda hakimin sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde bulunmasını beklemek tarafların üst sınırı aşarak ortaya koydukları iradeyi (*Maximalabrede*) ve üst/alt sınır hükümlerinin anlamını bertaraf etmek anlamına gelecektir. Oysaki kanundaki üst sınırın aşıldığı bir durumda hakim öncelikle indirim yaptırımını uygulayacak ve sözleşmeyi yasal sınır üzerinden geçerli kılacaktır. Daha sonra ise bu sınırın taraflardan biri açısından ahlaka veya kişilik haklarına (BK. m.20/f.1) aykırılık teşkil edip etmediğini re’sen denetleyecektir. Somut olayda sözleşmedeki yasal sınırın uygulanmasını ahlaka veya kişilik haklarına aykırı bulması halinde, bu sefer değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramı çerçevesinde sözleşme boşluğunu uygun bir içerikle düzeltecektir ya da ortak farazi iradelere göre (BK.m.20/ f.2 c.2) tam hükümsüzlük sonucuna varacaktır.

Kanunda üst sınır öngörülen hallerin tamamı için, sözleşmenin zayıf tarafını veya kamu düzenini koruma amacının bulunduğu söylenebilir. Örneğin paylaşmayı isteme hakkının 10 yıldan fazla süre ile sınırlandırılmayacağına ilişkin MK.m.698/f.2 hükmünde kanunun üst sınır tayin etmesinin amacı, paylı mülkiyetin kendine özgü yapısını, bu yapıda tarafların uzun süreli paylaşmayı isteme hakkını sınırlandırmaları sonucu meydana getirecekleri değişikliğe karşı korumaktır. Ancak madde hükmünün temelinde yatan kamu düzenini koruma amacı nedeniyle, bu halde de üst sınıra indirim yaptırımının uygulanmasını kabul etmekteyiz. Ayrıca, indirim müeyyidesinin aşırı meblağ ya da aşırı süreleri kapsayan geniş bir açıdan ele alınması ve her sorunun dağınık ve münferit olarak çözümüne gidilmemesi nazari bakımdan daha yerinde bir tutum olacaktır.

Bununla beraber, kanunda açıkça öngörülen veya ihlal edilen normun anlam ve amacından ortaya çıkan düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanma şartları kural olarak TTK.m.1466 hükmü genel kural niteliğindedir. Söz konusu madde hükmü, bünyesine uygun düştüğü ölçüde ve ihlal edilen normun lafzından, anlam ve amacından başka

şartlar öngörölmüş olmadıkça, bütün düşey kısmi hükümsüzlük halleri bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Aynı şekilde, düşey kısmi hükümsüzlük çerçevesinde indirim yaptırımının uygulanabilmesi için, kanunda üst sınır öngören kanun hükmünün emredici ya da tamamlayıcı niteliği değil; üst sınırı öngören hükümlerin anlam ve amacına en uygun çözümün esas alınması gerekir. Bu anlamda, indirim yaptırımının en tartışmalı olduğu konulardan olan, rekabet yasağı ve cezai şart açısından ahlaka aykırı sınırlamalar ve aşırı yüksek miktarlar belirlenen sözleşmelerde, tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak doldurulacak sözleşme boşluğuna mahal bırakmaksızın uygulanacak bir indirim yaptırımının varlığından bahsedilmek gerekir. Kanaatimizce bu hallerde, hakim, kendisine tanınan aşırılığı takdir yetkisinden dolayı, MK.m.4'deki hakkaniyete uygun bir "üst sınır" belirleyecek olup, indirim bu sınıra *-tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın-* uygulanacaktır. Sonuç itibariyle, üst sınıra indirim kuralının uygulanma alanı bakımından yalnızca üst sınırın kanunda tayin edildiği haller değil; hakime *caiz olan sınıra indirme* görevinin verildiği haller de dikkate alınmak gerekir. Bu anlamda üst sınırın olmadığı ancak kanunkoyucu tarafından hakime «aşırılığı» takdir hakkının verilerek, uygulanmasının açıkça öngörüldüğü hallerde (BK.m.161/f.3, BK.m.409) de uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu son halde indirimin öngörüldüğü normların anlam ve amaçlarından farklı uygulama şartları getirmeleri halinde, bu şartların uygulanmasına öncelik verilecektir. Örneğin, sadece düşey kısmi hükümsüzlüğün değil, genel olarak kısmi hükümsüzlüğün bünyesine uygun olmayacak şekilde tellallık ücretinin indirilmesinde maddenin lafzı gereği "borçlunun talebi" ni aramak gerekecektir.

Üst sınır öngören emredici bütün hükümlerin ortak özelliği, bu sınırların aşılması halinde *hukuk düzenine aykırılığın* oluşmasıdır. Bu hükümlere aykırı anlaşmalar her durumda hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşmayacak olup, hakimin tarafların menfaatleri, sözleşmenin niteliği, tarafların birbirine olan üstünlüğü gibi şartları bir arada değerlendirmesi ile birlikte bir hükümsüzlük sebebinin gerçekleştiğini anlaması halinde, üst sınır içeren emredici nitelikteki hükümlerdeki sınırı tarafların farazi iradelerine başvurulmaksızın uygulayacaktır. Bu görüşün amaca uygun olarak sağladığı en pratik çözüm faize ilişkin hükümlerde kendisini gösterir. Bu alanda da, tarafların aksi yöndeki farazi iradeleri dikkate alınmaksızın ve

