

Theodor Kipp'in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözülemediği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler

Assessments on the Problem Regarding Whether Void Contracts can be Solved by the Use of Formative Rights Within the Scope of Theodor Kipp's Double Effect (Doppelwirkung) Theory

Ahmet Türkmen* 

Öz

Theodor Kipp, bundan yüz yılı aşkın bir süre önce geçersiz bir sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle tekrar geçersiz hale getirilip getirilemeyeceği özelinde hukukta “çifte etki” (Doppelwirkung) kuramını ortaya atmıştır. Kipp'in bu kuramı kavram hukukçuluğundan menfaat hukukçuluğuna geçiş sürecinin önemli bir parçası olarak görülmektedir. Özünde hukukun pozitif bir bilim değil, normatif bir karakteri haiz olduğunu yansıtan bu kuram, yıllar sonra geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen aksaklık nedeniyle yenilik doğuran bir hakkın kullanılması yoluyla çözülüp çözülemediği bağlamında yeniden gündeme gelmiştir. Alman Federal Mahkemesi 2000'li yıllarda verdiği radar uyarı cihazlarının satışına ilişkin kararlarında bu hususa ilişkin benzer konularda farklı sonuçlara varmıştır.

Kipp bu kuramını 1911 yılında ortaya koyduktan sonra, öğretilde özel hukuk alanında menfaat odaklı yeni kuramlar geliştirilmiştir. Bunlardan özellikle “esnek hükümsüzlük” yaptırımını veya bazı yazarların yorumuyla geçersizlik normlarının teleolojik redüksiyona tabi tutulması, Kipp'in çifte etki kuramı ışığında geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle iptal, dönme, fesih, geri alma (cayma) gibi yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemediğini belirlemekte yol gösterici bir işleve sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Theodor Kipp, Çifte Etki, Doppelwirkung, Esnek Hükümsüzlük (Esnek Geçersizlik), Yenilik Doğuran Hak

* Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4288-6607.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ahmet Türkmen

E-posta/E-mail: ahmetturkmen@klu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 20.11.2022

ABSTRACT

More than a century ago, Theodor Kipp put forward the theory of “double effect” (Doppelwirkung) in law, in particular whether a void contract can be terminated due to defect in consent. This theory of Kipp is regarded as a significant part of the transition process from conceptualism to interest law. In essence, this theory, which reflects that law has a normative character rather than a positive science, has come to the fore again years later in the context of whether a void contract could be resolved through the use of a formative right due to the disruption that occurred during the performance of the contract. The German Federal Court reached different conclusions on similar issues in its decisions on the sale of radar warning devices in the 2000s.

After Kipp had put forward this theory in 1911, new interest-oriented theories were developed in the field of private law doctrine. Among these, especially the “flexible nullity” sanction or, in the comments of some authors, teleological reduction of nullity norms, within the scope of Kipp’s double effect theory, has a guiding function whether a void contract problem could be solved due to a malfunction during the performance based on formative rights such as cancellation, rescission, termination, withdrawal (revocation).

Keywords: Theodor Kipp, Double Effect, Flexible Nullity, Formative Right

GİRİŞ

Theodor Kipp, 1911 tarihli ünlü “*Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit*” adlı eserinde *hukukta çifte etki* kuramını ortaya atan ilk bilim insanı olmuştur. Kipp, bu çalışmasında geçersiz sözleşmelerin zarar görene daha fazla avantaj sağlayan başka bir geçersizlik sebebine dayanılarak da çözülebileceği iddiasını ortaya atmıştır. Yazar, oldukça tartışma yaratan bu çalışmasında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi bir sözleşmenin hak sahibi tarafından iptal edilebileceğini ileri sürmüştür.

Kipp'in bu çalışmasında ortaya attığı kuram, Alman Federal Mahkemesinin 2000'li yıllarda vermiş olduğu kararlarla yeniden gündeme gelmiştir. Yalnız Federal Mahkemenin bu kararları, Kipp'in çalışmasında olduğu gibi geçersiz bir sözleşmenin başka bir geçersizlik sebebine dayalı olarak çözülmesi üzerine değil, ondan farklı olarak geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözümlenmesi üzerine değildir. Kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmenin sonradan ifası sırasında ortaya çıkan bir aksaklık nedeniyle çözümlenmesi sorusu yanıtı muhtaçtır. Gerçi klâsik öğretinin geçersiz sözleşmelerin *hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı* esası kabul edildiğinde, bu soruya verilecek yanıt hiç şüphesiz olumsuz olacaktır. Lâkin son zamanlarda kavram hukukçuluğundan menfaat hukukçuluğuna geçiş süreciyle birlikte irade özerkliğini ve *favor negotii* yaklaşımı esas alan yeni öğretinin görüşleri çerçevesinde klâsik öğretinin bu olumsuz yanıtının yeniden değerlendirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada öncelikle Kipp'in çifte etki kuramı ve bu kuramını ortaya koyarken verdiği örnek aktarılmıştır. Daha sonra yeni öğretinin özellikle geçersizlik ve geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi bağlamındaki görüşlerinin Kipp'in çifte etki kuramıyla ilişkisi üzerinde durulmuştur. En sonunda da çalışma konumuz olan geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözümlenmesi sorunu üzerine değerlendirilmiştir.

sorunu hakkında değerlendirmelerimize – *Alman Federal Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu kararlar da aktarılıp değerlendirilmek suretiyle* – yer verilmiştir.

I. THEODOR KIPP'İN ÇİFTE ETKİ (DOPPELWIRKUNG) KURAMI

Teoloji ve felsefe alanında kabul edilen *çifte etki kuramı*; genel olarak bir eylemin iyi ve kötü iki sonucu varsa, eylemle esas itibarıyla iyi sonucun meydana gelmesi amaçlanıyorsa, kötü sonuç bu eylemin bir yan etkisi olarak ortaya çıkıyorsa ve iyi sonuç kötü sonuca oranla makûl biçimde üstün geliyorsa kötü sonucun tolere edilip eyleme izin verilmesini kabul eden bir anlayışı ifade etmektedir¹. Alman hukukçu Theodor Kipp, 100 yılı aşkın bir süre önce ünlü “*Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit*” adlı makalesinde farklı disiplinlerde uygulama alanı bulan çifte etki kuramını hukukî işlemlerin geçersizlik yaptırım türlerinden olan kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımlarının yarışabilirliği bağlamında özel hukuk alanında tartışmıştır². Kipp'in bu çalışması özel hukuk alanında önemli bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir³.

Kipp çalışmasında kesin hükümsüz bir hukukî işlemin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilip edilemeyeceği sorunu üzerinde yoğunlaşmıştır. Yazarın çalışmasına konu olan örnekte⁴, sınırlı ehliysiz küçük (A)'dan hile yoluyla bir eşyayı devralan (B)'nin eşyayı bu hileden haberdar olan üçüncü bir kişi (Ü)'ye devretmesi halinde ve sonradan sınırlı ehliysiz küçük (A)'nın yasal temsilcisinin işleme icazet vermediğini beyan etmesi üzerine üçüncü kişi (Ü)'nün iktisabının korunup korunmayacağı meselesi üzerinde durulmaktadır. Yasal temsilcinin işleme icazet vermemesiyle birlikte sınırlı ehliysiz küçük (A) ile eşyayı ilk devralan kişi (B) arasında askıda hükümsüz olan sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Bu durumda eşyayı sonradan devralan üçüncü kişi (Ü) eşyayı devraldığı kişinin tasarruf yetkisindeki eksikliği bilmiyorsa, bizde TMK m. 988'de yer alan emin sıfatıyla zilyetten aynı hak iktisabının benzeri bir düzenlemesi olan § 932 BGB uyarınca mülkiyeti iktisap etmektedir. Alman § 142 II BGB hükmüne göre ise; bir hukukî işlemin iptale tabi olduğu bilen veya bilmesi gereken kişi, o hukukî işlem iptal edildiğinde, o hukukî işlemin kesin hükümsüz olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi gibi sayılmaktadır⁵. *Varsayım (fiksiyon)* niteliğindeki bu hüküm uyarınca, olayda adı geçen (Ü), eşyayı devraldığı (B)'nin eşyayı hile yoluyla devraldığını bildiği için, sonradan o hukukî işlemin (A)'nın yasal temsilcisi tarafından iptal edilmesi

- 1 Etik alanında çifte etki kuramı hakkında genel bilgi için bkz. Dietmar von der Pfordten, 'Moralisches Handeln und das Prinzip der Doppelwirkung', in: Kühler M. und Rüter M. (eds), *Handbuch Handlungstheorie* (J.B. Metzler 2016) 334-341 <https://doi.org/10.1007/978-3-476-05359-6_38> accessed 12 September 2022
- 2 Theodor Kipp, 'Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit' (1911) Festschrift für Ferdinand von Martitz, Verlag von Otto Liebmann 211 vd.
- 3 Markus Würdinger, 'Doppelwirkungen im Zivilrecht, Eine 100-jährige juristische Entdeckung' (2011) JuS 771 ve orada anılan yazarlar.
- 4 Kipp (n 2) 226 vd.
- 5 Belirtelim ki Türk-İsviçre Medeni-Borçlar Kanunlarında yer almayan ve Pandekt hukukunun Türk-İsviçre Medeni-Borçlar Kanunundaki düzenlemelerine nispeten daha kazuistik kanun yapma anlayışını yansıtan § 142 II BGB hükmünde düzenlenen aynı sonuca Türk-İsviçre hukukunda TMK m. 988 hükmünde bir örtülü boşluk olduğu kabul edilerek veya hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) kuralı işletilerek varılabilir.

halinde kendisi iyiniyetli sayılamayacağından § 932 BGB uyarınca mülkiyeti kazanamayacak ve kendisine aynî istihkak talebi yöneltilenilebilecektir⁶. Sonuç olarak, Alman BGB hükümlerine göre kesin hükümsüz hukukî işlemin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesine olanak tanınması halinde eşyanın (A)'ya iadesi sağlanabilirken, kesin hükümsüzlüğe ilişkin kuralların uygulanması halinde (A)'nın eşya üzerindeki aynî hakkı, (Ü)'nün iyiniyetli hak iktisabı nedeniyle sona erecektir.

