

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE
HÜKÜMSÜZLÜK

Doktora Tezi

ESRA DURSUN

İstanbul, 2025

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HÜKÜMSÜZLÜK

Doktora Tezi

ESRA DURSUN

Tez Savunma Jürisi

1. Tez Danışmanı : Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA
2. Üye : Prof. Dr. Burak ÖZEN
3. Üye : Prof. Dr. Emrehan İNAL
4. Üye : Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
5. Üye : Prof. Dr. İpek SAĞLAM

İstanbul, 2025

ÖZET

SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HÜKÜMSÜZLÜK

Sürekli borç doğuran sözleşmeler, edimin kesintisiz ve her an yerine getirildiği türden sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin çeşitli sebeplerle hükümsüzlüğü gündeme gelebilir. Fakat hükümsüzlüğün sonuçlarının, sürekli borç doğuran sözleşmelerin niteliklerine uygun şekilde tesir etmesi gerekir. Bir diğer anlatımla bu sözleşmelerin geçersizliği, ileriye etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Bu hukuki ilişkilerin kendilerine has özellikleri, hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesine izin vermemekte ve aksi bir durum, adaletsiz sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Bu sebeple gerek öğretide gerek yargı uygulamasında, bahse konu durumlarda ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçmek adına birçok öneri sunulmuş ve çeşitli yanıtlar aranmıştır. Çalışmamızda, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü nedeniyle ortaya çıkan problemlere, bu sözleşmelerin yapısına uygun çözümler getirilmeye çalışılmıştır. İlgili çözümler, bu sözleşmelere özgü çeşitli hükümsüzlük hâllerine tatbik edilmiş ve ortaya çıkan sonuçlar izah edilmeye uğraşılmıştır. Bahse konu izah, bilhassa hizmet; eser ve vekâlet sözleşmesi özelinde yapılmış olup, bu sözleşmelerde hükümsüzlüğünün çeşitli görünüm şekilleri ve bunların ortaya çıkardığı sonuçlar değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sürekli borç doğuran sözleşme, hükümsüzlük, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, kesin hükümsüzlük, iptal hakkı, ileriye etki, geçmişe etki

ABSTRACT

INVALIDITY OF CONTRACTS WITH CONTINUING PERFORMANCE

Contracts with continuing performance are contracts under which the obligation must be performed continuously and at all times. The invalidity of such contracts may arise for various reasons. However, the consequences of the invalidity must be in line with the nature of contracts with continuing performance. In other words, the invalidity of such contracts must give rise to their provisions and consequences with prospective (*ex nunc*) effect. The unique characteristics of these legal relationships do not allow invalidity to terminate with retrospective (*ex tunc*) effect, and any contrary situation would lead to unjust results. For this reason, both in legal doctrine and judicial practice, numerous proposals have been made and various solutions sought to prevent the problems that may arise in such cases. This study aims to provide solutions appropriate to the structure of contracts with continuing performance, addressing the problems arising from their invalidity. The proposed solutions have been applied to various forms of invalidity specific to these contracts, and the resulting outcomes have been explained. This explanation is particularly focused on service, work, and mandate contracts, with an effort to examine the various manifestations of the invalidity in these contracts and the consequences they entail.

Keywords: Contract with continuing performance, invalidity, service contract, work contract, mandate contract, absolute nullity, right of cancellation, *ex nunc* effect, *ex tunc* effect

İÇİNDEKİLER TABLOSU

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER TABLOSU	iii
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HÜKÜMSÜZLÜK SORUNU

I. SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞME KAVRAMINDAN ANLAŞILMASI GEREKENLER.....	6
A. Borç ilişkisi ve Sürekliliği.....	6
B. Sözleşmenin Sürekliliğinin Belirlenmesi	8
II. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....	14
A. Sözleşme Özgürlüğü	14
1. Genel olarak	15
2. Sözleşme özgürlüğünün görünüm şekilleri	17
B. Sözleşmenin Hükümsüzlük Sebepleri ve Hükümsüzlüğün Etkileri.....	21
1. Sözleşmenin emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkânsız olması	22
2. İrade beyanlarının sağlıklı olmaması	29
3. Diğer sebepler	32
4. Hükümsüzlüğün etkileri	35
III. SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERİ HÜKÜMSÜZLÜK AÇISINDAN ÖZELLEŞTİREN SEBEPLER	37

A. Edimlerin Özellikleri Bakımından	37
B. Taraf İlişkileri Bakımından	39
C. Edimlerin İadesi Bakımından.....	44
1. Dönme ve fesih kavramlarının sürekli borç doğuran sözleşmelerle ilişkisi.....	45
2. Sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanabilirliği	47
a. Sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması ihtimalinde izlenecek yol	49
b. Sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanabilir olmamasının gerekçeleri	52
(i) Edimlerin niteliği.....	52
(ii) Tasfiye sorunu	57
IV. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN OLUMSUZ ETKİLERİNİ ORTADAN KALDIRMAK	
ADINA GELİŞTİRİLMİŞ ÇÖZÜMLER.....	61
A. Fiili Sözleşme İlişkileri Görüşü.....	61
1. Fiili sözleşme ilişkileri teorisinin gelişimi	62
2. Sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanması	66
3. Öğretinin bakış açısı.....	69
B. Esnek Hükümsüzlük Görüşü.....	72
1. Esnek hükümsüzlük teorisinin gelişimi.....	72
2. Sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanması	74
C. Kanun Boşluğu ve Amaca Uygun Sınırlandırma Görüşü	76
1. Genel olarak	76
2. Sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanması	79
D. Benimsediğimiz Görüş	81

İKİNCİ BÖLÜM

HÜKÜMSÜZLÜĞÜN SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE GENEL GÖRÜNÜMÜ

I. HÜKÜMSÜZLÜK DÜZENİ BAKIMINDAN TBK M. 394/III.....	83
A. TBK m. 394/III ve Mevzuat OR Art. 320/III'ün Değerlendirilmesi.....	83
B. TBK m. 394/III'ün Sürekli Borç Doğuran Sözleşmelerdeki Hükümsüzlüğe Etkisi	85

1. Kanun koyucunun amacı	85
2. TBK m. 394/III'ün teorik temeli	87
3. TBK m. 394/III'ün geniş etkisi	89
II. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ.....	94
A. Kesin Hükümsüzlükte	95
1. Kesin hükümsüzlüğün etkisi	95
2. Kesin hükümsüzlüğün etkisi bakımından özel durumlar	96
3. Kesin hükümsüzlüğe sebep olan durumun ortadan kalkması	102
4. Kısmi hükümsüzlükte.....	104
a. Genel olarak	104
b. Türleri.....	105
c. Kısmi hükümsüzlüğün etkisi.....	107
5. Sözleşme süresinin hükümsüzlük bağlamında incelenmesi.....	111
B. İptal Hakkı.....	118
1. Genel olarak	119
2. Kısmi iptal	121
3. İptal hakkının kullanılması.....	124
a. İptal hakkının kullanılmasının etkisi	124
b. İptal hakkının kullanılması bakımından özel durumlar.....	129
C. Askıda Hükümsüzlük	132
III. TARAFLARIN EX TUNC/EX NUNC ETKİ BAKIMINDAN ANLAŞMASI	133

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET, ESER VE VEKÂLET SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

I. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....	137
A. Hizmet Sözleşmesinin Özellikleri	137
1. Sözleşmenin sürekliliği	139
2. Tam iki tarafa borç yüklemesi ve emredici yapısı	141
3. Hizmet sözleşmesi ve hizmet ilişkisi	142

B. Hükümsüzlüğün Etkisi Bakımından TBK m. 394/III	145
1. TBK m. 394/III'ün yasalaşmasından önceki durum	145
2. TBK m. 394/III'ün yasalaşmasından sonraki durum	148
a. Genel olarak	148
b. Hükümsüzlüğün etkisi bakımından ‘geçersizliğin sonradan anlaşılması’ bir koşul teşkil etmekte midir?	148
(i) OR Art. 320/III uyarınca aranan iyiniyet kriteriyle ilişkisi	149
(ii) “Geçersizliğin sonradan anlaşılması” ifadesine verilecek anlam	153
(1) Mevaz hükümün lafzı bakımından	153
(2) Kanun koyucunun amacı	155
(3) Öğretide ileri sürülen görüşler	156
(4) Görüşümüz	161
C. Hükümsüzlüğün Görünüm Biçimleri	162
1. Kesin hükümsüzlükte	162
a. Kesin hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri	162
(i) Yaş ve cinsiyete ilişkin kuralların ihlâli	162
(ii) Yabancıların çalışmalarına ilişkin kuralların ihlâli	166
(1) Çalışma izninin eksikliği hâlinde	167
(2) Çalışma yasağının bulunması hâlinde	172
(iii) Rekabet etmeme sözleşmesinin kanuni şartlarının ihlâli	174
(iv) Muvazaalı hizmet sözleşmeleri	179
b. Kısmi hükümsüzlükte	182
(i) Genel olarak	182
(ii) Kısmi hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri	183
(iii) Kısmi hükümsüzlüğün etkisi	188
2. İrade sakatlığında	191
a. İrade sakatlığının çeşitli görünüm hâlleri	191
(i) Yanılma	191
(ii) Korkutma ve aldatma	193
b. İptal hakkının kullanılması	195
(i) İptal hakkı ve fesih ilişkisi	195
(ii) İptal hakkının kullanılmasının etkisi	198