hakimin boşluk doldurma faaliyetine gerek olmaksızın uygulanan düşey nitelikte bir kısmi hükümsüzlük türünün varlığı kaçınılmaz olarak kabul edilmelidir.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuramı ile tarafların irade özgürlüklerine maksimum saygıyı göstererek ulaşılan bir sonuca, düşey kısmi hükümsüzlük ile tarafların iradelerini adeta yok sayarak ulaşmanın yarattığı tehlike göz önünde bulundurularak yapılacak eleştiriler bakımından birkaç konuya açıklık getirmekte fayda vardır. Kanunda üst sınırın aşıldığı bütün hallerde, mutlak bir biçimde tarafların farazi iradelerini hesaba katarak hakimin boşluk doldurma faaliyetinde bulunacağını söylemek, hakimin bu tarz durumlarda her zaman sözleşme içeriğini düzeltici yeni bir fonksiyon üstlenmesi anlamına gelecektir. Üstelik hakim, bu görevini ifa ederken tasvip etmeyeceğimiz bir şekilde tarafların farazi iradelerini de dikkate alacak ve bu şekilde kanunkoyucunun üst süre ile kurmak istediği düzen işlevi anlamsız hale getirecektir. Kanaatimizce üst sınır hükümlerine rağmen, sözleşmede herhangi bir sınır öngörmeyerek, süre/meblağ/oran kısımlarında suskun kalınması (sözleşme boşluğunun olduğu durumlar) ile bu sınırlara riayet edilmemesi (düşey kısmi hükümsüzlük) halleri birbirine eş değildir. Kaldı ki; tarafların üst sınıra indirilmiş sözleşme ile bağlı kalmak gibi bir zorunlulukları da bulunmamaktadır. Taraflar üst sınırın da altında bir sözleşme hükmü ile bağlanmayı istemekteler ise, yapacakları yeni bir sözleşme ile bunu pekâlâ başabilirler. Bu noktada doktrinde, indirim yaptırımın uygulandığı bütün hallerde birbirinden bağımsız ve ayrı birçok görüş ile konu olması gereken durumdan fazla bir biçimde berraklığını kaybetmiştir.

Düşey kısmi hükümsüzlük en büyük etkisini aşırı bedelli sözleşmeler bakımından göstermektedir. Alman Hukukunda 19.06.2001 tarihli Kira Hukukunda Reform Kanununun (*Mietrechtsreformgesetz*) yürürlüğe girmesi ile birlikte her ne kadar kira bedeli ve kira artış oranını serbestçe kararlaştırma prensibi muhafaza edilmiş olsa da, kira artış oranı ve rayiç bedel tespitine ilişkin kira ölçüm tabloları (*Mietspiegel*) ile bu oran ve bedeller belirlenebilir hale gelmiştir. İsviçre Borçlar Kanununun kiraya ilişkin hükümlerinin (OR Art. 253-278e) bir kısmında 01.06.1990 tarihli değişiklik ile, kira artış oranlarının serbestçe belirlenmesinin önüne geçilmek istenmiş ve oranları belirleme hakkının kötüye kullanıldığı haller sayılmıştır (OR Art. 269, 269a). Türk Hukukunda ise taraflar kira bedelini sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca serbestçe –*BK.m.20 hükmü ile sınırlı olmak şartıyla-*

kararlaştırabilirler. Ülkemizde kira artış oranlarının kontrolü yasal düzenlemeler gereği yapılamadığı gibi, aynı şekilde kira bedellerine ilişkin uyuşmazlık çoğu zaman kira artış oranı bakımından tespit ve uyarılama davalarına konu edilmektedir. Bu anlamda kanaatimce *de lege feranda* olarak kanuni bir düzenleme ile kira artış oranı bakımından sınırlama getirilmesi isabetli olmakla beraber, sözleşmenin kurulması aşamasında kira bedelini belirleme hakkının kötüye kullanılmasını engelleyen birtakım kriterler (*emsal değer, kiralananın durumu gibi*) de öngörölmelidir. Kira Hukukuna ilişkin veya genel olarak aşırı bedelli sözleşmelerde düşey kısmi hükümsüzlük imkanının kabul edilmesi ile beraber, ihlal edilen normun koruma amacına uygun olarak verilen şeyin iadesi bakımından da BK.m.62 hükmünün bertaraf edilmesi suretiyle geniş fayda sağlanacaktır. Zira olayların bir çoğunda, kiracı veya ödünç alan, diğer tarafın tespit ettiği aşırı yüksek miktarlara boyun eğmek zorunda kalmaktadır. Hatta çoğu durumda, aşırı bedeli ödeyen tarafın ahlaka aykırı bir amaç güderek borcunu ifa etmiş olduğundan dahi bahsedilemez. O nedenle birçok İsviçre Federal Mahkemesi kararında, kira artış oranının aşırı yüksek belirlendiği durumlarda kiracının önündeki BK.m.65 engeli kaldırılarak verilen kira bedelinin aşırı kısmının iadesi imkanı tanınmıştır.

Son olarak, TTK.m.1466 hükmünün düşey kısmi hükümsüzlüğün uygulanması bakımından genel bir kuralın ifadesi olarak kabul ettiğimiz için, özellikle aşırı bedelli sözleşmeler bakımından, fazla ifa edilmiş edimin de iadesi BK.m.62'deki şartlar aranmaksızın mümkün olabilecektir. Bu sonuca, Alman Hukuku bakımından özellikle sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracının ve faizli ödünç sözleşmesinde ödünç alanın korunması bakımından, hükümsüzlüğün olumsuz etkilerinin sınırlandırılması teorisi gibi çeşitli teoriler ile ulaşılmaya çalışılmıştır. Ancak hakimin sözleşmeye müdahalesini somut bir biçimde sağlamak üzere, İsviçre ve Alman Hukuklarında kira artış oranları bakımından kötüye kullanma kriterleri ile kontrol altına alınmaya çalışılmakta ve indirim yaptırımını sonucuna ihlal edilen normun anlam ve amacından ulaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- ABEGG, Andreas :**Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts**, Diss., Schulthess, Freiburg Schweiz, 2004.
- ABEGG, Andreas :**“Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im System von Art.19 und 20 OR- eine historisch evolutorische Perspektive”**, AJP 2005, s. 1113–1125.
- ABT, Daniel :**Die Ungültigkeitsklage im Schweizerischen Erbrecht**, Diss. Basel 2002.
- ACAR, Faruk :**“Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi”**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 379–404.
- ACHENBACH/RANSIEK :**Handbuch-Wirtschaftsstrafrecht**, 2.Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2008.
- AESCHLIMANN Rudolf; :**Nichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20, unter Berücksichtigung des Kriegswirtschaftsrechts**, Diss., Zürich, 1949.
- AKARTEPE, Alpaslan :**Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- AKSOY DURSUN, Sanem :**Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, 1.b.s., On İki Levha, İstanbul, 2008.
- AKKANAT, Halil :**Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.
- AKYİĞİT, Ercan :**Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, Kazancı, İstanbul, 1990.
- AKYİĞİT, Ercan :**“İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı”**, Kamu-İş, C:2, S:6-7, Ocak 1991, s. 4-22.
- AKYOL, Şener :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