Kipp'in çifte etki kuramını açıklamak için kullandığı bu örneğinde kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirliğin hukukî sonuçları taraf menfaatleri bakımından adeta *siyah* ile *beyaz* gibidir. Kesin hükümsüzlüğün hukukî sonuçları uygulandığında sınırlı ehliyetsiz taşınır eşyanın mülkiyetini kaybedecek, buna karşılık üçüncü kişi iyiniyetli ise aynı hakkı iktisap edecek; fakat *kesin hükümsüz bir hukukî işlemin de iptal edilebilir olduğu kabul edilirse* § 142 II BGB hükmündeki varsayım uyarınca üçüncü kişi mülkiyeti kazanamayacaktır. Kipp, böyle bir sonucun zarar gören sınırlı ehliyetsiz küçük bakımından adaletsiz kaçacağı düşüncesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi hukukî işlemlerin de irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁷.

Kipp'in *kesin hükümsüzlük – iptal edilebilirlik* bağlamında ortaya attığı çifte etki kuramı, sona ermiş bir hukukî ilişkinin tekrardan sonlandırılması, geçersiz hale getirilmesi olanağı veya çalışma konumuz ve aşağıda inceleyeceğimiz geçersiz bir hukukî işlemin iptal dışında başka bir yenilik doğuran bir hakkın kullanımıyla çözümlenip çözülemeyeceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Kipp, hukukî olaylara ve bunların hukukî sonuçlarına doğa bilimlerindeki, ölü bir kişinin yeniden öldürülmesinin imkânsızlığı örneğinde olduğu gibi mekanik yaklaşılamayacağını, bunlara doğa bilimlerindeki bakış açısıyla bakılamayacağını, hukukun normatif bir karakteri olduğunu ve taraf menfaatleri gerektirdiği takdirde sona ermiş bir hukukî ilişkinin de sonradan geçersiz hale getirilebileceğini ve hukuk düzeninin geçersizlik atfettiği hukukî işlemlerin de başka bir hukukî sebeple geçersiz hale getirilebileceğini ifade etmektedir⁸. Gerçekten de hukuk genel olarak, pozitif bilimlerde olduğu gibi

6 Stephan Lorenz, 'Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung,' in: Dammann, Jens/Grunsky, Wolfgang/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, (2011) 78.

7 Kipp'in oldukça tartışma yaratan bu kuramına başlangıçta ihtiyatla yaklaşılsa da 1930'lu yıllardan itibaren ibre onun görüşlerinin lehine dönmüştür. Bu konuda bkz. Manfred Herbert, '100 Jahre Doppelwirkungen im Recht' (2011) 10 JZ 505; Cristoph Schmelz, 'Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht – eine rechtspraktikable Betrachtung' (2006) JA 21; Erik Hahn, 'Der Verbraucherwiderrufsrecht und die Kipsche Doppelwirkung im Recht' (2010) NJ 282; Würdinger (n 3) 770. Nitekim Kipp'in çifte etki kuramından etkilenen Alman Federal Mahkemesi de 1955 yılında vermiş olduğu ve Kipp'in çifte etki kuramına atıf yaptığı kararında şekle aykırı bir sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebileceği yönünde karar vermiştir (BGH, JZ 1955, 500, Schmelz (n 6) 21; Hahn (n 7) 282; Würdinger (n 3) 771, dn. 32'den naklen).

8 Kipp (n 2) 219, 223. Aynı yönde bkz. Bernd Oellers, 'Doppelwirkungen im Recht?' (1969) Archiv für die civilistische Praxis 169. Bd H. 1, 68; Vedat Buz, *Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005) 212-213; Lorenz (n 6) 77; Würdinger (n 3) 770; Schmelz (n 7) 21-22. Sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanının ilgililer tarafından karar altına alınmasını talep etme imkânı (TMK m. 147/I) da bu duruma örnek verilebilir. Ayrıca nisbi butlan (TMK m. 159) veya boşanma davası (TMK m. 181/II) devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde mirasçılardan davaya devam etme olanağı yine bu anlayışın izlerini taşımaktadır. Lâkin bu son örneklerde mirasçılardan davaya devam etme olanağı; zaten ölümle sona ermiş evliliğin nisbi butlan veya boşanma yoluyla tekrar sona erdirilmesini sağlamaz da, nisbi butlan davasında iyiniyetli olmamanın veya boşanma davasında kusurun varlığının tespit edilmesi suretiyle sağ kalan eşin yasal mirasçı olup olamayacağını belirlemeye yarar. Bunlardan başka doktrinde mutlak butlanla sakat bir evliliğin boşanma yoluyla da sona erdirilebileceği ve boşanma davasına bakan hâkimin mutlak butlanı re'sen dikkate alamayacağı ve boşanma davasını görmeye devam edeceği ifade edilmektedir (Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 82; Y. 2. HD. 4.3.1980, 1724/1429, YKD 1980, C. VI, s. 1077). Bu arada belirtelim ki evliliğin iptal yoluyla sona erdirilmesi borçlar hukuku alanındaki kesin hükümsüzlükte

sebeup-sonuç ilişkisiyle değil, hukukî olay ve hukukî sonuçlarıyla tutarlılığı ve haklılığı her zaman tartışılabilecek değer yargılarıyla iş görür ve bu yönüyle pozitif bilimlerden ayrılır⁹. Kipp'in hukukun normatif karakterini vurgulayan bu görüşleri kavram hukukçuluğundan menfaat hukukçuluğuna geçiş sürecinin de önemli bir parçası olarak görülmektedir¹⁰. Geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözümlenip çözülemeyeceği sorunu da işte, Kipp'in menfaat hukukçuluğunun bir örneğini yansıtan çifte etki kuramı ve özel hukuktaki yeni yaklaşımlar çerçevesinde açıklığa kavuşturulabilir.

II. GEÇERSİZLİK VE GEÇERSİZ SÖZLEŞMELERİN TASFİYESİNDE “YENİ”¹¹ YAKLAŞIMLARIN KIPP’İN ÇİFTE ETKİ KURAMIYLA İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Klasik öğretinin hukukî işlemlerin geçersizliği ve geçersiz sözleşmelerin tasfiyesine yönelik benimsediği rejim taraf menfaatlerini yeterince sağlamamaktadır. Bu amaçla irade özerkliğinin sınırlarının genişletilerek “*favor negotii*” yaklaşımıyla kuruluşunda aksaklık olan sözleşmeler dahi ayakta tutulmaya çalışılarak alışveriş piyasasına işlerlik kazandırma veya en azından onun önünde bir bariyer oluşturmama çabaları son zamanlarda ön plana çıkmıştır.

Gerek geçersiz sözleşmeyi ayakta tutma çabaları gerekse de geçersiz bir sözleşmenin tasfiyesindeki irade özerkliğini esas alan bu yeni yaklaşımlar, geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözümlenip çözülemeyeceği sorununa da ışık tutmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan bu sorunun çözümü, yeni öğretilerdeki bu yeni yaklaşımlar bağlamında açıklığa kavuşturulabilir. Şöyle ki; geçersiz bir sözleşme, klasik geçersizlik öğretisinden farklı olarak belirli koşulların varlığı halinde *favor negotii* yaklaşımıyla ayakta tutulacak olursa, onun kuruluşunda aksaklık olmayan diğer sözleşmeler gibi yenilik doğuran haklarla çözülmesi mümkün olabilecektir¹². İkinci olarak ise, kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan bir sözleşme ile kuruluşunda herhangi bir aksaklık olmayan sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan bir aksaklık nedeniyle akamete uğraması halinde sözleşmenin tasfiyesine ortak hükümler uygulanacak olursa sözleşmenin kural olarak nasıl çözüldüğünün bir önemi de kalmayacaktır. Kipp'in geçersiz bir sözleşmenin menfaatler durumu gerektiriyorsa başka bir geçersizlik sebebine dayalı olarak geçersiz hale getirilmesine imkân tanıyan çifte etki kuramı da, geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözümlenip çözülemeyeceği sorunu bağlamında ve bu yeni yaklaşımlar kapsamında yeniden değerlendirilmelidir.

olduğu gibi kendiliğinden sonuç doğurmayıp, mahkemenin yenilik doğurucu kararına bağlanmıştır.

9 Rona Serozan, *Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2017) 3; Herbert (n 7) 503-504.

10 Serozan, *Medenî* (n 9) 393. Bu arada belirtelim ki, Alman doktrininde menfaat hukukçuluğu yaklaşımıyla Kipp'in bu çifte etki kuramının, özünde kanun hükümlerinin teleolojik redüksiyonundan ibaret olduğunu ileri sürenlere de rastlanır (Oellers (n 8) 69 vd.; Würdinger (n 3) 770).

11 Burada kullandığımız “*yeni*” ibaresi, bu yaklaşımların klasik öğretilerde savunulan görüşlere göre daha yakın tarihli olmasını ifade etmektedir. Yeni ibaresini turnak içine almamızın sebebi ise, esasında bu yaklaşımların en azından tarihsel olarak pek de yeni olmayıp bazılarının uzun yıllar öncesine dayanmasıdır.

12 Lâkin burada klasik geçersizlikten farklı olarak yenilik doğuran hak sahibinin sözleşmeyi çözüme yönünde karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı gerekecektir.

B. KLÁSİK VE YENİ ÖĞRETİYE GÖRE GEÇERSİZLİK VE BUNUN ÇİFTE ETKİ KURAMIYLA İLİŞKİSİ

Klâsik öğretide geçersizlik; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve noksanlık şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu geçersizlik türlerinden yokluk, kesin hükümsüzlük ve hukukî işlemin tamamlayıcı unsuru olan rıza verilmediğinde noksanlık hallerinde işlem baştan itibaren geçersiz sayılmaktadır. İptalde ise hukukî işlemin geçersizliği işlemin iptal edilmesinde bireysel çıkarı bulunan kişinin iptal iradesini ortaya koymasıyla tescil edilmekte ve işlem baştan itibaren geçersiz kabul edilmektedir¹³.