D. Hükümsüzlüğün İşveren Tarafından İleri Sürülmesi	199
II. ESER SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....	201
A. Eser Sözleşmesinin Genel Özellikleri	201
B. Eser Sözleşmesinin Sürekliliği.....	203
1. Saf eser sözleşmesi bakımından	204
a. Ani edimli sözleşme görüşü	204
(i) Klasik bakış açısı.....	204
(ii) Sürekli eser sözleşmesi ayrımı	207
b. Sürekli borç doğuran sözleşme benzeri olduğu görüşü.....	209
c. Karma görüş	210
d. Sürekli borç doğuran sözleşme görüşü.....	215
2. İnşaat sözleşmesinin bazı türleri bakımından.....	222
a. Genel olarak	222
b. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi.....	223
c. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi	227
C. Hükümsüzlüğün Görünüm Biçimleri	229
1. Kesin hükümsüzlükte	230
a. Kesin hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri	230
(i) Şekil kuralının ihlâli	230
(1) Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'na tabi sözleşmeler	230
(2) İnşaat sözleşmeleri	232
(ii) İnşaat sözleşmeleri bakımından imar mevzuatına aykırılık	236
(1) Genel olarak	236
(2) Aykırılığın niteliği.....	238
(3) İmar barışının hükümsüzlük bakımından etkisi	240
b. Kesin hükümsüzlüğün etkisi	242
(i) Kural olarak.....	242
(ii) Hakkın kötüye kullanılması teşkil eden durumlar.....	245
c. Kısmi hükümsüzlük.....	248
2. İrade sakatlığında	257
a. İrade sakatlığının çeşitli görünüm hâlleri.....	257

(i) Yanılma	257
(ii) Korkutma ve aldatma	259
(1) Genel olarak	259
(2) Aldatma ile ayıba karşı tekeffül hâlinin varlığı.....	261
b. İptal hakkının kullanılmasının etkisi	262
III. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....	263
A. Vekâlet Sözleşmesinin Özellikleri	263
B. Vekâlet Sözleşmesinin Sürekliliği	265
1. Ani edimli sözleşme görüşü	265
2. Karma görüş	266
3. Sürekli borç doğuran sözleşme görüşü.....	269
C. Hükümsüzlüğün Görünüm Biçimleri	273
1. Kesin hükümsüzlükte	273
a. Kesin hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri.....	273
(i) Genel sebepler	273
(ii) Avukatlık sözleşmesi bakımından.....	274
(iii) Kesin hükümsüzlüğün etkisi	278
(iv) Kısmi hükümsüzlük.....	280
2. İrade sakatlığında	288
a. Yanılma	288
b. Aldatma	289
SONUÇ	292
KAYNAKÇA	305

KISALTMALAR LİSTESİ

AHBVÜHFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
Aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvK	: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BaslerKomm.	: Basler Kommentar
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BeckOGK	: beck-online.GROSSKOMMENTAR
BernKomm.	: Berner Kommentar
BeÜHFD	: Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshofes
BGHZ	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bkz.	: Bakınız
BverfG	: Bundesverfassungsgericht
C.	: Cilt
c.	: cümle
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Çev.	: Çeviren
Der	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu

dn.	: dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Ed	: Editör
EÜHFD	: Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GesamtHrsg	: Gesamtherausgeber
GKHK	: 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HHFAD	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg	: Herausgeber
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
iss.	: issue
İstŞerhi	: İstanbul Şerhi
İşK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
Legal İSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MüKoBGB	: Münchener Kommentar
N.	: Paragraf Numarası
NK	: 1512 sayılı Noterlik Kanunu
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OFK	: Orell Füssli Kommentar
OR	: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht
Red	: Redakteur
RG	: Resmi Gazete
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SeÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
StaudingerKomm.	: J. von Staudingers Kommentar
SÜHFD	: Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SZWF	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	: 2644 sayılı Tapu Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yuk.	: Yukarıda

YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZürcherKomm.	: Zürcher Kommentar



GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Sözleşmeler, zamanla olan ilişkileri nispetinde çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuşlardır. Bu sınıflandırmada, çalışmamızın da odak konusunu oluşturan sürekli borç doğuran sözleşmelere özel bir önem atfedilmesi, bu sözleşmelerde zaman ögesinin diğer sözleşmelere göre daha derin bir boyutunun olması¹ ve bu bağlamda daha girift bir hukuki ilişkinin ortaya çıkmasıyla yakından alakalıdır. Sürekli borç doğuran sözleşmelerde edim, kesintisiz ve her an yerine getirilen cinstendir²; bu sayede sözleşme devamlılık arz eder. Gerek edimlerin nitelikleri gerek taraf ilişkileri, sürekliliğin sözleşmeye tesirinden hem etkilenmekte hem de bu sürekliliği etkilemektedir. Anılan nedenlerle, sözleşmenin ifa süreci ve hiç şüphesiz sona erme düzeni de değişiklik göstermektedir. Çalışmamızın temelini ise bu sözleşmelerin hükümsüzlüğü oluşturmaktadır.

Sürekli borç doğuran sözleşmelerin kendine özgü nitelikleri ve bu nitelikleri gereği farklı bir düzene tabi olmaları gerektiği fikri öteden beri ifade edilse de yasa koyucu, eski Borçlar Kanunu³ (eBK) döneminde ani edimli sözleşmeleri esas alan düzenlemeler yapmıştır⁴. Bu düzenlemeler bilhassa hükümsüzlük rejimi bakımından sürekli borç doğuran sözleşmelerin

¹ **Günther BEITZKE**, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloss Bleckede A.D. Elbe, 1948, s. 20.

² **Rona SEROZAN**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 12 (Özel Bölüm).

³ RG. S. 359, T. 29/4/1926.

⁴ Kanun koyucunun tavrı hakkında bkz. **Hans BROX**, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Verlag C.F. Müller, 1960, s. 240, 241; **Ümit DOĞANAY**, Adi Şirket Akdi (Akdi Unsurları- Kurulması- Hükümsüzlüğü), Kutulmuş Matbaası, 1968, s. 101; **Turgut ÖZ**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 13 (Dönme); **Jörg SCHMID/Hubert STÖCKLI/Frédéric KRAUSKOPF**, OR BT: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, Rn. 92; **Özer SELİÇİ**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 56 (Sürekli Borç İlişkileri). Benzer yönde bkz. **Corinne ZELLWEGER-GUTKNECHT**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, vor Art. 1-40f, Rn. 29 (**BaslerKomm/ZELLWEGER-GUTKNECHT**); **Ingeborg SCHWENZER/Christiana FOUNTOLAKIS**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2020, 3.25; **Hartmut OETKER**, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1994, s. 426. Alman ve İsviçre mevzuatlarının sürekli edimli sözleşmeleri yeterince dikkate alan hükümler barındırmadığı yönünde bkz. **Eugen BUCHER**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht). 2. Aufl., Zürich (Schulthess), 1988, s. 275 (Allgemeiner Teil).

sona erme düzenini karmaşık bir hâle getirmiş ve adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zira ifasına başlanmış bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili (*ex tunc*) sonuçlar doğuracak şekilde tecelli etmesi ve buna bağlı olarak edimlerin iadesi, söz konusu ani edimli sözleşmeler olduğunda işletilebilir olsa da mevzubahis sürekli borç doğuran sözleşmeler ise bu çaba hem imkânsıza yakın hem de anlamsızdır⁵. Bu kanaatlerin en temel sebebi, bu sözleşmelerdeki edimlerin özellikleri, girift bir yapıya bürünmüş olan taraf ilişkileri ve edimlerin iadesi bakımından sebepsiz zenginleşme kurallarının işletilmesinin yaratacağı tasfiye sorunlarıdır. Bu nedenle sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü, kural olarak geleceğe etkili (*ex nunc*) şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Bu endişelerle, gerek öğreti gerek yargı uygulamasında, çeşitli çözümler bulunmaya çalışılmış ve birçok teori ileri sürülmüştür. Fakat ilgili teoriler, yoğun olarak bazı sürekli borç doğuran sözleşmeleri irdelemiş ve hükümsüzlük düzenini bir bütün olarak ele almamıştır.

Yukarıda kısaca izah edilmeye çalışılan sorunları aşmak gayesi ile çalışmamızda bir fikir benimsenmiştir. Bu fikrin temelini, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile hukuk hayatımıza giren m. 394/III'ün oluşturduğu ifade edilmelidir. Fakat fikrimizin esas kaynağını, hükmün mehzazını teşkil eden OR Art. 320/III ile bu kurala dair İsviçre hukuk literatürü ve yargı uygulamasında ileri sürülmüş olan görüş teşkil etmektedir⁶. Bu görüşe göre, OR Art. 320/III'te yer alan geleceğe etkili sonuç doğurma çözümü genelleştirilebilir ve diğer sürekli sözleşmelere uygulanabilir. Fakat bu çözümün, diğer sürekli sözleşmelere tatbikinin hangi yolla sağlanacağı; hükümsüzlüğün görünüm şekillerinin tamamı bakımından sonuç doğurup doğurmadığı ve varsa istisnai hâllerin neler olduğu gibi birtakım soruların da ayrıntılı şekilde cevaplandırılması

⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 3.28; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 45 vd.; Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 174 (Dönme).