- AKYOL, Şener :**Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- AKYOL, Şener :**Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ALTAŞ, Hüseyin :**“Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”**, AÜHFD, C:49, S:1-4, s. 97, s. 97-116.
- ALTOP, Atilla :**“Finansal Kiralama Sözleşmeleri’nde Asgari Süre’ye ve Devir Yasağı’na İlişkin Son Gelişmeler”**, Prof.Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, Beta, 2008, s. 1-16.
- ALTUNKAYA, Mehmet :**Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ANDRÉ, F :**Einfache, Zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte**, FG für Enneccerus, Marburg, 1913.
- ANTALYA, Gökhan :**Miras Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- ARAL, Fahrettin :**Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, 7.b.s., Yetkin, İstanbul, 2007.
- ARAL, Fahrettin :**“Topyekün Temlik”**, AÜHFD, C.42, S.1-4, 1991-1992, s. 93-140.
- ARROYO, Manuel :**“Absolut Nichtigkeit von nicht auf dem amtlichen Formular erfolgten Mietzinserhöhungen; Verwirkung des entstprechenden Rückforderungsrechts bei Rechtsmissbrauch”**, ZBJV, Band 141, 2005, s.623- 629.
- ATAMER, Yeşim :**Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2.b.s.,Beta, İstanbul, 2001.
- ATAMER, Yeşim :**“Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”**, HPD, S.06, Mayıs 2006, s.8-51.

- ATAMER, Yeşim :“**Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler**”, İÜHFM, C: LXIII, S:1-2, 2005, s.171-191.
- ATEŞ, Derya :**Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- ATEŞ, Derya :“**BK.m.65 Kuralı: Özel Olarak Genel Ahlaka Aykırı Amaçla Verilenlerin İade Edilememesi**”, Prof.Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, Beta, 2008, s.583–605.
- ATYAH, Patrick :**The Law of Contracts**, 3. Aufl.,Oxford, 1981.
- AUBRY/RAU :**Droit civil français**, 7ème éd., Paris, 1964.
- AYDOĞAN, Fatih :**Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasası**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- BARON, Julius :**Pandekten**, 5. Aufl., Leipzig, 1885
- BAŞPINAR, Veysel :**Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998.
- BECKER, Hermann :**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band VI, Obligationenrecht I, Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Verlag von Stämpfli&Cie, Bern, 1941.
- BECKMANN Roland Michael :**Nichtigkeit und Personenschutz**; Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- BELSER, Eva Maria :**Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht**, Freiburg Schweiz, 2000.
- BERGER, Bernhard :**Allgemeines Schuldrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008.
- BERGSCHNEIDER, Ludwig :**Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen**, C.H.Beck Verlag, München, 2008.
- BÖHME, Jost-Caesar :**Erhaltungsklauseln**, Diss., Lang Verlag, Frankfurt a. Main, 2000.

- BROX, Hans :**Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**, 28. Aufl., Heymanns, 2004.
- BUCHER, Eugen :**Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2.Aufl., Schultess, Zürich, 1988.
- BUCHER, Eugen :**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2.Abteilung: Die natürlichen Personen, 2.Teilband, Kommentar zu Art.27 ZGB, Bern, 1993.
- BUOL, Martina :**Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung**, Zürich, 1996.
- BURCKHARDT, Walther :**Methode und System des Rechts**, Zürich, 1936.
- BURKART, Fabian :**„Teilungültigkeit bei Drohung? Art.20 Abs.2, 25, 30 Abs.2 OR“**, AJP 1/2000, s.112-114.
- BUSCH :**„Die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen, die unter Überschreitung des Höchstpreises geschlossen sind“**, JZ, 1916, s.128.
- BUZ, Vedat :**„Gabin Halinde Aşım Oransızlığın Giderilecek Sözleşmenin Ayakta Tutulması“**, BATİDER, C. XIX, Sayı1.4, 1998.
- CABRILLAC/FRISSON-ROCHE/
REVET :**Liberté et droits fondamentaux**, 13 edit, Dalloz, Paris, 2009.
- CAHN, Andreas :**„Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht“**, JZ, 1997, s. 7-19.
- CANARIS, Claus-Wilhelm :**Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft**, Heidelberg, 1983.
- CANARIS, Claus -Wilhelm :**„Gesamtunwirksamkeit und Teilungültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen“**, Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag, Berlin, 1990.

- CEYLAN, Ebru :**Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006.
- COING, Helmut :**“Rechtsentwicklung und Wirtschafts-entwicklung im. 19.Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte”**, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, 1975.
- COTTI, Lukas :**Das vertragliche Konkurrenzverbot, Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken**, Diss., Freiburg Schweiz, 2001.
- CUMYN, Michelle :**La Validité du Contrat suivant le Droit Strict ou l'Équité: Étude Historique et Comparée des Nullités Contractuelles**, L.G.D.J., Paris, 2002.
- ÇELİK, Nuri :**İş Hukuku Dersleri**, 21.Yenilenmiş Bası, Beta, İstanbul, 2008.
- ÇINAR, Ömer :**Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, On iki Levha, İstanbul, 2009.
- De BRONETT Georg-Klaus :**Die Bierlieferungsvertrag als Beispiel vertraglicher Monopole im deutschen, französischen und belgischen Recht**, Diss., Köln, 1976.
- DENKINGER, Fleur :**Der Verbraucherbegriff: Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa**, Band 22, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile :**Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Seçkin, Ankara, 2005.
- DERNBURG, Heinrich :**Pandekten**, 1.Band, 7.Aufl., Berlin, 1902.
- DEUBNER Karl G. :**“Von verfehltter und richtiger Anwendung des § 139 BGB- OLG- Schleswig, NJW-RR 1995, 554”**, JuS 1996, s.106- 110.