Klâsik öğretiye göre, sözleşmenin kuruluş aşamasında var olan bir sakatlık nedeniyle kesin hükümsüz olan bir hukukî işlem hiçbir hukukî sonuç doğurmaz¹⁴. Kesin hükümsüzlüğün sonuçları, işlemin geçersiz sayılmasında menfaati olan kişiler tarafından ileri sürülmeksizin *kendiliğinden* ortaya çıkar. Üstelik hâkim önüne gelen bir meselede işlemin kesin hükümsüz olup olmadığını *re'sen* gözetir¹⁵. Kesin hükümsüz bir hukukî işlemde dolayı ifa talepleri de *itiraz* yoluyla her zaman püskürtülebilir. Kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmaksızın *her zaman* ileri sürülebilir¹⁶. Kesin hükümsüzlüğün sonuç doğurabilmesi için ilgililer tarafından bir dava açılmasına da gerek yoktur; kesin hükümsüzlüğe ilişkin olarak olsa olsa onun varlığına yönelik bir *tespit* davası açılabilir¹⁷. Buna karşılık iptalde ise, hukukî işlemin iptal edilmesinde bireysel çıkarı olan kişi iptal hakkını kullanmadıkça hâkim, sözleşmeyi *re'sen* geçersiz kılamaz. Lâkin iptal hakkı, her zaman ileri sürülebilen geçersizlikten farklı olarak iradî olarak kullanıldığı ve karşı tarafın hukuk alanında tek taraflı etki yaratma kabiliyetini haiz olması nedeniyle genellikle hak düşürücü süreyle sınırlandırılır.

Klâsik öğretinin kamu düzenini öncelediği söylenebilecek ve kavramcı sayılabilecek bu yaklaşımına tepki olarak ortaya çıkan ve özünde menfaat hukukçuluğunun bir yansıması olarak kabul edilecek yeni geçersizlik öğretisine göre ise, kanunlardaki tüm kesin hükümsüzlük hallerine bu kavramcı bakış açısıyla yaklaşmak ve her birine aynı hukukî sonucu bağlamak doğru değildir¹⁸. Bu anlayışın bir tezahürü olarak yeni öğretilerde kendine özgü geçersizlik, esnek hükümsüzlük ve bu arada nisbî etkisizlik kavramları birer geçersizlik türü ortaya atılmıştır¹⁹. Bunlar arasında kendine özgü

13 M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1*, (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018) 179; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 387; Serozan, *Medenî* (n 9) 387.

14 Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993) 162; Oğuzman ve Öz (n 13) 176; Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 378.

15 Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 375-376; Oğuzman ve Öz (n 13) 176; Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 377; Edis (n 14) 162; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 87.

16 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 15) 375; Edis (n 14) 162; Oğuzman ve Öz (n 13) 176; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017) 85.

17 Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 378.

18 Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 589 vd.; Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 375; Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Yetkin Yayınları 1998) 143 vd.

19 Bu geçersizlik türleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (Oniki Levha Yayınları 2016) 52 vd.

geçersizlik ve esnek hükümsüzlük yaptırımları, geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran hakların kullanımı vasıtasıyla çözülmesi bağlamında çalışmamız bakımından özel önem arz etmektedir.

Bunlardan *kendine özgü geçersizlik*; klâsik geçersizlik öğretisinden farklı olarak özellikle şekle aykırı sözleşmelerde şekle aykırılığı ilgili herkesin değil, yalnızca sözleşmenin taraflarının ileri sürebileceği, hâkim tarafından re'sen gözetilemeyeceği ve bunun da normun koruma amacıyla sınırlı olarak şekil kuralıyla korunmak istenen tarafça ileri sürülebileceği anlayışına dayanmaktadır²⁰.

Normun koruma amacından hareket eden bu görüşü şekle aykırılık dışında diğer kesin hükümsüzlük normlarına yaygınlaştıran *esnek hükümsüzlük* görüşü de, özünde klâsik öğretinin öngördüğü kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarını yumuşatmayı amaçlar²¹. Buna göre; her bir geçersizlik hükmüne aynı sonucu bağlamaktan ziyade hükmün anlam ve koruma amacından hareket edilmeli ve geçersizliği yalnızca hükmün koruma amacı kapsamındaki kişiler ileri sürebilmelidir²². Keza hâkim de geçersizliğe neden olan hukuk normunun anlam ve amacından hareketle geçersizliği, yalnızca korunmak istenen taraf lehine dikkate alabilmelidir²³. Bunun neticesinde geçersizliğin sonuçları, ihlâl edilen hükmün koruma amacının taraflardan birine veya kamu yararına ilişkin olup olmadığına göre değişkenlik gösterecektir²⁴. Doktrinde bazı yazarlar esnek hükümsüzlük kavramının kabul edilmesiyle varılan sonuca ulaşmak için yeni bir geçersizlik türü yaratılmasının yerinde ve gerekli olmadığına işaret ederler²⁵. Bu yazarlara göre esnek hükümsüzlük, hukukî işlemin geçersizliğini öngören mevcut normların amaca uygun sınırlandırılmasından başka bir şey değildir²⁶. Başka bir deyişle bu yazarlar kesin hükümsüzlüğe ilişkin normların yalnızca lafzıyla ve kavramsal olarak yorumlanmasının doğru olmadığını, bu hükümlerde örtülü bir boşluğun olduğu kabulüyle bu normların koruma amacına uygun düşecek şekilde sınırlandırılması gerektiğine işaret ederler. Bir başka görüşe göre ise, bu normlarda amaca uygun sınırlandırma yoluyla örtülü bir boşluğun kabulüne bile gerek yoktur. Zira böyle bir durumda geçersizliğe ilişkin normun, normun koruma amacını göz ardı edecek şekilde ileri sürülmesi ve normun motamot uygulanması hakkın kötüye kullanılması

20 Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 324; Eren, Genel, s. 329; Altaş (n 18) 145; Akbulut (n 19) 60 vd.

21 Eren, Borçlar Genel (n 13) 378-379; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88; Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 181-183; Akbulut (n 19) 61 vd.

22 Esnek hükümsüzlük doktrinde *mutlak (sınırsız) esnek hükümsüzlük* ve *sınırlı esnek hükümsüzlük* olmak üzere ikili bir ayırım tabii tutulmaktadır. Bunlardan *mutlak esnek hükümsüzlük* görüşü, kanunda kesin hükümsüzlüğün tanımı yapılmadığından hukuka aykırılığı düzenleyen hükümlere aykırılıkta her zaman klâsik anlamda kesin hükümsüzlüğün uygulanmasının doğru olmadığına işaret eder. Bu görüşe göre hükmün anlam ve amacından hareket edilerek hükmün anlam ve amacından kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna varılıyorsa bu yaptırım uygulanmalıdır. *Sınırlı esnek hükümsüzlük* görüşüne göre ise, TBK m. 27/I uyarınca bu fıkrada sayılan hallere aykırılık halinde kesin hükümsüzlük karine olarak kabul edilmeli, lâkin bu karinenin çürütülebildiği durumlarda kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları esnetilebilmelidir. Bu görüşe göre klâsik anlamdaki kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları somut olay bakımından hükmün amacına ters düşüyorsa, bu sonuçlar hükmün amacı gözetilmek suretiyle törpülenmeli ve hükmün amacıyla uyumlu olacak şekilde uygulanmalıdır (Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 589-591).

23 Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 589; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88; Antalya (n 21) 199; Akbulut (n 19) 61 vd.

24 Akbulut (n 19) 143 vd.

25 Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88; Akbulut (n 19) 75-76.

26 Serozan, Medeni (n 9) 391; Akbulut (n 19) 76.

yasağına tabi olacaktır (TMK m. 2/II)²⁷. Son kertede gerekçesi ne olursa olsun tüm görüşler aynı amaca hizmet etmektedirler. Gerçekten de geçersizlik normları özünden ve bağlamından kopararak salt kavramsal olarak ve lafziyla yorumlanamazlar. Zira yalnızca geçersizlik normları değil, hukuk düzenindeki her bir normun bir konuluş amacı (*ratio legis'i*) vardır ve bunlar toplumsal ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkıp en nihayetinde toplumsal düzenin adaletli ve sağlıklı biçimde yürütülmesine hizmet ederler. Bu arada esnek hükümsüzlük, yalnızca kavramsal olarak kabulü veya örtülü boşluğun doldurulması ya da hakkın kötüye kullanılması yasağı şeklinde değil, aynı zamanda kanun koyucunun son zamanlarda kendi düzenlemelerinde de – *genellikle sözleşmenin zayıf tarafını koruma amaçlı olarak* – kendini göstermektedir²⁸.

Her bir geçersizlik normunun bir amaca hizmet ettiği kabul edildiğinde, geçersizlik normlarının da bu amaçları doğrultusunda yorumlanması gerekir. Bu bağlamda, örneğin ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin hukuki işlemlerinin sonuç doğurmayacağına ilişkin TMK m. 15 hükmü ayırt etme gücünden yoksun olan kişileri korumayı amaçlar. Bu kişilerin korunmaya ihtiyacı olmayan bir durumda, örneğin ayırt etme gücünden yoksun kişiye karşılıksız bir kazandırmada bulunduğu, TMK m. 15 hükmü teleolojik bir redüksiyona tabi tutulmalı, karşılıksız kazandırmada bulunan kişi işlemin geçersizliğini ileri sürememelidir²⁹. Sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın borç altına giremeyeceğini düzenleyen TMK m. 16/I c. 1 hükmü de sınırlı ehliyetsizlerin malvarlığını korumaya yönelik olarak onları koruma amacı taşır³⁰. Dolayısıyla bu kişilerin yapmış oldukları sözleşmelerde geçersizlik, yalnızca bu kişileri korumaya hizmet ettiği ölçüde dikkate alınabilir.

Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu düzenleyen TBK m. 27 hükmünde ise geçersizliğe neden olan olgular tek bir kalıp içinde değerlendirilemez³¹. Esasında TBK m. 27 hükmü ve hatta iptal edilebilirlik halleri dahil tüm geçersizlik normları özünde kamu düzenini korumayı ve kamu yararını sağlamayı amaçlar. Lâkin bu geçersizlik normlarında kamu düzenini koruma ve kamu yararını sağlama işlevi bazılarında doğrudan ve kuvvetli (kesin hükümsüzlük), bazılarında ise yalnızca normun koruma

27 Hatemi ve Gökyayla (n 16) 88-89.

28 Özellikle şekle tabi olan taksitle satış sözleşmesi (TKHK m. 17/III), tüketici kredisi sözleşmesi (TKHK m. 22/III), konut finansmanı sözleşmesi (TKHK m. 32/II), ön ödemeli konut satış sözleşmesi (TKHK m. 41/I), işyeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47/IV) gibi sözleşmelerde satıcı ve sağlayıcının şekle aykırılığı ileri süremeyeceği, bunu yalnızca tüketicinin ileri sürebileceğini düzenleyen hükümler ile geçersiz bir hizmet sözleşmesinin ileri etkili sona ereceğini düzenleyen TBK m. 394/III hükmü bunlara örnek verilebilir.