⁶ Ingeborg SCHWENZER/Christiana FOUNTOULAKIS, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, vor Art 23-31, Rn. 7 (BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS); SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 3.28; Christoph MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 2018, Art. 1, Rn. 405 (BernKomm/MÜLLER). Türk hukuku bakımından bu yönde bkz. Pınar ALTINOK ORMANCI, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 163; O. Gökhan ANTALYA, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,1, Seçkin Yayınları, 2019, N. 1044 (BG 1,1) N. 1044; Burak ÖZEN, Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 180-181, dn. 310 (Kredi). Öğretide Antalya'ya göre, “Bu düzenleme tüm fiili sürekli borç ilişkisi kıyasen uygulama alanı bulabilecek bir hükmüdür. Ancak bu hükmün diğer fiili sürekli sözleşmelere uygulanabilmesi için zayıf durumda bulunan tarafın hizmet ediminde bulunan gerekir”.

gerekmektedir. Çalışmamızda, bu soruların yanıtının aranması da dahil olmak üzere görüş geliştirilmiş, hükümün kanaatimizce çift yönlü tesir eden karakteri detaylı olarak izah edilmiştir. Çalışmamız, sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük hâlleri ve bunların ne gibi sonuçlar doğuracağını izah etme ve böylece bu sözleşmelerin sona erme biçimlerini bu açıdan inceleyerek yapılarına en uygun çözümlerin geliştirilmesini sağlama gayesi gütmektedir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI ve ÇALIŞMA PLANI

Çalışmamızda hükümsüzlük ve geçersizlik, aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Kavram birliğinin sağlanması her ne kadar önemli ise de konunun temelini teşkil eden bu terimler, anlatımdaki akışın bozulmaması ve tekrarın önüne geçilmesi için, birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır. Benzer şekilde ve yine anlatımdaki akıcılığı sağlamak adına, sürekli borç doğuran sözleşme ve sürekli sözleşme kavramlarına aynı mânâya gelecek şekilde yer verilmiştir⁷.

Çalışmamız sürekli borç doğuran sözleşmelerin tamamı bakımından bir çözüm önerisi içermekte ise de temelde üç sözleşmenin incelenmesine dayanmaktadır. Buna göre çalışmamız, temelde, hizmet; eser ve vekâlet sözleşmelerine ilişkin açıklamalarla sınırlandırılmıştır. Her ne kadar, özellikle bu sözleşmelere dair ayrıntılı izahat yer alsa da diğer sürekli borç doğuran sözleşmelere de özellik arz ettiği şekilde değinilmiştir. Fakat, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğüne ilişkin ileri sürdüğümüz görüşün, tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler nezdinde sonuç doğurduğunun altının çizilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızdaki diğer bir sınırlandırma, hükümsüzlüğün görünüm biçimleriyle alâkalıdır. Özellikle hizmet, eser ve vekâlet sözleşmeleri bakımından ortaya çıkan çeşitli hükümsüzlük hâllerine, bu sözleşmeler bakımından özel bir nitelik teşkil etmesi ölçüsünde değinilmiştir. Buna göre, her bir sözleşme bakımından, önem taşıyan ve sıkça rastlanılan durumlar üzerinden bir değerlendirme yapılmış ve bu durumlara özgü sonuçlar doğuran geçersizlik hâlleri incelenmiştir.

⁷ Benzer biçimde bkz. **Peter GAUCH**, System der Beendigung von Dauerverträgen, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968, s. 8 (Beendigung von Dauerverträgen). Bu hususa istisna teşkil eden kısım için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, II, B, 1, a, (ii).

Çalışmamızın ilk bölümünde, evvelâ, sürekli sözleşmelere ve sözleşmenin hükümsüzlüğüne, konunun temelini oluşturmaları hasebiyle kısaca değinilmiştir. Devamında, sürekli borç doğuran sözleşmeleri, hükümsüzlük bakımından özelleştiren sebepler açıklanarak, özellikle, bu sözleşmelerde bir iade düzeninin kabul edilmesi hâlinde sebepsiz zenginleşme kurallarının neden uygulanabilir olmadığı izah edilmeye çalışılmıştır. Zira her ne kadar bu sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme kuralları aracılığıyla iadesinin elverişsiz olduğu dile getirilse de bu husus, bugüne değin ayrıntılı şekilde incelenmiş değildir. Bu sebeple çalışmamızda, bu sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde iade edilmesi hâlinde oluşacak durum ve bu durumun yarattığı sonuçlar açıklanmaya çalışılmıştır. Sonrasında ise bu sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde ortaya çıkan sorunların bertarafı için öğreti ve uygulamada geliştirilmiş çözümler incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, hükümsüzlüğün sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki genel görünümü incelenmiştir. Bunun için öncelikle, TBK m. 394/III ve hükmün mehzazını teşkil eden OR Art. 320/III arasındaki bağlantı ile sonrasında çalışmamızın esasını teşkil eden görüşümüz ve bu görüşün tüm sürekli sözleşmeler ile hükümsüzlük düzenine teşmilinin nasıl sağlanacağı açıklanmıştır. TBK m. 394/III'ün geniş etkisi, hükmün teorik temeli ve kanun koyucunun amacı değerlendirilerek, görüşümüzün dayanakları izah edilmiştir. Devamında ise kesin hükümsüzlük ve iptal hakkı gibi hükümsüzlüğün çeşitli görünüm biçimlerinin sürekli borç doğuran sözleşmelere yansıyan sonuçları ve özellik arz eden hususları irdelenmiştir. Bu açıklama faaliyetinde, özellikle, bu gibi hükümsüzlük hâllerinin sürekli sözleşmelere özgü birtakım neticeleri incelenmiş ve tekrara düşmemek adına hizmet, eser ve vekâlet sözleşmesi dışındaki örneklerle izah etme çabası güdülmüştür.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise öncelikle, hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğü incelenmiştir. TBK m. 394/III'ün kanunda hizmet sözleşmesi hükümleri içinde yer alması sebebiyle, bu hükmün özellikle lafzına dair ileri sürülmüş tartışmalar, OR Art. 320/III'nin lafzı ve bu kuraldaki kriterler ile karşılaştırılarak açıklanmış ve hükmün uygulanmasına dair kanaatimiz izah edilmiştir. Sonrasında ise hizmet sözleşmesi bakımından özellik arz eden hükümsüzlüğün çeşitli görünüm biçimleri ve hükümsüzlüğün etkisi anlatılmıştır. Bunun ardından, eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmeleri, ayrı ana başlıklar altında incelenmiştir. Bu inceleme öncelikle, ilgili sözleşmelerin sürekli borç doğuran bir nitelik taşıyıp taşımadıklarına

dair öğretide ileri sürülmüş çeşitli görüşlerin açıklanmasını gerektirmiştir. Buna müteakip eser ve vekâlet sözleşmeleri bakımından çeşitli hükümsüzlük hâlleri, yine bu sözleşmeler açısından mühim bir özellik teşkil etmeleri ölçüsünde irdelenmiş ve bu durumların ortaya çıkardığı sonuçlar izah edilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HÜKÜMSÜZLÜK SORUNU

I. SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞME KAVRAMINDAN ANLAŞILMASI GEREKENLER

A. Borç İlişkisi ve Sürekliliği

Bir kimsenin, diğerine karşı bir edimi yerine getirme zorunluluğu altında olduğu ve bu edimi istemeye yetkili bir alacaklı ile yapma, yapmama yahut verme şeklinde yükümlülük altına giren bir borçluyu içinde barındıran hukuki bağa borç (*Schuld, Obligation*) denir⁸. Borç ilişkisi ise, taraflar arasındaki birçok borcun kaynağını oluşturan hukuki ilişkidir⁹ ve denebilir ki alacaklı ile borçlu arasındaki tüm hukuki ilişkileri kapsayan bir ilişkiler yumağı, bir organizmadır¹⁰. Çalışmamız gereği biz sözleşmeden doğan borçlar çerçevesinde değerlendirmelerde bulunacak ve buna dayanan borç ilişkilerini inceleyeceğiz.

⁸ Şener AKYOL, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi, 1995, s. 11 (Borçlar Genel); ANTALYA, BG 1,1, N. 34 vd.; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, N. 60 (Genel Hükümler); Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Jörg SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Schulthess, 2020, Rn. 24 vd.; Alfred KOLLER, OR AT Band I Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2023, Rn. 2.08 (AT); M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Baskı, Cilt I, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 10 (Cilt I); SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 4.01. Borç ilişkisi çatısı altında birden fazla münferit borç bulunabilir ve bunların hepsi tek başına birer borç teşkil ederler. Bu hâliyle borç ilişkisi geniş anlamda borç iken, borç ilişkisinden doğan münferit borç yahut borçlar, dar anlamda borç olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdulkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 2014, s. 5 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel). Dar anlamdaki borç için ‘taahhüt’ teriminin de kullanıldığına dair bkz. Selâhattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 6-7.

⁹ ANTALYA, BG 1,1, N. 40 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 12; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 4.03.

¹⁰ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, 2021, s. 40 (Genel); SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 4; Günther WIESE, Beendigung Und Erfüllung Von Dauerschuldverhältnissen, Festschrift Für H. C. Nipperdey Zum 70 Geburtstag, Verlag C.H. Beck, 1965, s. 838. Borç ve borç ilişkisi arasındaki farklar için bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 42 vd.