- DİRİCAN, Gökhan :**Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- DITTRICH/TADES :**Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band**, Manzche Verlags, Wien, 2003.
- DOĞANAY, İsmail :**Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, III. Cilt, 2.b.s., Feryal Matbaası, Ankara, 1990.
- DRUEY, Jean Nicolas :**Grundriss des Erbrechts**, 5. Aufl., Bern, Stämpfli, 2002.
- DUCLOS :**De l'article 900 et des conditions relatives à la liberté du mariage**, thèse Alger, 1920.
- DURAL/SARI :**Türk Özel Hukuku-Cilt I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ :**Türk Özel Hukuku-Cilt III- Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- EGGENSCHWILER S. Silvia :**“Folgen von ungültigen Staffel- und Indexmieten, insbesondere der gültigen Kombination einer Staffel- und Indexmiete”**, Jusletter, 05.11.2007, s. 1-4.
- EHLERT, Friedrich :**Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit im Bürgerlichen Gesetzbuche**, Greifswald, 1919.
- EHRICKE, Ulrich :**“Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der Ergänzenden Vertragsauslegung”**, RabelsZ 60, 1996, s. 661-689.
- ENGEL, Pierre :**Traité des obligations en Droit Suisse**, 2.Aufl., Bern, 1999
- ERBEN, Meinhard : **Wettbewerbsverbote mit IT-Freiberuflern**, Diss., Münster, 2001.
- ERDEM, Mehmet :**La Clause Pénale**, Thèse, Lausanne, 2006.
- EREN, Fikret :**Türk Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, AÜ Yayınları, Ankara, 1966.

- EREN, Fikret :**Borçlar Hukuku- Genel Hükümler**, 10. b.s., Beta, İstanbul, 2008.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan :**Olumsuz Zarar**, Beta, İstanbul, 2008.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan :**“Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”**, Prof. Dr. Rona Serozan için Armağan, Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 909–927.
- ERMAN, Walter :**Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuches**, Zweiter Band, 11.Aufl., 2004.
- ERTEN, Ali :**Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara,1997.
- ESCHER, Arnold :**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, das Erbrecht, 2.Aufl., Zürich, 1937
- ESENER, Turhan :**“Boşanmanın Fer’i neticelerine dair Mukaveleler”**, AÜHFD, C.VIII, S.3-4, Ankara, 1951.
- ESENER, Turhan :**“Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”**, AUHFD, C:16, S:1-4, Y: 1959, s.267-276.
- ESSER, Josef :**“§ 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession”**, ZHR 135, 1971, s. 320 vd.
- FEYZİOĞLU, F.Necmeddin :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:II, 2.b.s., İstanbul, 1977.
- FICK, F. :**“Die Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit”**, SJZ, 10, 1914, s.281-286.
- FICKER, Fritz :**“Die Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit”**, SJZ, 10, 1914, s.281-286.
- FIKENTSCHER/ HEINEMANN :**Schuldrecht**, 10.Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006.
- FILLMANN, Andreas :**“Anfechtung der Globalzession als inkongruente Deckung-BGH locuta, causa finita?”**, NJOZ, Heft 10, März 2008, s.824-830.

- FINGER, Peter :**“Zu den Folgen einer Mietzinsvereinbarung unter Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete”**, ZMR, 1983, s. 37.
- FLOUR/AUBERT/SAVAUX :**Les Obligations- L’acte Juridique**, Dalloz, Paris, 2002.
- FLUME, Werner :**Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts- Das Rechtsgeschäft**, Zweiter Band, 4.Aufl., Springer, Berlin, 1992.
- FOUILLE, Alfred :**La Science sociale contemporaine**, 2.b.s., Hachette, Paris, 1885.
- FRICK, Tanja :**Auswirkungen einer Bestechung auf ein Vertragsverhältnis**, Diss., Zürich, 2004.
- FRIEDMANN, W.G. :**Some Reflections on Status and Freedom**, R.A.Newman, Indianapolis, 1962.
- GAEDERTZ, Johann-Christoph :**Die Teilnichtigkeit Wettbewerbsbeschränkender Verträge**, Diss., Konstanz, 1994.
- GANNER, Michael :**Selbstbestimmung im Alter Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland**, Springer, Wien, 2005.
- GAUCH, Peter :**System der Beendigung von Dauerverträgen**, Diss., Freiburg Schweiz, 1968. (*Gauch; Dauerverträgen*).
- GAUCH, Peter :**“Vertrag und Parteiwille”**, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg/Schweiz, 1982, s. 343–368. (*Gauch; Parteiwille*).
- GAUCH Peter :**“Modifizierte Teilnichtigkeit”**, Anmerkung zu BGE 107 II 216, Recht 1983, s.95-100. (*Gauch; Teilnichtigkeit*)
- GAUCH, Peter :**“Von den wesentlichen Vertragspunkten”**, Recht, 1991, s.45-56. (*Gauch; Vertragspunkten*)
- GAUCH, Peter :**Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung**,

- BGE 123 III 292**, Recht, 1998, s.55-71.
(*Gauch; Mietvertrag*).
- GAUCH, Peter :“**Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR**”, SJZ 101, 2005, s.520-526.
- GAUCH, Peter :“**Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226)**”, SJZ 102 (2006), s. 533-561. (*Gauch; Verjährungsfrist*).
- GAUCH/AEPLI/CASANOVA :**Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts**, 3. Aufl., Schultess, Zürich, 1992.
- GAUCH/ SCHLUEP :**Schweizerischer Obligationenrecht- Allgemeiner Teil**, 2.Band, 7.Aufl., Schultess, Zürich, 2008.
- GERNHUBER, Joachim :“**Drittwirkungen und Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe-Zur Lehre von der Verträgen mit Schutzwirkungen für Dritte**”, FS. A.Nikisch, 1958, s.249-274.
- GEZDER, Ümit :**Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2009.
- GIHA, Negib :**Le Pacte Comissoire, Ses Rapports Avec le Droit de Gage et Les Notions Juridique Voisines: Pactum ex Intervallo**, Genève, 1947.
- GHESTIN, Jaques :**Traité de droit civil, les obligations-la formation du contrat**, L.G.D.J., 3ème éd., Paris, 1993. (GHESTIN; Traité).
- GHESTIN, Jacques :**La Validité du Contrat suivant le Droit Strict ou l'Équité: Étude Historique et Comparée des Nullités Contractuelles**, L.G.D.J., Paris, 2002. (GHESTIN; Validité).
- GIGER, Hans :“**Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag**”, ZBJV 105, 1969, s.309-333.
- GIHA, Negib :**Le Pacte Comissoire, Ses Rapports Avec le Droit de Gage et Les Notions Juridique Voisines: Pactum ex Intervallo**, Genève, 1947.