29 Serozan, Medeni (n 9) 160. Aksi yönde bkz. Y. HGK, E. 2002/1029, K. 2002/1-877, T. 27.11.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay kararında kanun hükmünün açık olduğunu, kanunda örtülü bir boşluk olmadığını ifade ederek tam ehliyetsizlerin karşılıksız kazandırmanın lehdarı olduğu durumlarda da işlemin geçersiz olacağını savunmaktadır.

30 Kanun koyucu sınırlı ehliyetsizlerin böyle bir korunmaya ihtiyacı olmadığı karşılıksız kazandırmalarda kural olarak bu rızanın gerekli olmadığını düzenlemiştir (TMK m. 16/I c. 2, TBK m. 287 c. 1). Ancak belirtelim ki bu kuralın istisnası olarak yasal temsilciye *veto hakkı* tanınmıştır (TBK m. 287 c. 2).

31 Bunların parametresinin "*hukuk etiği*" olan eşanlımlı kavramlar olduğu ve çoğu zaman birbiriyle iç içe geçtiği yönünde bkz. Serozan, Medeni (n 9) 378. Benzer yönde bkz. Domenico Acocella, 'Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge' (2003) 99 SJZ 494. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da kesin hükümsüzlük yaptırımının gün geçtikçe geçersizlik normunun amacına göre değerlendirildiği eğilimi göze çarpmaktadır (BGE 129 III 209 vd.; BGE 123 III 292 vd.).

kapsamındaki kişiyi korumak suretiyle dolaylı (esnek hükümsüzlük), bazılarında da yine dolaylı ve kendiliğinden sonuç doğurmaması bağlamında kesin hükümsüzlüğe nazaran daha zayıf bir yaptırım türü olarak iradî (iptal edilebilirlik) olarak sağlanır³². Bunlardan kamu düzenine ve ahlâka aykırılık nedeniyle hükümsüzlük, genel olarak ve doğrudan kamu düzenini korumayı ve kamu yararını sağlamayı hedefler. Bu tür sözleşmelerde doğrudan toplum yararına ilişkin kamu düzeninin veya genel ahlâkın ihlâl edilmesi durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçları esnetilemez ve bunlara kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları uygulanır³³. Lâkin kimi zaman kamu düzeni ve ahlâka aykırılık, bireysel menfaati korumak suretiyle kamu düzenini ve kamu yararını dolaylı yoldan da sağlayabilir. Bu durumda klâsik anlamda geçersizliğin katı sonuçları bireysel menfaati ihlâl edilen kişi lehine esnetilebilir. Örneğin, evlenmeme taahhüdü içeren bir sözleşmede ahlâka aykırılık yaptırımı yalnızca bu taahhütte bulunan kişi lehine gözetilebilir. Verdiğimiz örnekte sözleşme, kamu düzeni ve genel ahlâka aykırılık yanında kişilik hakkına da aykırıdır³⁴. Kişilik hakkına aykırı sözleşmelerde ise geçersizlik yalnızca kişilik hakkı zedelenen kişiyi korumayı amaçlar ve bu nedenle geçersizlik de yalnızca kişilik hakkı ihlâl edilen kişi tarafından ileri sürülüp, hâkim de geçersizliği yalnızca onun lehine dikkate alabilir³⁵. Emredici hükümlere aykırı olan sözleşmelerde ise emredici hükmün amacı ve koruduğu menfaat gözetilerek esnek hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmayacağı, daha doğrusu ilgili hükmün teleolojik redüksiyona tabi tutulup tutulmayacağı hususunda bir sonuca varılmalıdır. Şayet ihlâl edilen hükümde kamu menfaati, bireysel menfaatin önünde geliyorsa kesin hükümsüzlüğün katı sonuçları sözleşmeye uygulanacak ve sözleşme hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Buna karşılık, emredici hüküm taraflardan yalnızca birini korumaya yönelik ise ve bireysel menfaat üzerinden dolaylı olarak kamu düzenini korumayı ve kamu yararını sağlamayı amaçlıyorsa kesin hükümsüzlüğün sonuçları yumuşatılabilecektir³⁶. Bir başka geçersizlik normu şekle aykırı sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurmayacağını düzenleyen TBK m. 12/II hükmü de bu bağlamda yorumlanmalıdır. Şekil kuralları, farklı işlevleri de olmakla beraber esas itibarıyla uyarma işleviyle birlikte borç altına giren kişileri korumayı hedeflediğinden her bir şekil kuralıyla getirilen normun koruma amacı gözetilmeli ve kesin hükümsüzlük yaptırımı iradesi şekille korunan kişiler lehine esnetilerek geçersizliği yalnızca bu kişiler ileri sürebilmeli ve hâkim de geçersizliği yalnızca bu kişiler lehine dikkate almalıdır³⁷.

Bu çıkarımlarımız doğrultusunda esnek hükümsüzlükle malûl bir sözleşmede hükümsüzlük yalnızca normun koruma amacı kapsamındaki kişi tarafından ileri sürülebilecek ve hâkim de hükümsüzlüğü sadece korunmak istenen taraf lehine gözetebilecektir. Bu yaklaşım, Kipp'in çifte etki kuramı bağlamında geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran haklarla çözümlenip çözülemeyeceği sorununa da ışık tutacaktır. Zira ayrıntıları aşağıda açıklanacağı üzere, geçersizlik normunun koruma kapsamındaki kişi dilerse geçersizliğe dayanabilecek, dilerse de ve özellikle sözleşmeyi çözmesi kesin hükümsüzlüğün tasfiye sonucuna nazaran kendisine daha fazla avantaj sağlıyorsa, yani menfaati

32 Serozan, Medenî (n 9) 380, 387.

33 Akbulut (n 19) 257.

34 Eren, Borçlar Genel (n 13) 363; Serozan, Medenî (n 9) 378.

35 Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 592; Eren, Borçlar Genel (n 13) 379; Antalya (n. 21) 201; Akbulut (n 19) 256-257.

36 Akbulut (n 19) 222.

37 Antalya (n. 21) 200; Altaş (n 18) 145; Akbulut (n 19) 304 vd.

gerektiriyorsa sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle çözüme yoluna gidebilecektir. Başka bir deyişle geçersizliği ileri sürme hakkı ile kanundaki koşulların varlığı halinde sözleşmeyi çözüme hakkı birbiriyle yarışacak ve hâkim de geçersizliği yalnızca onun lehine gözetebilecektir.

C. KLÂSİK VE YENİ ÖĞRETİYE GÖRE GEÇERSİZ SÖZLEŞMELERİN TASFİYESİ VE BUNUN ÇİFTE ETKİ KURAMIYLA İLİŞKİSİ

Kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin kanunlarda bir düzenleme yer almamaktadır. Klâsik öğretiyeye göre geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde edimlerin iadesi yönünden hukukî işlemin sebebe bağlı olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre sebebe bağlı işlemlerde iade aynı bir taleple (taşınırlarda istihkak ve taşınmazlarda tapu sicilinin düzeltilmesi davası) ve iadenin kapsamı haksız zilyetlik hükümleri çerçevesinde, sebebe bağlı olmayan işlemlerde (soyutluk ilkesi) ise iade sebepsiz zenginleşmeye dayalı kişisel bir taleple ve iadenin kapsamı da sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır³⁸.

Son zamanlarda savunulan ve gittikçe daha fazla taraftar bulan görüşe göre ise sözleşmenin kuruluş aşamasında sakatlığa uğraması ile sonradan ifası sırasında akamete uğramasıyla ortaya çıkacak tasfiye ilişkisinde taraf menfaatleri bağlamında hiçbir fark bulunmamaktadır³⁹. Dolayısıyla bu her iki durumda da sözleşmenin tasfiyesi ortak bir rejime tabi olmalıdır. Lâkin bunların tasfiyesine ilişkin kanunda şimdilik bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla sorun, ortak tasfiye kuralları kabul edilinceye kadar tasfiyeye sözleşme hukuku kurallarını uygulamakla çözümlenmelidir⁴⁰. Menfaat hukukçuluğu anlayışının bir tezahürü olan ve yeni dönme (dönüşüm) kuramıyla da uyumlu bu görüşe göre; nasıl ki birbirleriyle iradî olarak sosyal temas içine girmiş kişilerin edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisine girdiği ve koruma/davranış yükümlerine aykırılığı nedeniyle uğradıkları zararların borca aykırılıktan kaynaklı olarak sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde talep edilebileceği kabul ediliyorsa, geçersiz sözleşmelerde de edimlerin iadesi aynı gerekçeyle sözleşmeye dayandırılabilir ve bunların iadesinde genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) uygulanmalıdır⁴¹. Esasında zarar gören açısından dezavantajlı sayılabilecek haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yerine, birbirleriyle sosyal temas içine girmiş kişilerin karşı tarafa vermiş oldukları zararların sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde giderilmesine yönelik yaklaşımın temelleri uzun

38 Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 119-120; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 15) 376; Eren, Borçlar Genel (n 13) 378; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 215 vd.

39 Rona Serozan, 'Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarının Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi' Beta Yayınları, 2007 (Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan) 733 vd.; Vedat Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi' (2010) Rona Serozan'a Armağan 650 vd.; Tuba Akçura Karaman, 'Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 308.

40 Acocella (n 31) 494-495; Serozan, Sözleşme (n 39) 728. Buz ise sözleşmenin kuruluşu ve sonrasında ifası sırasında ortaya çıkan aksaklıklara farklı tasfiye kurallarının uygulanmasını eleştirmekte, lâkin sözleşme hukuku kurallarının da özellikle iade borcunun imkânsızlaşması halinde sorunu tatminkâr bir biçimde çözmekten uzak olduğunu ve tasfiyenin ortak esaslara tabi olmasının gerektiğini ve bunun çözümünün de yalnızca *de lege feranda* değil, *de lege lata* içinde aranması gerektiğine işaret ederek pozitif hukuk içindeki çözüm önerilerini dile getirmiştir (Buz, Akamet (n 39) 650 vd.).