Borç ilişkilerini tasnif etmede zaman unsurunun etkisi, sözleşmelerin sürekliliği¹¹ konusunu gündeme getirmiştir. İsmiyle müsemma olan bu hukuki kurum, en yalın anlatımı ile borç ilişkisinin belirli yahut belirsiz bir zamana yayılmasını ifade etmektedir¹². Gerçekten de süreklilik kavramının sözlükteki anlamı, “*kesintisiz olarak sürüp gitme durumu; devamlılık, daimîliktir*”¹³. Zaman unsuru sözleşmenin adını doğrudan etkilemektedir¹⁴. Anılan nedenle bir sözleşmenin uzun bir dönem boyunca süregelmesi, bahse konu ilişkinin sürekli borç doğurduğu düşüncesini doğrudan akla getirebilir. Gerçekten de sürekli borç doğuran sözleşme, sözleşmedeki edimin bir süre boyunca kesintisiz şekilde devam etmesi¹⁵ nedeniyle bu ismi almıştır¹⁶. Bu sebeple borç ilişkisinin sürekliliği dendiğinde anlaşılması gerekenin ne olduğu sorusuna verilen ilk cevaplar¹⁷, yalnızca zaman kıstasından hareket etmiştir. Fakat sürekli borç ilişkisini diğerlerinden ayıran husus, temelde ve en basit anlatımı ile zamanla olan teması da

¹¹ “Sürekli borç doğuran sözleşme” kavramı, Almanca’da ‘*Dauerschuldvertrag*’ şeklinde ifade edilmektedir.

¹² **ZELLWEGER-GUTKNECHT**, vor Art. 1-40f, Rn. 29; **Max KELLER/Christian SCHÖBI**, Das Schweizerische Schuldrecht Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Dritte, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Helbing & Lichtenhahn, 1988, s. 305; **Rona SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 162 (Dönme). Benzer yönde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.26.

¹³ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 10/8/2023).

¹⁴ Sürekli borç ilişkisi kavramına, *geçici* ve *kalıcı* edimler ayrımı üzerinden değinen ilk yazar, 1851 yılında *Savigny*’dir. Bu borç ilişkisinin karakteristik yapısı, *Otto von Gierke* tarafından 1914 yılında derinlemesine incelenmiş ve bu tür ilişkiler diğer borç ilişkilerinden ayrılmıştır. Bkz. **OETKER**, s. 49. *Gierke*’ye göre sürekli borç doğuran ilişkiler, edim borcunun belirli bir süreye yayıldığı türden hukuki işlemlerdir. Bunların dışında kalan ilişkileri ise *geçici* borç ilişkisi olarak adlandırmıştır. Geçici borç ilişkileri, edimin belli bir zamanda yoğunlaşması anlamına gelirken; sürekli ilişkiler, edim yükümlülüğünün bir zaman sürecine yayılmasıyla izah edilir. Yazar, edimin ifa edilme sürecinin zamanla olan ilişkisine vurgu yapmıştır. Bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 4, 5. Bu açıklamalar ve daha ayrıntılı bilgiler için bkz. **OETKER**, s. 80 vd. Öğretide *Beitzke*, *Otto von Gierke* tarafından yapılan açıklamaları da irdeleyerek, sürekli borç doğuran ilişkiler bakımından ifanın sözleşmeyi sona erdirmedeğini, bunun ancak zaman yönünden mümkün olduğunu öncelikle ifade etmiştir. Fakat salt zamanın geçmesi ifanın yerini almamaktadır. Bu yönüyle zaman faktörünün önemini vurgulamış amma velâkin zamanın tek kıstas olmadığının altını çizmiştir. Bununla birlikte sürekli borç ilişkilerini diğerlerinden ayıran unsur, bu ilişkilerin diğer ilişkilere göre zaman boyutunun daha *zengin* olmasıdır. Bkz. **BEITZKE**, s. 4. Sürekli borç ilişkisi kavramının tarihçesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Sinan USTA**, Uzun Süreli Sözleşmeler, On İki Levha Yayınları, 2025, s. 66 vd.

¹⁵ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 94; **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Yirmi Sekizinci Bası, Turhan Kitabevi, 2024, N. 46 (Borçlar); **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 89; **Rona SEROZAN**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 12 (Özel Bölüm).

¹⁶ *Serozan* bu durumu, “*asli edimin kesintisiz bir süreç içinde gerçekleştirilmesi ve edim borçlusunun tüm zamanını adeta ifaya ayırması*” olarak ifade etmektedir. Bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 162.

¹⁷ Sürekli borç doğuran sözleşme kavramının hukuk literatüründe bir karşılık kazanmasında, sözleşmenin kurulması ile borç ve alacaktan bağımsız bir borç ilişkisinin doğduğu kabulünün önemli bir etkisi olduğunun altının çizilmesi gerektiği yönünde bkz. **Hakan KARAARSLAN**, Sürekli Borç İlişkileri ve Sürekli Borç İlişkilerinde İfa İmkansızlığı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2003, s. 3.

olsa, bu temas, kavramı anlatmak için yeterli gelmemektedir. Zira doğası gereği her sözleşme bir vakit almakta ve her borcun ifası az yahut çok zaman gerektirmektedir. Bir işyeri için satın alınan bilgisayarların teslim edilmesi gibi birçok örnekte, sözleşme ilişkisi belli bir süre devam etmekte ve hatta bazılarında bu süre uzun yıllara yayılmaktadır. Aynı tür sözleşmeler bakımından dahi, vadeye bağlı olarak sözleşme ile bağlı kalma süresi değişebilir. Sözleşme ilişkisinin uzunluğu, sözleşmede yer alan borçların kesintisiz biçimde devam ettiğini göstermemektedir. Kaldı ki bahse konu sürenin uzun olarak nitelendirilmesinden anlaşılması gerekenin ne olduğu tam olarak belli değildir. Anılan sebeple, yalnızca belli bir zamana yayılmayı kriter olarak belirlemek mümkün değildir. Aksi taktirde tüm borç ilişkilerinin sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmesi gerekir¹⁸.

Sürekli borç doğuran sözleşme¹⁹ ne 818 sayılı Borçlar Kanunu ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda²⁰ (TBK) tanımlanmıştır²¹. Fakat özel borç ilişkileri kısmında bazı sözleşmeler bakımından haklı nedenle fesih imkânı tanıyan hükümler²², eBK'da yer almayan ve sürekli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdünü düzenleyen m. 126²³ ile çalışmamız bakımından son derece önemli olan, hükümsüz bir hizmet sözleşmesinin sonuçlarını düzenleyen m. 394/III, sürekli sözleşmenin çeşitli görünümüne örnek teşkil edecek biçimde 6098 sayılı Kanun'a eklenmiştir.

B. Sözleşmenin Sürekliliğinin Belirlenmesi

Bir sözleşmenin sürekli borç doğuran niteliği haiz olup olmadığı bakımından yapılan tespit, borç ilişkisinin asli edimini incelemeyi gerektirir²⁴. Sürekli borç ilişkilerinin kendilerine has

¹⁸ ÖZ, Dönme, s. 13. Bu gibi bir kabulün tüm uzun süreli borç ilişkilerinin sürekli borç doğuran sözleşme olarak nitelendirilmesini gerektirdiği ve fakat bunun kabul edilemez olduğu yönünde bkz. **Mustafa Alper GÜMÜŞ**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınları, 2001, s. 24 (Özen).

¹⁹ Literatürde bugüne değin “*sürekli borç ilişkisi, sürekli sözleşme, sürekli borç doğuran sözleşme, sürekli ilişki*” gibi birçok terimin kullanıldığı yönünde bkz. **OETKER**, s. 69.

²⁰ RG. S. 27836, T. 4/2/2011.

²¹ **USTA**, s. 89 vd. Yasa koyucunun sürekli borç doğuran sözleşmeleri tanımlamadığı ve genel özelliklerinin öğreti tarafından açıklandığı yönünde bkz. **Susanne POLYDOR-WERNER**, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Schulthess, 1988, s. 5.

²² **ALTINOK ORMANCI**, s. 5-6; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 281.

²³ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 285.

²⁴ **ALTINOK ORMANCI**, s. 7-8; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 274; **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 5; **KARAARSLAN**, s. 20-21; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 40; **Jürg PEYER**, Der Widerruf im Schweizerischen

özellikleri, asli edim yükümlülüklerinin zamana yayılmasından ileri gelmektedir²⁵. Asli edim dışındaki herhangi bir husus, sürekliliğin tespitinde önem teşkil etmemektedir. Örneğin yan edim²⁶ yükümlülüklerinin süresi bu anlamda dikkate alınmamakta²⁷ ve asli edim dışındaki bir ögenin sürekli nitelikte olması, sözleşmeye sürekli borç doğurur bir nitelik atfetmemektedir²⁸.

Öğretide bir görüşe göre, sürekli borç doğuran sözleşmeyi anlamlandırabilmek ve tanımlayabilmek bakımından, borç ilişkisi; sözleşmenin süresi, ifa fiili ve ifa sonucu gibi kriterlerin incelenmesi gerekmektedir²⁹. Bir başka görüş ise karakteristik edim kriterini de değerlendirmeye almaktadır³⁰. Gerçekten de sürekli borç doğuran sözleşme kavramının anlaşılabilmesi için birçok ölçüt ileri sürülmüştür. Fakat tüm bu kıstaslar, esasında sürekli sözleşme kavramına dair yaklaşımı göstermektedir. Zira sürekli borç doğuran sözleşmeden ne anlaşılması gerektiği hususunda görüş birliği bulunmamakta³¹ ve sürekliliğin tespiti bakımından edim sonucu, edim fiili yahut karakteristik edimden hangisinin bu değerlendirmede esas olacağı öğretide tartışılmaktadır.

Auftragsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974, s. 87; **SELİÇİ**, s. 5-6; **SEROZAN**, Dönme, s. 162. Öğretide *Karaarslan*'a göre, sürekli borç doğuran sözleşmelerin sınıflandırılmasında asli edimin esas alınmasının bir nedeni de kanun koyucunun özel borç ilişkileri bölümünde sözleşmeleri asli edime göre isimlendirmesi ve tiplerini belirlemesidir. Bkz. **KARAARSLAN**, s. 21.

²⁵ **KARAARSLAN**, s. 21; **OETKER**, s. 135.

²⁶ Bir borç ilişkisindeki edimler, asli edim ve yan edim yükümlülükleri şeklinde tasnif edilir. Borç ilişkisine tipini veren, ona hukuki özelliğini kazandıran ve ondan beklenen asıl amacı gösteren edimlere asli edimler (*Hauptleistungspflicht*), bir diğer adlandırma ile birincil yükümlülükler denir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 50, 51; **EREN**, Genel Hükümler, N. 270; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 7; **KOLLER**, AT, Rn. 2.56; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 4.20 vd. Hukuki ilişkiye tipini veren asli edimlerin yanında, sözleşmenin tipini etkilemeyen ve fakat kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yahut taraflarca kararlaştırılabilen, asli edime göre ikincil derecede yan edimler mevcut bulunabilir. Bunlar da yan edim yükümlülükleri biçiminde adlandırılırlar (*Nebenleistungspflicht*). Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 57-61; **EREN**, Genel Hükümler, N. 91; **KOLLER**, AT, Rn. 2.56.

²⁷ **KARAARSLAN**, s. 21, dn. 62.

²⁸ Özellikle süreklilik arz eden yapmama borçlarının yan edim yükümlülüğü olarak sözleşmede yer alması, ilişkiyi sürekli hâle getirmemektedir. Zira bu türden bir yan edim yükümlülüğü çoğu ilişkiye eklenebilir türdendir. Bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 6. Yapmama borçlarının yan edim şeklinde ortaya çıkması açısından bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 4.16, 4.17. Yapmama ediminin asli edim olarak atipik bir sözleşme ilişkisi kurması hâlinde, sürekli borç doğuran bir sözleşme meydana getireceği yönünde bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 165.

²⁹ **KARAARSLAN**, s. 17 vd.

³⁰ **ALTINOK ORMANCI**, s. 8; **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 5 vd.

³¹ **USTA**, s. 89 vd. Ayrıca bkz. **POLYDOR-WERNER**, s. 5.

Bilindiği gibi edim fiili³², borçlunun edim sonucuna ulaşmak maksadıyla yerine getirdiği fiillerdir³³. Edimin borçlu açısından görünümü edim fiili iken, alacaklı bakımından karşılığı ise edim sonucudur³⁴. Zira alacaklının edimdeki menfaati, borçlunun fiilleri ile edimi ifa ettiği anda ortaya çıkar. Asli edim yükümlülüklerinden olup borç ilişkisine rengini veren edime ise karakteristik edim denmektedir³⁵. Bir diğer anlatımla, karakteristik edim, bir sözleşmeye karakterini vererek sözleşmede bariz ve üstün rol oynayan³⁶; sözleşmenin ekonomik amacını gerçekleştiren ve kural olarak karşı edimini bir miktar paranın ödenmesinin³⁷ oluşturduğu edimdir. Sözleşmenin akdedilmesinin esas nedenini, çoğu durumda bu oluşturur³⁸.

Sürekli borç doğuran sözleşme niteliğinin yapılabilmesi için incelenmesi gereken hususun, alacaklının sözleşmedeki menfaatinin süresi³⁹ olduğuna dair fikir, sözleşmenin sürekliliğine

³² *Edim davranışı* şeklindeki nitelime için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 249.

³³ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 6.

³⁴ Edim kavramı çift anlamlıdır (**ANTALYA**, BG 1,1, N. 250) ve edim dendiğinde hangisinin kastedildiği, edimin yer aldığı sözleşme incelenerek anlaşılabilir (**EREN**, Genel Hükümler, N. 271). Örneğin, *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre hizmet sözleşmesinde, sözleşmeye uygun şekilde çalışan işçi edim fiili ile borcunu ifa etmiş olur (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 33-34) fakat taşınır satış sözleşmesinde satış konusunun alacaklıya teslim edilmesi gerekir ki bu edim sonucunu dikkate alan bir değerlendirmedir. Bu sebeple edim denilince bazen edim fiili bazense edim sonucunun kastedildiğinin (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 33) ve edimin ikili bir mânâ taşıdığına altının çizilmesi gerekir. Bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 271; **ERDEN KUNTALP**, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, 2013, s. 137 (Karma Sözleşme).

³⁵ **ALTINOK ORMANCI**, s. 8.

³⁶ **Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, “Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun”, İÜHFM, C. 21, S. 1-4, 1957, s. 385 (Devletler Hususi).

³⁷ **Sibel ÖZEL/Mustafa ERKAN/Hatice Selin PÜRSELİM/Hüseyin Akif KARACA**, Milletlerarası Özel Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 426. Kural bu olmakla beraber, iki tarafa yüklenen borcun bir miktar paranın ödenmesi şeklinde tezahür ettiği finans ve bankacılık sektöründeki bazı sözleşme türlerindeki karakteristik edim, sözleşmenin özünü oluşturan edimdir. Bu nedenle örneğin bankanın yahut sigorta şirketinin edimi karakteristik edim teşkil eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA**, s. 428.

³⁸ Karakteristik edim, özellikle bir mesleki veya ticari faaliyet nedeniyle akdedilen sözleşmeler bakımından, bu mesleği ya da ticari faaliyeti icra eden kişinin edimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. **Berk DEMİRKOL**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 250; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Devletler Hususi, s. 386. Yine iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından para ödenmesinin karşılığını oluşturan, örneğin bir işin görülmesi; hizmetin verilmesi gibi sözleşmenin ağırlık merkezini teşkil eden edim karakteristik edimdir ve sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlamaktadır. Bkz. **ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA**, s. 426-427.

³⁹ Alacaklının menfaatinin gerçekleşmesinin belli bir süreye yayıldığı ilişkilerin sürekli borç ilişkisi kabul edilmesinin, sürekli borç ilişkilerinin kavramsal içeriğinin belirlenmesi hususunda mükemmel bir çözüm sunduğuna dair bkz. **KARAARSLAN**, s. 23.

edim sonucu açısından yaklaşmaktadır. Bu görüşe⁴⁰ göre sözleşmenin sürekliliği bakımından dikkate alınması gereken kısım, edim sonucunun zamanla olan temasıdır. Sürekli borç ilişkisi nitelmesi yapılabilmesi için, “*edim sonucunun, yani alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin bir anda mı gerçekleştiği yoksa bir süre içinde mi yerine getirildiğinin incelenmesi*” gerekmektedir⁴¹. Edimin hazırlanmasının yahut temin edilmesinin belli bir süre alması, yani sözleşme ile bağlılık süresi, ilgili sözleşmeyi sürekli hale getirmez⁴². Zira sözleşme ile bağlılık süresinin kısa yahut uzun olması, sürekli borç doğuran sözleşme karakterinin yansımaları değildir⁴³. Örneğin bir satış sözleşmesine konu malın hazırlanması, temini yahut nakliyesinin bir süreyi gerektirmesi sözleşmeyi sürekli hale getirmemektedir⁴⁴ zira alıcı bakımından ifa menfaati ilgili malın teslim alınması ile bir anda gerçekleşmektedir. Bu nedenle esas odak noktası, alacaklıyı tatmin etme yolunda gerçekleştirilen davranışlar değil, alacaklının menfaatinin gerçekleştiği edim sonucudur⁴⁵.

Bir sözleşmenin sürekli olarak nitelendirilebilmesi için değerlendirmeye alınması gereken hususun ne olduğu sorusuna, bazı yazarlar⁴⁶ borçlu zaviyesinden yaklaşarak cevap vermektedirler. Bu görüş taraftarlarına göre edim fiilinin belli bir süreye yayılması, bahse konu borç ilişkisinin sürekli sayılması için yeterlidir. Buna göre, borçlunun borcunu belli bir zaman

⁴⁰ ANTALYA, BG 1,1, N. 277; KARAARSLAN, s. 22 vd.; Halûk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2021, N. 8.3. (Borçlar); ÖZ, Dönme, s. 13; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 5 vd.

⁴¹ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7. *Seliçi*’nin bu bakış açısına katılmadığını belirten Serozan, edimin sürekliliği için edim fiilinin dikkate alınmasının daha tutarlı ve özellikle borçluyu esas alan modern yaklaşıma daha uygun olduğunu belirtmektedir. SEROZAN, Dönme, s. 164, dn. 24.

⁴² Öğretide *Seliçi*, bağlılık süresinin bir ölçüt olamayacağını açıkça ifade etmekte ve aksi taktirde elden satış ve elden bağışlama dışındaki tüm sözleşmelerin sürekli borç doğurduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 5.

⁴³ KARAARSLAN, s. 22; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7.

⁴⁴ ÖZ, Dönme, s. 13; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7.