- GOUT, Olivier :**Le Juge et L'Annulation du Contrat**", Presses universitaires d'aix-Marseille, 1999.
- GUELFUCCI-THIBIERGE C. :**Nullité, Restitutions et Responsabilité**, L.G.D.J., Paris, 1992.
- GUGGENHEIM, Daniel :**L'Invalidité des Actes Juridiques en Droit Suisse et Comparé**, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1970.
- GUHL/MERZ/KOLLER :**Das Schweizerische Obligationenrecht**, 8.Aufl., Schulthess, Zürich, 1991.
- GÜRAL, Jale :**Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi**, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1953.
- HAGER, Johannes :**Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften**, Diss., München, 1983.
- HAGER, Johannes :**"Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten"**, JuS 1985, s.264-270.
- HAGER, Johannes :**"Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion"**, JZ, 1996, s. 175-179.
- HÄSEMEYER, Ludwig :**"Geltungserhaltende oder Geltungserstörende Reduktion?"**, FS für Peter Ulmer zum 70.Geburtstag, Berlin, 2003, s. 1097-1109.
- HATEMİ, Hüseyin :**Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- HATEMİ, Hüseyin :**Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 2.Cilt, İstanbul, 1994.
- HATEMİ, Hüseyin :**Borçlar Hukuku**, Fasiküller, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.
- HATEMİ, Hüseyin :**Miras Hukuku**, 3.b.s., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

- HATEMİ, Hüseyin :**“Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?”**, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 189–193.
- HATEMİ, Hüseyin :**Gerçek Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- HATEMİ, Hüseyin :**Aile Hukuku I- Evlilik Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- HATEMİ, Hüseyin :**“Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı Yazısı”**, Güncel Hukuk Dergisi, C:2, S:62, Şubat 2009, s.14 vd.
- HATEMİ, Hüseyin :**Medeni Hukuka Giriş**, 4.b.s., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- HELLMAN, Friedrich :**Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht**, München, 1914.
- HELVACI, İlhan :**Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commisoria Yasağı**, Alfa, İstanbul, 1997.
- HELVACI, İlhan :**Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, On İki Levha, İstanbul, 2008.
- HELVACI, Mehmet :**Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, 1.b.s., Beta, İstanbul, 2000.
- HENSLER, Martin :**“Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform”**, Recht der Arbeit, 2002, s. 129- 140.
- HERZOG, Bertold :**Quantitative Teilnichtigkeit**, Diss.,Göttingen, 1926.
- HESRAL, Harald :**Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterchafts- und Eizellenspendeverträgen**, Diss., Schaeuble Verlag, Rheinfelden, 1990.
- HOLGER, Pauly :**“Die Geltungserhaltende Reduktion: Dogmatische Bedenken und vorhandene**

- Wertungswiderspruche**”, Juristische Rundschau, Vol. 1997, Issue 9, s. 357-363.
- HONSELL/VOGT/WIEGAND :**Basler Kommentar- Obligationenrecht I, Art.1–529 OR**, Basel, 2007.
- HONSELL, Heinrich :**Obligationenrecht Art. 1–529, Kurz Kommentar**, Basel, 2008.
- HUBER, Emil :**“Gegen die Höchtpreisvorschriften verstossende Verträge**”, SJZ, 15, 1919, S. 258 vd.
- HÜBNER, Heinz :**Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, 1995.
- HUGUENIN, Claire :**Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel**, Diss., Bern, 1984.
- HUGUENIN, Claire JACOBS :**Obligationenrecht- Allgemeiner Teil**, Schultess, Zürich, 2007.
- HUGUENIN, Claire JACOBS :**Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR**, Basel, 2003.
- HÜRLIMANN, Roland :**Teilnichtigkeit von Schuldverträgen**, Diss., Freiburg/Schweiz, 1984.
- ILLEDITS, Alexander :**Teilnichtigkeit im Privatrecht**, Diss., Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1991.
- İMRE, Zahit :**“Ölüme Bağlı Tasarrufların Ahlaka Aykırılık Sebebiyle İptali Konusunda İsviçre Mahkeme İctihatlarında Görülen Gelişme ve Temayüller**”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y:1, S:1, 1967, s.138-148.
- İŞGÜZAR, Hasan :**Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Dayınlarlı, Ankara, 1989.
- JÄGGI/GAUCH :**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Teilband V1b (Art.18 OR), Schultess, Zürich, 1980.

- JAUERNIG, Othmar :**Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 13. Aufl., Beck Verlag, München, 2009.
- JOACHIM, Willi E. :**“Mietrechtliche Haftungsausschluss- und -begrenzungsvereinbarungen nach der Schuldrechtsreform”**, WM 2003, s. 183.
- JOEINIG, Elke :**Die anfänglicher Unmöglichkeit**, Verlag Österreich, Wien, 2006.
- JONDI, M.AL :**Le Juge et les Clauses exonératoires et limitatives de responsabilité**, Thèse, Paris II, 1979.
- JOSEPHAL, Georg :**Die Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 und Art. 20 Abs.2) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendungsmöglichkeit auf die Verbindung von dinglichem und obligatorischem Geschäft**, Basel, 1933.
- KALKAN, Burcu :**Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- KANETİ, Selim :**Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (tahvili)**, İstanbul, 1972.
- KARASU, Rauf :**“Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı”**, Rekabet Dergisi, 2004, S:20, s.3-20.
- KASSELMANN, Rolf :**Salvatorische Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Diss., Münster, 1986.
- KAMANABROU, Sudabeh :**“Teilverbindlichkeit überschießender nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer”**, ZGR, Vol:31, 2002, s. 898-932.
- KAMM, Michael :**Freizechnungsklauseln im deutschen und im schweizerischem Recht-im Vergleich**, Bergisch Gladbach, Köln, 1985.
- KAPLAN, İbrahim :**Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Seçkin, İstanbul, 2007.