41 Serozan, Sözleşme (n 39) 740; Acocella (n 31) 495 vd.; Akçura Karaman (n 39) 308 vd.

bir geçmişe dayanmaktadır. *Jhering*'in 1861 tarihli eseriyle geliştirilen “*culpa in contrahendo*”, Alman İmparatorluk Mahkemeleri tarafından geliştirilen “*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*”, davranış (koruma) yükümleri ve buna bağlı “*edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi*”, 1921 tarihinde *Stoll* tarafından ortaya atılan “*yeni dönme (dönüşüm)*” ile 1941 yılında *Haupt* tarafından geliştirilen “*fiili sözleşme ilişkisi*” kuramları da hep sosyal temas olgusunu ön plana çıkaran ve dezavantajlı haksız fiil/ sebepsiz zenginleşme hükümlerinden sözleşme hukukuna kaçış eğiliminin birer göstergesi olarak kabul edilebilirler⁴². Geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde sözleşme hukuku kurallarının uygulanması gerektiğini savunan yeni öğretinin bu yaklaşımı da bu kuramlarda benimsenen görüşlerin bir yansıması olarak görülebilir.

Gerçekten de kuruluşunda herhangi bir aksaklık bulunmayan bir sözleşmenin sonradan herhangi bir sebeple (borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme, satıcının zapttan sorumluluğu, bozucu şartın gerçekleşmesi, vb.) akamete uğraması halinde tasfiyeye sözleşme hukuku kurallarının uygulanacağı kabul edilebiliyorsa, birbirleriyle iradî olarak sosyal temasta bulunmuş kişilerin kuruluş aşamasındaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz olan sözleşmelerin tasfiyesinde iadeye de – özellikle tarihsel süreç içinde geliştirilmiş yukarıda andığımız kuramlar da dikkate alındığında – sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasının kabul edilmesinde bir tutarsızlık bulunmamaktadır⁴³. Nihayetinde sözleşme, ister kuruluş aşamasındaki isterse sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle akamete uğrasın, tasfiye sonucunda nihai hedef *status quo ante*'nin – tarafların borç ilişkisine girdiği andaki durumun – sağlanmasıdır⁴⁴. Bu nedenle *status quo ante*'ye ulaşılmasının yolunun da aynı rejime tabi olması gerekir⁴⁵.

Sonuç olarak, tasfiyede klâsik öğretinin *sebebe bağlılık-soyutluk* ilkeleri uygulandığında, geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu durumlarda aynı istihkak kurallarına, soyutluk ilkesi uygulandığında ise kişisel bir hak olan sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılacaktır. Oysa geçersiz sözleşmelerin de yenilik doğuran haklarla çözülebileceği kabul edildiğinde tasfiyede sözleşme hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla klâsik öğretinin tasfiye kuralları ile geçersiz sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözülmesi halinde uygulanacak kuralların hukukî sonuçları birbirinden farklı olduğu için Kipp'in çifte etki kuramı sözleşmenin tasfiye sonucunu da doğrudan etkileyecektir.

Buna karşılık Kipp'in çifte etki kuramına göre herhangi bir sebeple geçersiz olan bir sözleşmenin zarar gören açısından daha avantajlı sayılabilecek başka bir geçersizlik sebebi ileri sürülerek tasfiyesi halinde, her iki geçersizlik sebebi yönünden de tasfiyede yeni öğretinin benimsediği sözleşme hukuku kuralları uygulandığında kuram en azından borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerin *geçersizliği bağlamında* kanun özel bir imkân öngörmediği müddetçe pratik önemini yitirecektir. Keza aynı şekilde bir sözleşmenin kuruluş aşamasındaki bir aksaklık ile ifası sırasında meydana

42 Karş. Serozan, Sözleşme (n 39) 716 vd.; Acocella (n 31) 497; Akçura Karaman (n 39) 309 vd. Ayrıca bkz. BGE 129 III 328; BGE 130 III 510.

43 Serozan, Sözleşme (n 39) 733 vd.; Akçura Karaman (n 39) 308 vd.

44 Buz, Akamet (n 39) 649.

45 ibid 649-650.

gelen aksaklığa, – *örneğin sözleşmenin yenilik doğuran bir hakkın kullanılması suretiyle çözülmesi halinde-*, sözleşmenin tasfiyesi bağlamında aynı ortak esasların uygulanması halinde *maddî hukuk* bakımından Kipp'in çifte etki kuramı pratikte yeni bir fayda sağlamayacaktır. Lâkin yeni öğretinin tasfiye esaslarına göre sözleşmenin tasfiyesinde bunlar arasında kural olarak özel bir fark olmamakla birlikte, sözleşmenin taraflarına maddî veya usûlî menfaat sağlayan özel bir kanunî düzenleme olması halinde sözleşmenin hangi esaslara göre ve nasıl çözüleceği, hangi hukukî yollara başvurulabileceği farklılık arz edebilecektir⁴⁶.

III. GEÇERSİZ SÖZLEŞMELERİN YENİLİK DOĞURAN HAKLAR VASITASIYLA ÇÖZÜLÜP ÇÖZÜLEMEDİĞİ SORUNU

A. GENEL OLARAK

Kipp'in kesin hükümsüz bir sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilip edilemeyeceği sorununu tartıştığı ve hukukta çifte etki kuramını ortaya koyduğu çalışması, Alman Federal Mahkemesinin aşağıda inceleyeceğimiz kararlarında da görüleceği üzere bu kez geçersiz sözleşmelerin yenilik doğuran hakların kullanımı vasıtasıyla çözülüp çözülemeyeceği sorunu bağlamında yıllar sonra adeta uykusundan uyandırılarak yeniden gündeme gelmiş ve Kipp'in çifte etki kuramı geçersiz hukukî işlemlerin sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle yenilik doğuran haklarla çözülmesi imkânına da yaygınlaştırılmaya başlanmıştır⁴⁷. Lâkin bu imkânın hangi geçersizlik hallerinde ve nasıl kullanılabilirliği tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Aşağıda geçersiz bir sözleşmenin iptal, dönme, fesih, geri alma (cayma) gibi yenilik doğuran haklarla çözülüp çözülemeyeceği⁴⁸ ve geçersizlikle bunların yarışıp yarışamayacağı üzerinde durulacaktır.

46 Aşağıda inceleneceği üzere bazı tüketici sözleşmelerinde tüketiciye cayma hakkı tanıyan hükümler (ör. TKHK m. 18, 24, 48/IV, vd.), aşırı yararlanmada sömürülene aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkı (TBK m. 28/I) ve satış sözleşmesinde malın ayıplı olması halinde ayıp nedeniyle alıcıya tanınan seçimlik haklar (TBK m. 227/I) bunlara örnek gösterilebilir. Bundan başka sözleşmenin geçersizliğini ispat etmenin güçlük teşkil ettiği durumlarda bunu ispat etmek yerine doğrudan sözleşmeyi yenilik doğuran hak vasıtasıyla çözmek hak sahibine usûlî bir avantaj da sağlayabilir (Karş. Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 282; Würdinger (n 3) 770).

47 Bu konuda ilk kararlardan biri irade sakatlığı nedeniyle iptale tabi bir sözleşmede iptal beyanından önce sözleşmeden dönme hakkını kullanan kişinin pişmanlık akçesi ödemekten kaçınmak için sonradan iptal hakkını kullanıp kullanamayacağına ilişkindir (NJW 1953, 424, OLG München, Oellers (n 8) 77'den naklen). Ayrıca bkz. Hahn (n 7) 281. Yazar, Kipp'in kuramının yalnızca geçersizlik halleri bakımından uygulanabileceğini, iptal hakkının kullanılmasıyla da sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması sebebiyle geçersizliğin sonuçlarının ve tasfiyenin aynı kurallara tabi olduğunu ve geriye etkili olduğunu (ex tunc), buna karşılık iptal dışındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan aksaklık nedeniyle yenilik doğuran hakların kullanılması suretiyle, örneğin cayma hakkının kullanılarak sözleşmenin çözülmesi halinde ise sözleşmesel tasfiyenin söz konusu olması ve bunun ileri etkili sonuç doğurması (ex nunc) nedeniyle bunların Kipp'in çifte etki kuramıyla örtüşmediğini ve kuramdaki çözümün sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan aksaklık nedeniyle sözleşmenin çözülmesi bağlamında kıyasa elverişli olmadığını iddia etmektedir (s. 283-284). Aynı yönde bkz. Mirko Möller, *Anm. zu BGH Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08*, (2010) NJW 612.

48 Bu arada belirtelim ki, sözleşmeyi çözmekle birlikte yenilik doğuran bir hak olan *uyarlama hakkının* kullanılıp kullanılmayacağı da aynı esaslara tabidir.

B. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİNİN KONUYA YAKLAŞIMI – RADAR UYARI CİHAZI KARARLARI

Kipp'in yüz yılı aşkın bir süre önce ortaya attığı *hukukta çifte etki kuramı*, Alman Federal Mahkemesinin aşağıda inceleyeceğimiz iki farklı kararıyla yeniden gündeme gelmiştir. Kararlardan bir tanesi geçersiz bir sözleşmeden maldaki ayıp nedeniyle dönülüp dönülemeyeceği, diğeri ise geçersiz bir sözleşmede cayma hakkının kullanılıp kullanılmayacağıyla ilgilidir. Her iki kararın da konusunu alıcının satın aldığı radar uyarı cihazları oluşturmaktadır. Federal Mahkemenin birbirine benzeyen konulardaki kararları ilkesel olarak birbirinden farklı olup kanaatimizce aşağıda da açıklanacağı üzere çelişki arz etmektedir⁴⁹.