⁴⁵ Bu bakımdan, olumsuz edimler süreklilik şartını adeta doğaları gereği sağlanmaktadır ve denebilir ki bu edimler açısından kural, sürekli olmaları, istisna ise ani şekilde ifa edilmeleridir. Edimin konusu hizmet sözleşmesi gibi olumlu davranışlarının teşkil etmesi hâli bakımından ise süreklilik, işçinin iş gücünü her daim işverenin emrine hazır tutması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu davranışın aralıksız olması süreklilik açısından koşul değildir. Önem arz eden husus, edimin ifasının gerektiği sürelerde yerine getirilmesidir. Hizmet sözleşmesinde borcunu günün belli saatlerinde ifa eden işçi buna örnektir. Ayrıntılar için bkz. KARAARSLAN, s. 22-26; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7-12.

⁴⁶ Peter DERENDINGER, Die Nicht- Und Die Nichtrichtige Erfüllung Des Einfachen Auftrages, 2., Nachgeführte Auflage, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1990, N. 10; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 37; SEROZAN, Dönme, s. 164, dn. 24; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 10; von TUHR, s. 49.

dilimi içinde aralıksız biçimde yerine getirmesi gerekmektedir. Öyle ki borçlu, daimi biçimde bir ifa hareketine girişecek ve kesintisiz bir şekilde hareket edecek⁴⁷ yahut katlanma yükümlülüğü altında bulunacaktır⁴⁸. Bu görüş taraftarlarından bazıları⁴⁹ sürekli edim denince esas anlaşılması gerekenin olumsuz edimler olduğunu ve fakat eğer şartları mevcutsa olumlu edimlerin de sürekli nitelikte kabul edilebileceklerini ileri sürmektedirler. Buna göre, kiralananın kiracı tarafından kullanılmasına katlanan kiraya verenin katlanma biçimindeki olumsuz edimi süreklilik şartını bu mânâda tam olarak yerine getirmektedir⁵⁰. Fakat örneğin bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde olumlu (yapma) edimini ifa eden işçinin bu edimi, esasen günün belli bir bölümünü kapsamakta ve kalanında çalışması söz konusu olmamaktadır. Lâkin bu halde de işçinin davranışı tek bir hareket olarak kabul edilmekte ve zamana yayılma koşulunun sağlandığı ileri sürülmektedir⁵¹. Böylece belli bir süre boyunca birbirini izleyen çeşitli fiillerden oluşan işçinin davranışları hukuken bir birlik olduğu gerekçesi ile sürekli edim olarak değerlendirilmektedir⁵². Olumlu edimler yönünden süreklilik, edimin fasılasız biçimde ifası değil; edim davranışlarının hukuki ve fiili anlamda bir bütünlük sağlanarak uzun bir sürede yerine getirilmesidir⁵³.

Sözleşmenin sürekliliği bakımından incelenmesi gereken ögenin ne alacaklının menfaati ne de borçlunun fiilleri olduğunu ileri süren fikre⁵⁴ göre ise dikkate alınması gerekli olan ölçüt,

⁴⁷ **von TUHR**, s. 49. Yazara göre sürekli edimler münferit olumlu fiillerden oluştuklarında dahi bunlar genel mânâda belli bir süre devam eden, tek bir hareket kabul edilirler. Örneğin işçinin münferit olumlu fiilleri, hukuki anlamda, belirli bir süre devam eden tek bir sürekli edim (*mütemadî eda*) kabul edilir. Bkz. **von TUHR**, s. 49.

⁴⁸ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 274; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 11.

⁴⁹ Kaçınma biçimindeki olumsuz edimlerin sürekli edimler bakımından asıl olduğuna dair bkz. **von TUHR**, s. 49. Olumsuz edimlerin bu tip edimler bakımından en iyi örnek olduğuna dair bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 37.

⁵⁰ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 274; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 37; **KOLLER**, AT, Rn. 2.39; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 11. Benzer yönde bkz. **Özcan GÜNERGÖK/Şaban KAYIHAN**, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Üçüncü Baskı, On İki Levha Yayınları, 2024, s. 25; **Claire HUGUENIN**, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, 2019, Rn. 59.

⁵¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 37; **von TUHR**, s. 49-50. Bu yönde bkz. **GÜNERGÖK/KAYIHAN**, s. 25.

⁵² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 38.

⁵³ **EREN**, Genel Hükümler, N. 301.

⁵⁴ **ALTINOK ORMANCI**, s. 13; **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 6-8; **Burak SAK**, Borçlar Hukukunda Aldatma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2024, s. 207 (Aldatma); **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 90. Karakteristik edim yönünde bkz. **Bilgehan ÇETİNER/Andreas FURRER/Markus MÜLLER-CHEN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, 2021, N. 83. Alacaklının, karakteristik edimin ifasındaki menfaatinin zamana yayılması hâlinde bir sürekli borç doğuran sözleşmenin ortaya çıkacağına dair bkz. **GÜMÜŞ**, Genel, s. 68

karakteristik edimdir. Böylece belli bir zamana yayılma olgusu, salt bir taraf seçilerek onun davranışlarına atfedilmemiş olacaktır. Bu da sürekliliğin tespiti bakımından tarafsız bir noktada durulmasını, alacaklı yahut borçludan birinin menfaatlerine daha fazla değer verilmemesini sağlamaktadır⁵⁵. Bu görüşe göre zaman faktörünün rolü, karakteristik edime etkisi nispetince irdelenmelidir⁵⁶. Daha doğru bir ifadeyle, geçen süreyi belirleyen şey edim olmamalı; geçen süre, edimin belirlenmesinde etkin bir rol oynamalıdır⁵⁷. Sözleşmedeki karakteristik edimin kapsamı yalnızca sözleşme süresine bağlı olarak tespit edilebiliyorsa, o hâlde sözleşme sürekli kabul edilmelidir. Böylece sürekli sözleşmeler, “*karakteristik edim kapsamının ancak ifa süresine bağlı olarak tespit edilebildiği borç ilişkileri*”⁵⁸ biçiminde ifade edilebilir. İki tarafın ediminin de sürekli olmasına gerek yoktur, mühim olan sözleşmeye tipini veren edimin süreklilik arz etmesidir⁵⁹.

Son olarak, öğretilerde bazı yazarlar, sözleşmenin sürekliliği bakımından keskin bir ayrıma gitmemişlerdir. Örneğin bir fikir⁶⁰, ani edimli sözleşmeleri edim sonucundan hareketle açıklamakta ve fakat sürekli sözleşmelere dair izahı edim fiili üzerinden yapmaktadır⁶¹. Bir başka görüş⁶² de edim fiili ile karakteristik edim arasında net bir ayırım yapmamaktadır⁶³. Benzer şekilde, başka bir yazar⁶⁴ da görüşünü, “*sürekli edimler, borçlunun zaman içinde devamlı ve aralıksız sürekli davranışını gerektiren edimlerdir... karşılıklı asli edimlerde*

⁵⁵ ALTINOK ORMANCI, s. 13.

⁵⁶ ALTINOK ORMANCI, s. 11; GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 7.

⁵⁷ GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 6.

⁵⁸ ALTINOK ORMANCI, s. 13.

⁵⁹ ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN, N. 83.

⁶⁰ EREN, Genel Hükümler, N. 301; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 39, 40. Yazarlar sürekli borç ilişkisini açıklarken öncelikle borçlu açısından olaya yaklaşmakta ve sürekli edimi, borçlunun borcunu zaman içinde, aralıksız biçimde yerine getirdiği edim olarak tanımlamaktadırlar. Fakat aynı zamanda Oğuzman/Öz ani edime alacaklı açısından yaklaşmaktadır. Yine Eren, ifa fiilleri belli bir zamana yayılsa bile alacaklı için bir anda ve tek seferde gerçekleşen ifanın sürekli edim anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir.

⁶¹ Bu hususa çekilen dikkat için bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 10, dn. 15.

⁶² Öğretilerde Kocayusufoğlu, sürekli edime borçlu zaviyesinden yaklaşmış ve edim fiilini esas alan bir tanım yapmıştır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 37). Bunun yanında bir başka tanımda ise edimin zaman içinde katlanarak artmasına atıf yapmış ve süre uzadıkça borcun miktarı ve kapsamının genişlediğine değinmiştir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 77) Edimin zamana bağlı olarak katlanması ve geçen sürenin edimin belirlenmesinde rol oynaması, sürekliliğin tespiti bakımından karakteristik edime işaret etmektedir.

⁶³ Bu hususa çekilen dikkat için bkz. Burak SAK, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122), On İki Levha Yayınları, 2020, s. 68, dn. 206 (Dağıtım).

⁶⁴ ANTALYA, BG 1,1, N. 277.

karakteristik olanın niteliği sözleşmeye süreklilik niteliği verir”⁶⁵ ve “*edimin ani edim mi yoksa sürekli bir edim mi olduğunu belirlemek için borçlunun faaliyeti değil, alacaklının edime olan yararının gerçekleşmesinin zaman içinde bir anda mı olduğu, yoksa zamanın içinde sürekli olarak mı yapıldığını değerlendirmek gerekmektedir*” şeklinde izah etmiştir. Görüleceği üzere bu görüş de bahse konu tüm ölçütleri sürekliliğin tespitinde gündeme getirmektedir. Bu bakış açıları, bizi, sözleşmenin sürekliliğine dair açıklamaların mümkün olan tüm ölçütler⁶⁶ nezdinde yapılması gerektiğine dair bir fikre götürmektedir. Çalışmaya konu hizmet, eser ve vekâlet sözleşmeleri bakımından sürekliliğin tespiti ve bu konudaki tartışmalar açısından tüm ölçütleri izah etmeye çalışan açıklamalar, ilgili bölümlerde yapılmıştır.

II. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Sözleşme Özgürlüğü

En temel anlamıyla sözleşme özgürlüğü, şahısların diledikleri sözleşmeyi kurabilme imkânına sahip olmalarıdır⁶⁷. Çalışma konumuzdaki önemine binaen öncelikle sözleşme özgürlüğü⁶⁸

⁶⁵ ANTALYA, BG 1,1, N. 274.

⁶⁶ Örneğin, dağıtım sözleşmelerinin sürekliliğinin tespiti bakımından, öğretide işaret edilen ölçütlerin tamamı bakımından yapılan inceleme sonucunda, sözleşmenin sürekli borç doğurur niteliğinin tespit edildiği yönünde bkz. SAK, Dağıtım, s. 68, 69.

⁶⁷ ANTALYA, BG 1,1, N. 1888; KILIÇOĞLU, Borçlar, N. 598; KOLLER, AT, Rn. 13.02; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 362. Benzer yönde bkz. EREN, Genel Hükümler, N. 954; Werner FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, Springer- Verlag, 1992, s. 12. Sözleşme özgürlüğünün üst başlığını *karar özgürlüğü* oluşturmaktadır. Bu, kişilerin hukuki işlemler yapmak bakımından sahip olduğu özgürlüğe işaret eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ernst WOLF, “Vertragsfreiheit- Eine Illusion?”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Hrsg: Peter FORSTMOSER/Hans GIGER/Anton HEINI/Walter R. SCHLUEP, Schulthess, 1989, s. 359.

⁶⁸ Sözleşme özgürlüğü (*Vertragsfreiheit*) ve irade muhtariyeti (*Privatautonomie*) kavramlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 385 vd.; Barbara MEISE/Claire HUGUENIN, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art. 19/20, Rn. 2 vd. (BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN); Fahri Erdem KAŞAK, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 38 vd. Sözleşme özgürlüğü ile irade özgürlüğünün eş anlamlı olduğu yönünde bkz. EREN, Genel Hükümler, N. 954; Nagehan KIRKBEŞOĞLU, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 19; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 363. Benzer yönde bkz. Derya ATEŞ, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, 2006, s. 35, 36; BaslerKomm-ZELLWEGER/GUTKNECHT, vor Art. 1-40f, Rn. 1; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 80. İki kavramın eş anlamlı kabul edilmesinin nedeni, sözleşmenin; irade serbestisinin temel biçimi olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. FLUME, s. 12. İrade muhtariyetinin, sözleşme özgürlüğünü kapsayan bir üst kavram olduğu yönünde bkz. Pakize Ezgi AKBULUT, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 16; Jürgen SCHMIDT, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei

kavramından ne anlaşılması gerektiği ve sonrasında bu özgürlüğün ele alınış biçimleri kısaca izah edilecektir. Fakat çalışmanın ana teması esasen bu özgürlüğün sınırları ve bunların ihlâliyle alakalı olduğundan, sözleşme özgürlüğünün genel bir panoraması çıkartılacak ve özellikli durumları hükümsüzlük bağlamında izah edilmeye çalışılacaktır.

1. Genel olarak

Sözleşme özgürlüğü⁶⁹, normatif olarak hukuki temelini Anayasa'nın 48. maddesinde⁷⁰ bulan ve borçlar hukukunun alt yapısını inşa eden bir ilkedir⁷¹. Bu ilke, bireylerin kendi iradelerini serbestçe kullanarak özel hukuk ilişkilerinin belki de en önemlisi olan sözleşmeyi⁷² vücuda getirmelerini sağlar⁷³. Fakat sözleşme özgürlüğü yalnızca sözleşmenin özgür biçimde

Schuldverträgen (Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft 13), Duncker Humblot, 1985, s. 16; **Mehmet Nuri ÖRS**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2004, s. 10. Sözleşme özgürlüğünün, uygulamada irade serbestisinin en önemli görünümlerinden biri olduğu yönünde bkz. **Burkhard BOEMKE/ Bernhard ULRICI**, BGB Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer- Verlag, 2014, § 4, N. 7; **KAŞAK**, s. 45. İrade muhtariyetinin borçlar hukukundaki görünümünün sözleşme özgürlüğü olduğu yönünde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 387; **Saibe OKTAY ÖZDEMİR**, “TBK m. 26”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 6 (**İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**); **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 501. İrade muhtariyetinin sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin nisbiliği ve sözleşmenin bağlayıcılığı olarak adlandırılan üç ilkeyi ortaya çıkardığı, sözleşme özgürlüğünün bunlardan en mühimi olarak neredeyse irade muhtariyetiyle eş anlamlı şekilde kullanıldığı yönünde bkz. **Kemal ATASOY**, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 107.

⁶⁹ İlkenin felsefi temellerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHMIDT**, s. 46 vd.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 501 vd.

⁷¹ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1889; **Felix DASSER**, OFK- Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Hrsg: von Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2023, Art. 19, Rn. 1 (**OFK/DASSER**); **EREN**, Genel Hükümler, N. 942; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 612; **Hans GIGER**, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 13; **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 1; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 501; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 362. Bu yönde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, Rn. 25.01.

⁷² “Sözleşme, onu yapanların kanunudur” ifadesi, bireylerin iradesinin bu özel hukuk ilişkisindeki önemine vurgu yapmaktadır. İlgili ifade, esasen Fransız Medeni Kanunu m. 1103'te karşılığını bulmaktadır. Bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032040777/2016-10-01. 2016 yılında yapılan reform öncesinde hüküm m. 1134/I'de yer almaktaydı. Hükme dair açıklamalar için bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 88.

⁷³ Esas kaynağını ekonomik liberalizmde bulan ilke, temelde özgürlüğün hüküm sürdüğü bir toplumdan hareket etmektedir. Bu ideale göre kişiler serbestçe sözleşmeler akdetmektedirler. Fakat günümüz koşullarında taraflar arasında özellikle bilgi, beceri ve sosyo ekonomik durum bakımından ciddi farklar bulunmakta, bu da sözleşenler arasındaki dengeyi güçsüz olan taraf aleyhine ciddi şekilde bozmaktadır. Eşit seviyede olmayan tarafların bu koşullarda kuracağı sözleşmenin adil olmayacağı şüphesizdir. Anılan nedenle sosyal hukuk devleti ilkesinden hareket eden bir tavırla şekli anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesiyle yetinilmemeli ve maddi anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi de geliştirilmeli, böylece güçsüz olan sözleşme tarafı güçlü olana karşı korunmalıdır. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 503 vd. Benzer şekilde bkz. **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N.

akdedilmesi değil, kurulacak sözleşmenin tarafını seçme; şekline karar verebilme, içeriğini serbestçe belirleme ve yine aynı şekilde sözleşmeyi özgürce değiştirme ve ortadan kaldırabilme noktasındaki serbestiyettir⁷⁴.

Sözleşme özgürlüğü denince ilk akları gelen hâl olan sözleşme kurma özgürlüğü, bu ilke bakımından genel kural olsa da mutlak değildir. Bazı durumlarda sözleşme akdetmenin zorunlu kılınması⁷⁵ buna örnek verilebilir. Bu gibi hâllerde, bir kimsenin kendisine yöneltilen sözleşme önerisini reddetme imkânı bulunmamakta ve kendisinden sözleşmeyi kuracak kabul iradesini

13 vd.; **Mahmut KABAKCI**, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, 2012/1, s. 125. Bu hususta Alman Federal Mahkemesi’nin 19.10.1993 tarihli bir kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: “...*Buna karşılık sözleşmenin içeriği taraflardan biri için aşırı derecede mağduriyete sebep oluyorsa ve menfaatler dengesi açıkça kurulamamışsa mahkemeler "sözleşme, sözleşmedir" tespiti ile yetinemezler. Aksine sözleşmede yer alan düzenlemenin taraflar arasındaki pazarlık gücünün eşit olmamasına dayanıp dayanmadığını tespit edecek ve buna göre mevcut özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edeceklerdir*”. Kararın çevirisi için bkz. **Yeşim M. ATAMER**, “Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti- Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi- Alman Anayasa Mahkemesi’nin 19.10.1993 tarihli kararı”, İHM, C. 55, S. 3, 1997, s. 427 (Karar). Kararın orijinal metni için bkz. BverfG 19.10.1993, NJW, 1994, 36. Bkz. Beck Online (Erişim Tarihi: 23/6/2024).

⁷⁴ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1891 vd.; **O. Gökhan ANTALYA**, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 3, Temmuz 1992, s. 365 (Geçerlilik Şekli); **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 4; **Eva Maria BELSER**, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg, 2000, s. 27 vd.; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 89 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 956; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 613 vd.; **GIGER**, s. 13; **Hüseyin HATEMİ/K. Emre GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku, Dördüncü Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 60; **Günther HAUPT**, Über faktische Vertragsverhältnisse, Verlag von Theodor Weicher, 1943, s. 5; **İstSerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 8; **KAŞAK**, s. 57; **KELLER/SCHÖBI**, s. 92; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 618 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 503; **KOLLER**, AT, Rn. 13.02; **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, Rn. 26.01; **WOLF**, s. 360.