- KARAGÖZ, Veli :**İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Seçkin, Ankara, 2006.
- KASSELMANN, Rolf :**Salvatorische Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Diss., Münster, 1986.
- KAYAK, Sevgi :**Üçüncü Kişinin Fiilini Tahhüt**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- KEIM, Cristopher :**“Keine Anwendung des § 139 BGB bei Kenntnis der Parteien von der Teilnichtigkeit?”**, NJW, 2.Halbband, 1999, s. 2866- 2868.
- KENDİGELEN, Abuzer :**Hukuki Mütalaalar**, C:V, 2003, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.
- KELLER/ SCHÖBI :**Das Schweizerische Schuldrecht**, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.Aufl., Basel-Frankfurt am Main, 1988.
- KIRCA, Çiğdem :**“Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”**, AUHFD, C: 50, S: 1, 2001, s.91-121.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan :**Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006
- KOCAAĞA, Köksal :**Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, 2003.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip :**Miras Hukuku**, 3.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip :**“Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler”**, Prof. Dr. Selim KANETİ’ye Armağan, İstanbul, 1996.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip :**Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem- Sözleşme**, 4.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- KOEPPEL, Marcel :**Verbotene Geschäfte (insbesondere Art. 408 ZGB); ein Beitrag zum Handlungs-**

- fähigkeitsrecht**, Diss. Recht Freiburg/Schweiz, 1989.
- KOHITE, Wolfhard :**“Die Rechtsfolgen der Mietpreisüberhöhung”**, NJW 1982, s.2803 vd.
- KOLLER, Alfred :**Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Band I, 2. Aufl., Bern, 2006.
- KOZIOL/BYDLINSKI :**Kurzkommentar zum ABGB**; 2. Aufl., Springer, Wien, 2007.
- KÖTZ, Hein :**“Zur Wirksamkeit von Freizeichungsklauseln”**, NJW 2.Hb., 1984, s.2447-2448.
- KRAMER, Ernst :**“Vertragsnichtigkeit und Hypothetischer Parteiwille im schweizerischen Obligationenrecht”**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s.155–164.
- KRAMER, Ernst :**Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band VI: Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art.19-22, Bern, 1991.
- KRIECHBAUM, Maximiliane :**“Teilnichtigkeit und Gesamtnichtigkeit: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor und nach Erlaß des BGB”**; Falk/Ulrich- Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Frankfurt am Main, 2000.
- KURŞAT, Zekeriya :**Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı, İstanbul, 2003.
- KURŞAT, Zekeriya :**“Birlikte Rehin”**, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006.
- KURŞAT, Zekeriya :**Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, Arıkan, İstanbul, 2008.
- LAMMEL, Siegbert :**“Vertragsfreiheit oder Wirtschaftsfreiheit- Zur Teilnichtigkeit von Wettbewerbsabreden”**, AcP 189, 1989, s. 244–286.
- LAMMEL, Siegbert :**“Unwirksamkeit von Klauseln zur Freizeichnung des Vermieters von der Haftung für Schäden durch Mängel der**

- Mietsache**", LMK-H, 6/2002, § 9 (Bb) AGBG Nr. 47
- LAMP, Peter :**Entwicklung und Auslegung des § 139 BGB**, Diss., Görlich& Weiershäuser, Marburg, 1992.
- LANG, Eduard :**Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, § 139 BGB**, Berlin, 1926.
- LARENZ, Karl :**Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 6.Aufl., Springer Verlag, 1991.
- LARENZ/WOLF :**Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, C.H.Beck Verlag, München, 2004.
- LAUFS/ UHLENBRUCK :**Handbuch des Arztrechts**, 3.Aufl., München, 2002.
- LEU/CASPAR :**„Übermäßige Bindung und die guten Sitten“**, SZW/ RSDA 4, 2003, s.221-228.
- LEUMANN, Paul :**„Die Teilnichtigkeit privatrechtlicher Verträge nach Art. 20 Abs.2 OR bei Überschreitung kriegswirtschaftlicher Höchstpreisvorschriften“**, SJZ, 1943, s.237-242.
- LINDACHER, Walter F. :**„Grundsätzliches zu § 138 BGB. Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente“**, AcP 173, 1973, s.124-136.
- LÖRTSCHER, Thomas :**Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht**, Diss., Schultess, Zürich, 1977.
- LUIG, Klaus :**„Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB“**, Festschrift für Coing, 1982, s.171.
- MALAUURIE, Philippe :**Les contrats contraires à l'ordre public** Reims, Matot-Braine, 1953.
- MAYER-MALY, Theo :**„Über die Teilnichtigkeit“**, Geschnitzer-GedS, 1969, s.265- 284.
- MAYER-MALY, Theo :**„Der gerechte Preis“**, Festschrift für Demelius, 1973, s. 139-153.

- MAYER-MALY, Theo :**Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 1993.
- MAZEAUD, Denis :**“Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?”**, L'avenir du droit „ Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, Paris, 1999.
- MEDICUS, Dieter :**Allgemeiner Teil des BGB**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002.
- MEDICUS/LORENZ :**Schuldrecht I- Allgemeiner Teil**, 18.Aufl., Beck Verlag, München, 2008.
- MEILICKE/WEYDE :**“Ist der Fall der Teilnichtigkeit von Verträgen vertraglich nicht mehr regelbar?”**, Der Betrieb, 1994, s. 821–823.
- MEYER, Fritz :**Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte**, Basel, 1949.
- MICHALSKI/RÖMERMANN :**“Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel”**, NJW, 1.Hb., 1994, s.886-890.
- MOROĞLU, Erdoğan :**Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- MOROĞLU, Erdoğan :**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı**, 4.b.s., TBB Yayınları, Ankara, 2006.
- MÜLLER, Kurt :**“Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation”**, FamRZ, 1986, s. 635–637.
- NAENDRUP, Peter-Hubert :**Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Untersuchungen zu Grundproblemen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Diss., Bielefeld, 1966.
- NAGLE; John Copeland :**“Severability”**, North Carolina Law Review, Vol.72, 1993, s. 203–213.
- NEUMANN, Johannes :**Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen**