Alman Federal Mahkemesinin 2005 tarihli kararına⁵⁰ konu olan olayda alıcı, satın aldığı radar uyarı cihazının bazı polis radar noktalarında uyarı işlevini yerine getirmediğini ileri sürerek ayıp nedeniyle sözleşmeden dönerek satış bedelinin iadesini talep etmiştir. Yerel mahkeme alıcının istemini yerinde bularak satış bedelinin iadesine hükmetmiştir. İstinaf ve temyiz mahkemeleri ise aksi yönde karar vererek davanın reddine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi kararında özetle, Alman Karayolları Trafik Tüzüğü uyarınca radar uyarı cihazlarının satışının yasaklandığını (§ 23 Abs. 2 StVO – Karş. KTK m. 51/V), sözleşmenin her iki tarafının da amacının ahlâka aykırı olduğunu ve ahlâka aykırılık bilinciyle hareket ettiğini, dolayısıyla sözleşmenin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu (§ 138 Abs. 1 BGB – Karş. TBK m. 27/I), sözleşmenin tasfiyesinin kural olarak geçerli olmayan sebebe dayalı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini (§ 812 Abs. 1 BGB – Karş. TBK m. 77), ancak ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceğini (§ 817 BGB – Karş. TBK m. 81) belirterek davacının bedel iadesi istemini reddetmiştir. Sonuç itibarıyla Federal Mahkeme, ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmeden maldaki ayıp nedeniyle dönülemeyeceğine ve geçersiz sözleşmenin tasfiyesinde bedelin § 817 BGB uyarınca iade yasağına tabi olduğuna (*nemo auditur proprium turpitudinem allegans*) hükmetmiştir.

Alman Federal Mahkemesinin 2009 tarihli kararına⁵¹ konu olan olayda ise tüketici sıfatını haiz davacı alıcı mesafeli satış sözleşmesiyle radar uyarı cihazı satın almıştır. Sipariş formunda radar uyarı cihazlarının yasak olduğu ve mahkemelerin bunların satışını ahlâka aykırı kabul ettiği hususunda bir bilgilendirme notu da yer almaktadır⁵². Alıcı, malın tesliminden on gün sonra, yani yasal süresi içinde sözleşmeden cayma hakkını kullandığını ilterek ödemiş olduğu bedelin iadesini talep etmiş, satıcının bedel iadesine yanaşmaması üzerine dava açmıştır.

49 Bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. III C.

50 BGH, Urteil vom 23 Februar 2005 – VII ZR 129/04 – LG Oldenburg, AG Oldenburg, <https://openjur.de/u/52500.ppdf> accessed 12 September 2022.

51 BGH, Urteil vom 23 November 2009 – VIII ZR 318/08 – LG Aurich, AG Leer, (<https://openjur.de/u/323305.ppdf>);(<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Aurich&Datum=21.11.2008&Aktenzeichen=1%20S%20140/08>) accessed 12 September 2022.

52 Möller (N 47) 610.

Yerel mahkeme, 2005 tarihli Federal Mahkeme kararındaki benzer gerekçelerle – *satış sözleşmesinin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu* (§ 138 Abs. 1 BGB) ve *sebepsiz zenginleşmede iade yasağı uyarınca* (§ 817 BGB) – alıcının bedel iadesi istemini reddetmiştir⁵³.

Buna karşılık istinaf mahkemesi, sözleşmenin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmekle birlikte, satıcının § 817 BGB'de düzenlenen iade yasağına sığınmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağını işaret ederek, § 242 BGB'de düzenlenen dürüstlük kuralının geçersiz sözleşmelerde de uygulama alanı bulacağını, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin adaletsiz kaçabileceği istisnâ hallerde hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabileceğini, tüketiciyi koruyan hükümlerin tam da bu istisna kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, sözleşmenin amacının ahlâka aykırı olmasının tüketiciyi koruyan hükümleri bertaraf etmeyeceğini, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmasının özünde sözleşmenin karşı tarafını görmeyen ve tanımayan ve satın aldığı malı fizikî olarak inceleme imkânı bulamayan tüketiciyi koruma amacının yattığını, ahlâka aykırı sözleşmelerde de tüketiciye sözleşmeyi çözme imkânının tanınması gerektiğini, bu hakkı tanımamanın dürüst satıcıların iade yasağı (§ 817 BGB) hükmü uyarınca malı iadeyle yükümlü olmayacak olan dürüst olmayan satıcılardan daha kötü bir duruma düşmesi anlamına geleceğini ve bu nedenle tüketicinin dürüstlük kuralı uyarınca tüketiciyi koruyan hükümlere başvurarak sözleşmeyi çözebileceğini belirterek bedelin iadesine karar vermiştir.

Temyiz mahkemesi de kararında özetle; sözleşmenin geçersizliğinin mesafeli sözleşmede cayma hakkının kullanılmasına engel teşkil etmediğini, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkının tanınmasının özünde tüketicinin malı yerinde inceleme imkânının bulunmadığının yattığını, sözleşmenin hata ve hile gibi irade sakatlıkları nedeniyle iptal imkânının bulunduğu hallerde tüketicinin dilerse irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkını (§ 142 BGB) kullanarak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade isteyebileceğini (§ 812ff. BGB) dilerse yasal süresi içinde cayma hakkını kullanabileceğini (§§ 312d, 355 BGB), tüketicinin bu yönde seçimlik hakkı bulunduğunu, sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde de benzer şekilde tüketicinin bedel iadesi için dilerse geçersizliğe dayanabileceğini dilerse kendisi için daha işlevsel bir yol olan cayma hakkını kullanabileceğini, çifte etki kuramı – *Kipp'e atf yapmaksızın*⁵⁴ – uyarınca geçersiz sözleşmelerin de iptal edilebileceği görüşünün Alman hukukunda uzun zamandır kabul gördüğünü, bu açıdan bakıldığında geçersiz bir sözleşmenin iptal edilmesiyle bunlarda cayma hakkının kullanılması arasında bir fark olmadığını ifade ederek tüketicinin cayma hakkını (eski⁵⁵§§ 312d, 355 BGB) kullanabileceğine, somut olayda cayma hakkının kullanılmasını bloke edebilecek alıcının hilesi gibi dürüstlük kuralından kaynaklı bir istisna da bulunmadığına işaret ederek radar uyarı cihazının bedelinin tüketiciye iadesine karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesinin 2009 tarihli bu kararı, daha önce benzer olaylarda verdiği kararlardan farklılık arz etmesiyle içtihat değişikliğine gittiği şeklinde yorumlanmıştır⁵⁶.

53 AG Leer Urt. v. 28. 4. 2008 – 71 C 130/08, BeckRS 2009, 86552.

54 Herbert (n 7) 508.

55 Karar tarihinde yürürlükte olan eski § 312d BGB hükmü 13.6.2014 tarihinde yürürlüğe giren yasayla değiştirilmiştir (BGBl. I 2013 S. 3642). Maddenin eski metninde mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı düzenlenmişti. Eski metin için bkz. <https://lexetius.com/BGB/312d,2>, accessed 12 September 2022

56 Xiao Zhang, 'Widerrufsrecht beim Fernabsatzgeschäft trotz Nichtigkeit des Vertrages' (2011) 1 StudZR 185.

Özetle Alman Federal Mahkemesi 2005 tarihli kararında ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmede dönme hakkının kullanılmayacağına, 2009 tarihli kararında ise ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmenin cayma hakkı kullanılmak suretiyle çözülebileceğine karar vererek ilkesel olarak birbirinin zıddı sayılabilecek kararlara imza atmıştır. Bu kararlardan hangisinin isabetli olduğu ve çalışmamızın da konusunu oluşturan geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran hakkın kullanılması vasıtasıyla çözümlenip çözülemeyeceği meselesini yukarıda sözünü ettiğimiz yeni öğretilerdeki görüşler çerçevesinde aşağıda açıklamaya çalışacağız.

C. GÖRÜŞÜMÜZ

Bu konudaki görüşümüzü açıklamaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki; ifa ile sağalmış – *düzelmiş* – sözleşmeler (ör. TBK m. 288/III c. 1), geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı halleri içeren sözleşmeler (TMK m. 2/II)⁵⁷ ve kanun tarafından özel olarak geçersizliği ileri sürmenin yasaklandığı sözleşmelerde (ör. TKHK m. 17/III, m. 22/III, m. 32/II, m. 41/I, m. 47/IV) hak sahibinin ilgili yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle sözleşmeyi çözülebileceğine şüphe bulunmamaktadır. Keza sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde geçersizlik ileri etkili (ex nunc) olacağından taraflardan birinin sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanmak veya geçersizliğini ileri sürmek suretiyle sona erdirmesi yönünden kural olarak bir fark bulunmamaktadır (TBK m. 394/III). Bu türden sürekli borç ilişkisi doğuran geçersiz sözleşmeler fesih yoluyla sona erdirilebilirler. İrade sakatlığı gibi hukukî işlemin belirli bir süre içinde iptal edilmeyip geçerlilik kazandığı (düzelebilir hükümsüzlük) ve tamamlayıcı olgunun noksanlığı nedeniyle askıda hükümsüz bir hukukî işlemin sonradan ilgili kişinin icazetiyle baştan itibaren geçerli sayıldığı hallerde de koşulları olduğu takdirde sözleşmenin yenilik doğuran haklarla çözülebmesinde tereddüt bulunmamaktadır.

Bu türden ayrık durumlar dışında ise geçersiz bir sözleşmenin yenilik doğuran hakların kullanılması suretiyle çözümlenip çözülemeyeceği sorunu Kipp'in çifte etki kuramı ile yeni öğretinin esnek hükümsüzlük yaklaşımı ışığında çözüme kavuşturulabilir. Geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle çözülmeye elverişli olup olmadığına genel ve toptan bir yanıt verilemez⁵⁸. Zira bunun yanıtı, esnek hükümsüzlük öğretisine ilişkin esaslarda olduğu gibi geçersizlik normunun güttüğü amaca göre değişkenlik gösterir. Bu kapsamda şu tespitlere yer verilebilir. İlk olarak, Kipp'in çifte etki kuramında da öngörüldüğü üzere, kesin hükümsüz bir sözleşmenin zarar görene farklı veya özel bir menfaat sağladığı durumlarda hak sahibinin kanunun imkân verdiği başka bir yenilik doğuran hakkı kullanmak suretiyle sözleşmeyi çözüp çözemeyeceği, o sözleşmeyi geçersiz kılan normun güttüğü amacın tespit edilmesi suretiyle belirlenebilir⁵⁹. Şayet geçersizlik normu, doğrudan kamu menfaatini sağlamaya yönelik olmayıp, bireysel menfaati ön planda tutarak sözleşmenin taraflarından yalnızca birini korumayı amaçlıyorsa, sözleşmeyi de kanunun öngörmesi

57 Kabul edilen görüşe göre bu durumda geçersiz olan bir sözleşmenin sağlanması söz konusu olmayıp, TMK m. 2/II gereğince geçersizliğin etkisiz kalması nedeniyle işlem baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş sayılmaktadır. (Kocayusufpaşaoğlu (n 18) 324-325; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 15) 109).