- Geschäftsbedingungen**, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- NOMER ERTAN, Füsün :“İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK.m.24 Uygulanır mı?“, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, İstanbul, 2007, s.29-37.
- NOYAN, Erdal :**Marka Hukuku**, 4.b.s., Adalet Yayınları, Ankara, 2009
- OERTMANN, Paul :“**Privatrechtliche Folgen der Überschreitung von Höchstpreisen**“, JW, 1917, s.255-257.
- OERTMANN, Paul :“**Anfangliches Leistungsvermögen**“, AcP, 1935, s.140-147.
- OERTMANN, Paul :“**Subjektive Teilnichtigkeit**“, Zeitschrift für das gesamte Handels und Konkursrecht, 1935, s.116-120.
- OFTINGER, Karl :**Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, in: Ausgewählte Schriften**, Zürich, 1978.
- OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY :**Kişiler Hukuku**, 7.b.s., İstanbul, 2002.
- OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR :**Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.
- OĞUZMAN/ÖZ :**Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.
- OKTAY, Saibe :“**Federal Mahkeme’nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi**“, İUHFM, C: LV, S.1-2, Y:1995-1996.
- ÖNDER, Fahrettin :“**Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**“, DEÜHFD, C:7, S:1, İzmir, 2005, s.103- 126.
- ÖZ, Turgut :**Management Sözleşmesi**, Kazancı, İstanbul, 1998.

- ÖZ, Turgut :**Sebepsiz Zenginleşme**, Kazancı, İstanbul, 1990.
- ÖZDEMİR, Nevzat :**Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, Beta, İstanbul, 2003.
- ÖZDİREK, Recep :**İslam Hukukunda Akdin Sınırları**, Yedirenk, İstanbul, 2010.
- ÖZMEN, İsmail :**Miras Hukuku Davaları**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006.
- PAKIRNUS, Bernd :**“Das Ausmaß der Nichtigkeit von Mietzinsvereinbarungen gem § 134 BGB i V m § 5 Abs 1 WiStG”**, ZMR, 1984, s. 329.
- PALANDT/HEINRICHS :**Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)-Kommentar**, 66.Aufl., Beck Verlag, München, 2007.
- PAWLOWSKI, Hans M :**Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärung**, Göttingen, 1966.
- PENNINGTON, Kenneth :**Popes, Canonists and Texts, 1150-1550**, Variorum Collected Studies 412, Brookfield, 1993.
- PETITPIERRE, G. :**“Une Proposition de Lecture Systematique des Art. 19 et 20 CO”**, SJZ, 2001, s. 73-78.
- PILZ, Hubert :**Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung**, Freiburg Schweiz, 1963.
- PIOTET, Paul :**“De l’invalidité partielle des Actes Juridiques spécialement en cas de vice du consentement”**, ZSR, 1957, s.97-131.
- POLYDOR-WERNER, Susanne :**Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge**, Schultess, Zürich, 1988.
- PULAŞLI, Hasan :**Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Dayınlarlı, Ankara, 1989.

- RAFFLER, Andrea :**“Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten”**, Der Personelleiter, Juni 2004, s. 187-191.
- REICH/SCHMITZ :**“Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion”**, NJW, 1995, s. 2533- 2534.
- REİSOĞLU, Safa :**Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, 21. b.s., Beta, İstanbul, 2010.
- RIEMER, H. Michael :**“Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge”**, FS für Max Keller, Zürich, 1989, s. 245 vd.
- RIEMER, H. Michael :**“Bedingungen und Auflagen, namentlich bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen. Zugleich eine Analyse von BGE 120 II 182”**, Jusletter, 17 Juli 2000.
- RIPERT, G. :**L’ordre public économique et la liberté contractuelle**, in Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de F. Géný, Sirey, 1934.
- ROHRBACH, Helen :**“Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1911 bis zur Gegenwart”**, BWO, 2009, s.3-30.
- ROTH, Herbert :**“Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht”**, JZ; 1989/9, Tübingen, s.411-419.
- ROTH, Herbert :**Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1994.
- ROUILLER, Nicolas :**Die widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit**, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.
- RUMMEL, Peter :**Kommentar zum ABGB**, 2.Aufl., Manzsche Verlag, Wien, 1990.

- RÜTZ, Eva-Maria :**Heterologe Insemination- Die rechtliche Stellung des Samenspenders**, Springer, Heidelberg, 2008.
- SANDERS, Anne :**“Ein bisschen sittenwidrig? Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit von Eheverträgen”**, Forum Familienrecht, 5/2004, s.249-250.
- SANDROCK, Otto :**Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht**, Köln, 1966.
- SARRES, Ernst :**“Salvatorische Klausel: Sicherheit für Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen?”**, Forum Familienrecht, 2004/5, s. 251-253.
- SAUER, Cornelia :**Die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Mietwuchers und des Darlehenswuchers**, Diss., Würzburg, 2003.
- STAUDINGER/ROTH :**Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil 4, §§ 134–163, Neubearbeitung**, Berlin, 2003.
- SAVATIER, René :**La Théorie Des Obligations**, Dalloz, Paris, 2002.
- SAVIGNY, Friedrich Carl v. :**System des heutigen römischen Rechts**, Band 3, Berlin, 1840.
- SCHERRER, Albert :**Das richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht**, Diss., Fribourg, 1934.
- SCHLÜTER, Wilfried :**BGB- Familienrecht**, 13. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2009.
- SCHMID, Jörg :**Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen**, Diss., Freiburg Schweiz, 1988.
- SCHMID, Hansrudolf :**Die Einseitigkeit des gesetzlichen Verbots und der Vertrag**, Diss., Basel, 1987.

- SCHÖNENBERGER/JÄGGI :**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VIa, (Artikel 1-17 OR),** Schultess, Zürich, 1973.
- SCHWENZER, Ingeborg :**Schweizerischer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,** Stämpfli Verlag, Bern, 2003.
- SCHWENZER, Ingeborg :**“Beschränkung und Modifikationen der vertraglichen Haftung”**, Alfred Koller – Haftung aus Vertrag, Verlag Institut für Versicherungswirtschaft, St. Gallen, 1998, s. 99–126.
- SELİÇİ, Özer :**Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- SEROZAN, Rona :**İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.
- SEROZAN, Rona :**“Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s.195-207.
- SIMITIS, Konstantin :**Gute Sitten und Ordre Public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB,** Marburg, 1960.
- SİRMEN, Lale :**Türk Özel Hukukunda Şart,** Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992.
- SOERGEL/HEFERMEHL :**Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, 13. Bearb.,** Stuttgart 1999.
- SOINÉ, Marcus :**Die arbeitsvertragliche Klauselkontrolle nach der Schuldsreform unter besonderer Betrachtung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten,** Diss., Tenea Verlag, Berlin, 2005.
- SOMMER/WEITBRECHT :**“Salvatorische Klauseln in GmbH-Verträgen”**, GmbH-Rundschau, Nr.10, 1991, s. 449-454.

- SOYER, M.Polat :**Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.m.348-352)**, Ankara, 1994.
- SPIRO, K. :**“Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?”**, ZBJV 88/1952, s.449-517.
- STADLER, Astrid :**Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion**, Mohr, Tübingen, 1996.
- STAFFHORST, Andreas :**Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht**, Duker & Humblot, Berlin, 2007.
- STAUDINGER/DILCHER :**Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, 1. Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12. Aufl, Walter de Gruyter, Berlin, 1980.
- STAUDINGERS, Julius von :**Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, 1.Buch, Allgemeiner Teil 4, §§ 134-163, Walter de Gruyter, Berlin, 2003.
- STAUDINGERS, Julius von :**BGB- Eckpfeiler des Zivilrechts**; Walter de Gruyter, Berlin, 2005.
- STAUDINGERS, Julius von :**Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen** 4.Buch, Familienrecht §§ 1363–1563, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.
- SULUK, Cahit :**“Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararlarının Etkisi”**, Fikri Mülkiyet Hukuku Degisi, S.3, 2006 s.38-73.
- SUNGURBEY/KANETİ :**“Borçlunun Kişilik Haklarından olan İktisadi Faaliyet Hürriyetinin Hangi Ölçüde Sınırlanması Ahlaka Aykırı Düşer?”**, Medeni Hukuk Sorunları, 3.cilt, İstanbul, 1976, s.176 vd.
- TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ :**Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

- TANDOĞAN, Haluk :**La Nullité, L’annulation et la Résiliation Partielles des Contrats**; Thèse, Genève, 1952.
- TANDOĞAN, Haluk :**Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, c.1/I, 4.b.s., Ankara, 1988.
- TEKİL, Fahiman :**“Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları”**, Prof.Dr. M.Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.1091-1114.
- TEKİNAY/AKMAN/
BURCUOĞLU/ALTOP :**Borçlar Hukuku**, 7.b.s., İstanbul, 1993.
- TERCIER, Pierre :**“Le Prix Abusif vers une nouvelle Conception de la Liberté contractuelle”**, Baurecht/Droit de la construction, 3/ 1998, s.71-80.
- TERRE/SIMLER/LEQUETTE :**Droit Civil -Les obligations**, 7e éd., Dalloz, Paris, 1999.
- THÉVENAZ, Alain :**La protection contre soi-meme, Etude de l’article 27 alinéa 2 CC**, Bern, 1997.
- TOPUZ/CANPOLAT :**“Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”**, AÜHFD, C.57, S.3, 2008.
- TOURNEAU/CADIET :**Droit de la Responsabilité et des Contrats**, Dalloz, Paris, 2003.
- TUNÇOMAĞ, Kenan :**“Toplu İş Sözleşmesinin Kanuna Aykırılığı Sorunu”**, Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU’na Armağan, İstanbul, 1990, s. 331- 339.
- TUOR, Peter :**Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Bd. III, Erbrecht, 1.Abt., Die Erben (Art.457-536), 2.Aufl., Bern, 1952.
- TURAN, Gamze :**Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- TUTUMLU, Mehmet Akif :**Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, Seçkin, Ankara, 2008.

- UÇAR, Salter :**Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, 1993
- UFFMANN, Katharina :**Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**, 1.Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- ULMER, Peter :**“Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln”**, NJW, H.38, 1981, s.2025-2033.
- ULMER, Peter :**“Offene Fragen zu § 139 BGB”**, Festschrift für Ernst Steindorf zum 70.Geburtstag, Berlin, 1990.
- ULUSAN, İlhan :**İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, Kazancı, İstanbul, 1984.
- VISCHER, Markus :**“Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte”**, AJP 2003, S.491-495.
- Von ESCH, Pierer :**Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des BGB § 139**, Köln/Bonn/München, 1968.
- Von TUHR/PETER :**Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts -Band I**, Schultess, Zürich, 1974.
- WÜTRICH, Max :**Der Bierlieferungsvertrag nach schweizerischen Recht**, Diss., Zürich, 1929.
- YAVUZ, Nihat :**“Gabin Nedeniyle Sözleşme ile Bağlı Olmadığını İleri Süren Taraf Bunu Yalnız Faizin Aşırı Olan Kısımına İlişkin Sözleşme Hükmüne (kısmi butlan) Hasredebilir mi?”**, TNBHD, C: 124, 2004, s.23-36.
- YAVUZ, Cevdet :**Borçlar Hukuku-Özel Hükümler**, 7.b.s., İstanbul, 1997.
- WELLER, Philippe :**Die Vertragstreue**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

- WÉRY, Patrick :**“Nullité, inexistance et réputé non écrit”**, (Patrick WÉRY; La Nullité des contrats), Larcier, Bruxelles, 2006.
- WIEACKER, Franz :**Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft**, Karlsruhe, 1953.
- WILHELM, Jan :**Sachenrecht**, 3.Aufl., De Gruyter, Berlin, 2007.
- WILLEMSSEN/GRAU :**“Geltungserhaltende Reduktion und “Besonderheiten des Arbeitsrechts”**, Recht der Arbeit, 2003, s. 321-328.
- WINSCHIED, Bernhard :**Lehrbuch des Pandektenrechts**, Erster Band, 7. Aufl., Frankfurt am Main, 1891.
- YAVUZ, Cevdet :**Borçlar Hukuku-Özel Hükümler**, 7.b.s., İstanbul, 2007.
- YAZHARİ, Fardjam C. :**Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession**, Diss., Hamburg, 2002.
- YILDIRIM, Abdülkerim :**Türk Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- YILMAZ, Sinan :**Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim**”, ylt, İstanbul, 2002.
- ZIMMERMAN, Reinhard :**Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.
- ZUFFEREY-WERRO, Jean B. :**Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs**, Fribourg, 1988.
- ZUFFEREY-WERRO, Jean B. :**Les Contrats du Sport Professionnel face aux Bonnes moeurs**, SJZ, 86, 1990.