58 Lorenz (n 6) 89; Würdinger (n 3) 773.

59 Aynı yönde bkz. Lorenz (n 6) 86-87; Würdinger (n 3) 773.

halinde normun koruma amacı kapsamındaki taraf yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle çözebilir⁶⁰. Daha doğrusu böyle bir durumda sözleşmenin geçersizliğini yalnızca geçersizlik normunun koruma amacı kapsamındaki kişi ileri sürebileceğinden ve hâkim de geçersizliği yalnızca onun lehine gözetebileceğinden o, dilerse sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilecek dilerse de ve menfaati gerektiriyor ise sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanmak suretiyle çözebilecektir. Bu çözüm tarzı yeni öğretinin kabul ettiği ve menfaat hukukçuluğunun bir yansıması olan *esnek hükümsüzlük* öğretisiyle de uyumludur. Bu bağlamda esnek hükümsüzlük öğretisinin de öngördüğü üzere, özellikle şekle aykırı sözleşmeler ile kişilik hakkına aykırı sözleşmelerde geçersizliğe yalnızca birinci durumda şekil kuralıyla korunmak istenen kişi, ikinci durumda ise kişilik hakkı ihlâl edilen kişi dayanabilecek, hâkim de geçersizliği yalnızca bu kişiler lehine gözetebilecektir. Başka bir deyişle geçersizliği ileri sürme hakkı ile yenilik doğuran hakla sözleşmeyi çözme hakkı birbiriyle yarışacaktır⁶¹. Bu durumda hak sahibi kendisine daha fazla maddî veya usûlî avantaj sağlayan hukukî sebebe dayanabilecektir⁶². Bu noktada ilave etmek gerekir ki; kanunun öngördüğü yenilik doğuran hakkını kullanmasına ilişkin koşullar oluştuğu takdirde hak sahibi, özellikle sözleşmenin geçersizliğinin ispatının güçlük arz edebileceği durumlarda bunu ispat etmesine gerek kalmaksızın doğrudan yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeyi çözme yoluna gidebilecektir⁶³.

Görüşümüz aşağıda vereceğimiz örneklerle somutlaştırılabilir. 40 yaşındaki mahkeme kararıyla kısıtlanmış ayırt etme gücüne sahip alıcının yasal temsilcisinin rızası olmaksızın kendisine deneyimsizliği nedeniyle fahiş fiyattan taksitle meslekî amaçla⁶⁴ bir bilgisayar satılması halinde sözleşme farklı hukukî sebeplerle geçersizdir⁶⁵. *Birincisi*, taksitle satış sözleşmesinin asgarî olarak adi yazılı şekilde yapılacağını düzenleyen TBK m. 253/II uyarınca sözleşme şekle aykırılık nedeniyle

60 Benzer yönde bkz. Würdinger (n 3) 773.

61 *Buz* da bir hukukî işlemin hata ve hile sebebiyle iptalinin mümkün olduğu bir durumda hataya düşen kişinin sözleşmeyi hata nedeniyle iptalinden sonra hileyi öğrenmesi durumunda hata nedeniyle iptalde talep edilemeyen culpa in contrahendo kaynaklı bir tazminat istem hakkı sağlaması nedeniyle iptal edilmiş aynı sözleşmenin hak sahibinin ikinci kez iptalde menfaati bulunduğu için hile yoluyla da iptal edilebileceği görüşündedir. Yazara göre böyle bir durumda hak sahibi esaslı bir saik hatasına düşmüş sayılacağından ve ilk yenilik doğurucu beyanı iptal edileceğinden çifte etki kuramına da başvurulmasına gerek kalmamaktadır (Buz, Yenilik (n 8) 212-213. Karş. Zhang (n 56) 187-188). *Buz* ayrıca bu görüşüyle paralel olarak bir sözleşmenin birden fazla sebeple feshinin mümkün olduğu durumlarda bunların yarışacağını ve hatta bir hukukî sebebe dayalı fesih hakkı kullanıldıktan sonra bile yenilik doğuran hakların kullanılması tükenmesi ilkesine istisna olacak şekilde, farklı fesih sebeplerine farklı hukukî sonuçlar bağlandığı durumlarda hak sahibinin menfaati gerektiriyorsa başka bir hukukî sebebe dayalı olarak aynı sözleşmenin yeniden feshedilmesine imkân tanınması gerektiğine işaret etmektedir (Buz, Yenilik (n 8) 212). Benzer görüşte bkz. Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 283.

62 Karş. Serozan, Medenî (n 9) 393; Schmelz (n 7) 22.

63 Aynı yönde bkz. Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 282; Würdinger (n 3) 770.

64 Bilgisayarın meslekî amaçla satın alınması halinde hukukî işlem tüketici işlemi niteliğinde sayılmayacağından (TKHK m. 3/I b. l) TBK'nın taksitle satış sözleşmesi hükümleri (TBK m. 253 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Tüketici işlemi niteliğinde olmayan taksitle satış sözleşmeleri hükümleri çalışma konumuza daha uygun düştüğünden tercihimizi bu yönde kullandığımızı belirtmek isteriz.

65 Bu arada belirtelim ki; bir hukukî işlemin birden fazla sebeple geçersiz olması halinde bunların yarışacağına şüphe bulunmamaktadır. Bu noktada zarar görenin maddî hukuk bakımından kendisine en avantajlı geçersizlik sebebine veya ispat bakımından en kolay ispat edebileceği geçersizlik sebebine dayanması mümkündür (Kipp (n 2) 224; Schmelz (n 7) 22; Hahn (n 7) 282).

geçersizdir⁶⁶. *İkincisi*, yasal temsilcinin bu sözleşmeye en geç sözleşmenin kurulduğu anda yazılı rıza göstermesi gerektiğini düzenleyen TBK m. 254 uyarınca sözleşme kesin hükümsüzdür ve sonradan yasal temsilcinin icazetiyle de geçerli hale getirilemez⁶⁷. *Üçüncüsü*, sözleşme alıcının deneyimsizliğinden yararlanılarak yapıldığı için aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilebilir niteliktedir (TBK m. 28). İlk iki durumda sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi iken, son durumda yenilik doğuran iptal hakkının kullanılması suretiyle sözleşmeyi geçersiz hale getirme imkânı tanınmıştır. Her üç geçersizlik normu da verdiğimiz örnekte alıcıyı korumaya yöneliktir. Verdiğimiz örnekte şayet kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacak olursa taraflar edimlerini, – 40 yaşındaki alıcı da bilgisayarı – iade etmek zorunda kalacaklardır. Buna karşılık, 40 yaşındaki kişi veya yasal temsilcisi bilgisayarı iade etmeyip kendinde tutmak isterse, onlar işlemin geçersizliğini ileri sürmek yerine TBK m. 28 uyarınca aşırı oransızlığın giderilmesini⁶⁸ talep ederek bu menfaatlerini karşılayabileceklerdir. Her üç geçersizlik normunun da alıcıyı korumaya hizmet ettiği düşünüldüğünde, kanımızca alıcıya veya yasal temsilcisine aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkı tanınması gerekecektir. Buna karşılık, örneğin alıcının aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkını kullanması için kanunun öngördüğü hak düşürücü süreyi kaçırmaması halinde ise (TBK m. 28/II)⁶⁹, alıcı kural olarak şekle aykırılık veya yasal temsilcinin rızasının eksikliği nedeniyle geçersizliği ileri sürebileceği gibi, hâkim de geçersizliği re'sen gözetebilecektir. Böylece alıcı bilgisayarı iade ederek ödemiş olduğu bedeli geri alabilecektir. Bu arada aynı örnekte kabul ettiğimiz görüş uyarınca alıcı, geçersizliği ileri sürmekle uğraşp onu ispat etmek yerine sözleşmeyi çözümenin daha basit bir yolu olan ve taksitle satış sözleşmesinde öngörülen özel bir imkân olan *geri alma hakkını* da – *yasal süresi içinde* – kullanabilecektir (TBK m. 255/I)⁷⁰.

Hâkimin geçersizliği re'sen gözetip gözetemeyeceği bağlamında bir örnek vermek gerekirse, kabul ettiğimiz esnek hükümsüzlük yaklaşımı uyarınca hâkim geçersizliği yalnızca geçersizlik normunun amacına uygun olarak normun koruma amacı kapsamındaki taraf lehine gözetebilecektir. Şayet hak sahibi, *örneğin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz bir taksitle satış sözleşmesinde alıcı*, malı kendinde tutup ayıp nedeniyle ayıptan doğan seçimlik haklardan (TBK m. 227/I) bedelden indirim hakkını⁷¹

66 Söz konusu şekil kuralının alıcıyı korumak amacıyla getirildiği ve bunun bir esnek hükümsüzlük türü olduğu yönünde bkz. Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 298. Tüketici işlemi niteliğindeki taksitle satış sözleşmelerinde ise satıcı ve sağlayıcının şekle aykırılığı ileri süremeyeceği yönünde açık bir düzenleme yer almaktadır (TKHK m. 17/III).

67 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) 243; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 94; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 327; Aydoğdu ve Kahveci (n 66) 299.

68 Esasında işlemin tümünden iptal edilmeyip sömürülene aşırı oransızlığın giderilmesi hakkını tanıyan bu düzenleme de *favor negotii* ve menfaat hukukçuluğu yaklaşımının bir sonucudur. Bu konuda bkz. BGE 123 III 292 vd. Aşırı oransızlığın giderilmesini isteme hakkının kısmi iptal hakkı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Eren, *Borçlar Genel* (n 13) 475; Hatemi ve Gökyayla (n 16) 106. Eksik geçerlilik türü olduğu yönünde bkz. Serozan, *Medeni* (n 9) 389.

69 TBK m. 28/II'ye göre zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilmektedir.

70 TBK m. 255/I hükmüne göre taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurmakta ve alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığı satıcıya yazılı olarak bildirebilmektedir.

71 Bu arada belirtmek isteriz ki; aynı koşullarda alıcı seçimlik haklarından, yenilik doğuran bir hak olan bedelden indirim ve dönme hakkı yanında bir alacak hakkı niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz ücretsiz onarım ve değiştirme haklarını

kullanıyorsa, hâkim geçersizliğe karar veremeyecek, koşulları varsa bedelde indirimde hükmedecektir. Buna karşılık zarar gören teknik olarak herhangi bir yenilik doğuran hakkını kullanmayıp, örneğin malı geri verip bedel iadesi istiyorsa, hâkim TBK m. 60 uyarınca zarar görene en iyi giderim imkânını sağlayan hukukî sebebe göre karar vermelidir. Örneğin geçersiz satış bir sözleşmesinde alıcı, ayıplı mal için muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmeksizin bedel iadesi talebinde bulunmuşsa hâkim, sözleşmenin geçersizliğini re'sen gözeterek bedel iadesine hükmedebilecektir. Başka bir deyişle alıcının bedel iadesi talebi, – *muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmediği veya yerine getirildiği ispat edilemediğinden ayıplı mal nedeniyle sözleşmeden dönme imkânı kapalı olduğu için*–, kendisine bedeli iade imkânı tanıyan geçersizlik hukukî sebebine dayandırılabilir.

Bu açıklamalarımız doğrultusunda, Alman Federal Mahkemesinin radar uyarı cihazlarına ilişkin kararlarından ahlâka aykırı bir sözleşmenin dönme hakkının kullanılması suretiyle çözülemeyeceğine ilişkin 2005 tarihli olanına katıldığımızı, buna karşılık içtihat değişikliğine giderek ahlâka aykırı bir sözleşmenin cayma hakkı kullanılmak suretiyle çözülebileceğine yönelik 2009 tarihli kararına ise geçersizlik normunun amacını göz ardı ettiği için katılmadığımızı belirtmek isteriz⁷². Zira sözleşmenin her iki tarafının da ahlâka aykırılık bilinciyle hareket ettiği ve radar uyarı cihazı satışına ilişkin konusu ve amacı ahlâka aykırı sözleşme kesin hükümsüzdür. Radar uyarı cihazlarının satışına yönelik geçersizlik normunun amacı bu sözleşme taraflarının bireysel menfaatini değil, kamu menfaatini sağlamaya yöneliktir. Kamu menfaatine ve yararına aykırı olan bu sözleşmeye uygulanacak yaptırım, normun amacı dikkate alındığında taraflardan biri lehine esnetilemez⁷³. Bu bağlamda kamu menfaatine ilişkin ahlâka aykırı bir sözleşme, mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı dahil olmak üzere herhangi başka bir yenilik doğuran hakla çözülemez. Dahası, geçersizlik yaptırımının sonucu olarak sözleşmenin tasfiyesinde de, her iki taraf da ahlâka aykırılık bilinciyle hareket ettiğinden sebepsiz zenginleşmede iade yasağı uygulama alanı bulur (§ 817 BGB – Karş. TBK m. 81⁷⁴).

SONUÇ

Klâsik öğretinin *geçersiz hukuki işlemlerin hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı* şeklindeki dogmatik yaklaşımı bugün için alışveriş/ticaret yaşamının ihtiyaçlarını tatminkâr bir şekilde karşılayamamakta, kimi zaman da taraf menfaatlerini sağlayamadığı için adaletsiz sonuçların doğmasına yol açabilmektedir. Buna karşı bir çözüm olarak özel hukuk alanında irade özerkliğini esas alan *favor negotii* yaklaşımın etkileri gün geçtikçe daha çok hissedilmektedir. Taraf menfaatlerini gözetmeyi

da kullanabilir (TBK m. 227/1).

72 Aynı yönde bkz. Würdinger (n 3) 773; Lorenz (n 6) 89. Karş. Zhang (n 56)191.

73 Aynı yönde karş. Lorenz (n 6) 87-88; Würdinger (n 3) 773. Son yazar da tüketiciye cayma hakkı tanıyan § 355 BGB hükmünün lafzî, sistematik ve amaçsal yorumunun ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz bu sözleşmede kendi ahlâka aykırı davranışı nedeniyle korunmaya layık olmayan tüketici için cayma hakkını kullanmasına izin vermeyeceğini, şayet geçersizliğin sebebinin ahlâka aykırılık değil de, yasal temsilcinin rızasının noksanlığı olsaydı (§ 108 I BGB), o zaman sözleşmede cayma hakkı kullanılabilirliğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerçi bu son durumda yasal temsilcinin cayma hakkını kullanması, onun sözleşmeye zımni icazet verdiği şeklinde de yorumlanmaya elverişlidir.

74 Yalnız Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda hâkim hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin Devlete mâl edilmesine karar verebilir (TBK m. 81 c. son)

ve somut olay adaletini sağlamaya yönelik bu hukukî yaklaşım borçlar hukukunun altın ilkesi *irade özerkliğinin* yasal sınırlar içinde olabildiğince genişletilmesi anlamına da gelmektedir.

İşte Theodor Kipp'in 1911 yılında geçersiz bir sözleşmenin başka bir hukukî sebebe dayanılarak tekrar geçersiz hale getirilebileceği tezini savunan çifte etki kuramı da *menfaat odaklı* bu yaklaşımın izlerini taşır. Geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasındaki bir aksaklık nedeniyle; iptal, dönme, fesih, geri alma (cayma) gibi yenilik doğuran haklarla çözümlenip çözülemeyeceği sorunu yine menfaat odaklı yaklaşımın izlerini taşıyan *esnek hükümsüzlük* öğretisinin uygulanması veya bazı yazarların yorumuyla geçersizlik normlarındaki yaptırımların *amaca uygun sınırlandırılması* yoluyla çözülebilir. Bu bağlamda kuruluşundaki bir aksaklık nedeniyle geçersiz bir sözleşmenin ifası sırasında yenilik doğuran bir hakkın kullanımı yoluyla çözülebileceğinin kabulü için geçersizlik normunun koruma amacına göre hareket edilmelidir. Geçersizlik yaptırımının hukukî işlemin yalnızca taraflarından birini korumayı amaçladığı tespit ediliyorsa, normla korunan kişi, dilerse geçersizliğe dayanabilecek dilerse sözleşmenin geçersizliğini hiç ileri sürmerek sözleşmeyi kanunun kendisine tanıdığı ilgili yenilik doğuran hakkını kullanarak çözebilecektir. Böylece zarar görene, geçersizliğe dayanması halinde belki kavuşamayacağı maddi veya usulî (özellikle ispat konusunda) bir menfaatini karşılama imkânı sağlanabilecektir.

Bu kapsamda özellikle şekle ve kişilik hakkına aykırı sözleşmelerde, yalnızca şekil kuralıyla korunmak istenen kişi veya kişilik hakkı ihlâl edilen kişi geçersizliğe dayanabileceğinden, aynı kişi dilerse ve menfaati gerektiriyorsa sözleşmeyi ilgili yenilik doğuran hakkını kullanarak çözebilecektir. Bunlar dışındaki diğer geçersizlik hallerinde ise ilgili geçersizlik normunun kamu menfaatini mi yoksa bireysel menfaati mi koruduğu tespit edilmeli ve geçersizlik normu ona göre esnetilerek bir çözüme varılmalıdır. Son olarak, soruna öğretici bir örnek teşkil etmesi ve gündeme getirmesi hasebiyle de Alman Federal Mahkemesinin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olan radar uyarı cihazlarının mesafeli satışında tüketicinin cayma hakkını kullanabileceğine ilişkin 2009 tarihli kararının – *geçersizlik normunun kamu menfaatine yönelik amacını göz ardı ettiği için* – yerinde olmadığı sonucuna vardığımızı da tekrar belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Acocella D, 'Nichtigkeitsebegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge' (2003) 99 SJZ 494-497.
- Akbulut PE, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (Oniki Levha Yayınları 2016).
- Akçura Karaman T, 'Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285-333.
- Altaş H, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Yetkin Yayınları 1998).
- Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Buz V, 'Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi' (2010) Rona Serozan'a Armağan 611-662 (Akamete).

- Buz V, *Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005) (Yenilik).
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021).
- Edis S, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) (Borçlar Genel).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) (Borçlar Özel).
- Hahn E, 'Der Verbraucherwiderrufsrecht und die Kippsche Doppelwirkung im Recht' (2010) NJ 281-284.
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017).
- Herbert M, '100 Jahre Doppelwirkungen im Recht' (2011) 10 JZ 503-513.
- Kipp T, 'Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit' (1911) Festschrift für Ferdinand von Martitz, Verlag von Otto Liebmann, 211-233.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2017).
- Lorenz S, 'Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung', in: Dammann, Jens/Grunsky, Wolfgang/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, (2011) 77-89.
- Möller M, *Anm. zu BGH Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08*, (2010) NJW.
- Oellers B, 'Doppelwirkungen im Recht?' (1969) Archiv für die civilistische Praxis 169. Bd H. 1, 67-79.
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1*, (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018).
- von der Pfordten D, 'Moralisches Handeln und das Prinzip der Doppelwirkung', in: Kühler M. und Rüther M. (eds), *Handbuch Handlungstheorie* (J.B. Metzler 2016) https://doi.org/10.1007/978-3-476-05359-6_38 accessed 12 September 2022, 334-341.
- Schmelz C, 'Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht – eine rechtspraktikable Betrachtung' (2006) JA 21-22.
- Serozan R, 'Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi' Beta Yayınları, 2007 (Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan) 715-741 (Sözleşme).
- Serozan R, *Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2017) (Medenî).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).
- Würdinger M, 'Doppelwirkungen im Zivilrecht, Eine 100-jährige juristische Entdeckung' (2011) JuS 769-774.
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022).
- Zevkililer A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020).
- Zhang X, 'Widerrufsrecht beim Fernabsatzgeschäft trotz Nichtigkeit des Vertrages' (2011) 1 StudZR 179-191.