⁷⁵ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 9; **KELLER/SCHÖBI**, s. 92. Sözleşme kurma mecburiyetinin temel sebebi, toplumun birtakım hizmetlere kavuşmasına yönelik gerekliliktir. Bu zorunluluk çeşitli hâllerde gündeme gelebilir. Kanundan yahut hukuki işlemde kaynaklanabilir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1894 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 959 vd.; **İstSerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 133 vd. Hukuki işlemde kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu biçiminde açıklanan ön sözleşmenin, gerçek anlamda bir sözleşme mecburiyeti anlamına gelmediği, zira ön sözleşme akdeden kişinin bu hukuki işlemi yapmasının yine kendi iradesine dayandığı yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 505. Sözleşme akdetme zorunluluğunu sözleşme özgürlüğünün olumlu müdahalelerle sınırlandırılması şeklinde niteleyen bir görüş de bulunmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 365 vd. Olumlu- olumsuz sözleşme özgürlüğü (Bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 8; **Ernst A. KRAMER**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages Kommentar zu Art. 19-22 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1991, Art. 19-20, Rn. 44 (**BernKomm/KRAMER**) ile aktif- pasif sözleşme özgürlüğü biçimindeki nitelemeler ve tasnif için bkz. **KAŞAK**, s. 58 vd.

göstermesi beklenmektedir⁷⁶. Benzer şekilde bir kişinin, kurulacak sözleşmenin tarafını seçebilme özgürlüğü de bu ilke kapsamındadır⁷⁷.

2. Sözleşme özgürlüğünün görünüm şekilleri

Sözleşme özgürlüğünün görünümlerinden birini, akdedilmiş sözleşmenin içeriğini değiştirme yahut bunu ortadan kaldırma serbestisi oluşturmaktadır⁷⁸. Sözleşme tarafları nasıl ki özgür biçimde bir sözleşme kurma noktasında karşılıklı irade beyanlarını ileri sürebilirlerse, yine aynı şekilde kurulmuş bir sözleşmeyi de değiştirme muhtariyetine sahiptirler⁷⁹.

Sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü, sürekli sözleşmeler bakımından ayrıca önem az etmektedir. Öyle ki bu sona erdirmeye bakımından ani edimli sözleşmeler ile sürekli sözleşmelerin ayrı değerlendirilmesi gerektiği⁸⁰ ve mevzubahis ani edimli sözleşmeler ise sözleşmeyi sona erdirmenin esasen ahde vefa ilkesine aykırı bir tutum olduğu ifade edilmektedir⁸¹. Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından ise bu imkân, sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü yahut sürekli sözleşmelere özgü şekilde isimlendirilirse, sözleşmeyi feshetme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir⁸². İlgili fesih olağan yahut olağanüstü fesih şeklinde gündeme gelebilir⁸³. Olağan fesih, belirsiz süreli bir sürekli sözleşmenin ileriye

⁷⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 505.

⁷⁷ Lâkin bu da sınırsız bir şekilde uygulanmamaktadır. Bazı hâller vardır ki sözleşmenin karşı tarafının belirli kimselerden oluşması zorunludur. Örneğin, iradi ve kanuni önalım hakkının mevcut olduğu hallerde kişi, bu hakka sahip bireylerle sözleşme akdetmek mecburiyeti altındadır. Bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 4; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 90; **EREN**, Genel Hükümler, N. 995; **KAŞAK**, s. 59. Elektrik, su gibi hizmetlerin verilmesi bakımından yahut fiili tekele sahip kimselerin, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün mevcut olmadığı yönünde bkz. **ÖRS**, s. 14. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu çerçevesinde, serbest tüketici niteliğini haiz elektrik tüketicilerinin, tedarikçileri seçme imkânının bulunduğu yönünde bkz. **KAŞAK**, s. 59, dn. 216.

⁷⁸ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1948 vd.; **BELSER**, s. 28; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 90; **EREN**, Genel Hükümler, N. 996; **KABAKCI**, s. 125; **KAŞAK**, s. 71; **KELLER/SCHÖBI**, s. 92; **ÖRS**, s. 19. Sözleşmeyi değiştirme özgürlüğünün özünün TBK m. 13'te yer aldığı yönünde bkz. **KAŞAK**, s. 71, 72.

⁷⁹ **KAŞAK**, s. 72; **KELLER/SCHÖBI**, s. 92.

⁸⁰ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 10.

⁸¹ **KAŞAK**, s. 73; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 87.

⁸² **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 87. Benzer yönde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 26.27.

⁸³ **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 41.

etkili olarak sona erdirilmesidir⁸⁴ ve bu hâlde herhangi bir nedene dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır⁸⁵.

Olağanüstü fesih ise belirli veya belirsiz süreli bir sürekli sözleşmenin, birtakım nedenlere dayanılarak sona erdirilmesidir⁸⁶. Haklı nedenle fesih imkânı genel nitelikli bir olağanüstü fesih hâlidir⁸⁷. Türk ve İsviçre hukukunda haklı sebeple feshi düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakta⁸⁸ ve bu imkân bazı sürekli sözleşmeler için özel düzenlemelere konu olmaktadır. Alman hukukunda⁸⁹ ise borçlar hukuku reformuyla yapılan değişiklikle beraber, haklı nedenle fesih yasal bir çerçeveye kavuşmuştur⁹⁰. İlgili madde, sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshini hüküm altına almaktadır⁹¹. Buna göre taraflardan herhangi biri, devam

⁸⁴ **ANTALYA**, BG 1,3, N. 3083; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 87; **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 39, 40.

⁸⁵ **ALTINOK ORMANCI**, s. 90; **Nil KARABAĞ BULUT**, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 233 (Kişilik Hakkı); **Saibe OKTAY**, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, İÜHF, C. 55, S. 3, 1997, s. 213, 214 (Uzun Süreli Sözleşmeler), s. 231. Sürekli borç doğuran belirli süreli bir sözleşmenin kural olarak olağan feshiyle sona erdirilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bkz. **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 39; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 234.

⁸⁶ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 10; **ALTINOK ORMANCI**, s. 93; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 100; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 156.

⁸⁷ **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 87.

⁸⁸ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından genel bir ilke olarak uygulanmaya başlayan sürekli borç doğuran sözleşmelerin haklı nedenle feshinin, Türk hukuku bakımından da bir çözüm olarak benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 110, 111. Kanunda bir düzenlemenin yer almaması yahut tarafların sözleşmede bu yönde bir hükme yer vermemeleri hâlinde dahi, sürekli sözleşmelerin dürüstlük kuralı uyarınca sona erdirilebileceğinin kabul edilmesi gerektiğine dair bkz. **O. Gökhan ANTALYA**, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,3, Seçkin Yayınları, 2019, N. 3112, **USTA**, s. 292. Örneğin, sürekli borç doğuran sözleşme niteliğini haiz finansal kiralama sözleşmeleri bakımından, özel bir haklı nedenle fesih hükmü barındırmayan ilgili dönemdeki kanuna rağmen, işlem temelinin çökmesi hâlinde bu sözleşmelerin sürekli niteliği gereği TMK m. 2 temelli bir haklı nedenle fesih imkânının varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Sezer ÇABRİ**, Konut Finansmanı Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 401, 402 (Konut). Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından haklı nedenle olağanüstü feshin her zaman mümkün olduğu yönünde bkz. **SEROZAN**, Özel Bölüm, s. 13. Türk hukukunda her ne kadar genel bir haklı nedenle fesih hükmü bulunmasa da tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler açısından bu şekilde bir fesih imkânının varlığının kabul edilmesi gerektiği ve bu kabul için TMK m. 1/II hükmünden yararlanarak tümel kıyas yapılabileceği yönünde bkz. **ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN**, N. 86.

⁸⁹ Önceki kanun döneminde karşılığı olmayan BGB § 314’ün düzenleme altına alınmasının nedeni, kanun koyucunun içtihat hukukunda var olan bir ilkeyi pratik önemi nedeniyle kural haline getirme isteğidir. Bu hüküm yasalasmadan önce de BGB § 626/1 uyarınca ilgili hakkın içtihat hukukunca uygulandığına dair bkz. **MüKoBGB/GAIER**, BGB § 314, Rn. 1.

⁹⁰ **ALTINOK ORMANCI**, s. 97; **Savaş BOZBEL**, “Alman Borçlar Hukuku Reformu ile (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) Getirilen Değişiklik ve Yenilikler”, Mevzuat Dergisi, S. 67, Temmuz 2003, III, 5, c (<https://www.mevzuatdergisi.com>, Erişim Tarihi: 25/6/2024).

⁹¹ Covid 19 Pandemisi nedeniyle yayınlanan ve tüketiciler ile küçük işletmelerin sürekli borç ilişkilerinden doğan borçları için bir erteleme (*Moratorium*) öngören 27 Mart 2020 tarihli Yasa (Gesetz zur Abmilderung der Folgen

eden yükümlülüğünü, bildirim süresine uyma zorunluluğu olmadan haklı bir nedenle feshedebilmektedir⁹².

Sözleşmenin sona erdirilmesi özgürlüğü bakımından incelenmesi gereken bir diğer durum ise vekâlet sözleşmesine özgüdür. Bu sözleşme uyarınca getirilmiş sona erme imkânı, yukarıda bahsedilen sürekli sözleşmelerin haklı sebeple feshinden farklılık arz etmektedir. Zira TBK m. 512 uyarınca vekâlet veren ve vekile tanınmış olan sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakkı için, bir haklı nedenin varlığı şart değildir⁹³. Sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü bakımından kanun koyucunun açık bir düzenlemesi mevcuttur⁹⁴.

Sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü de sınırsız değildir ve çeşitli sosyal – politik gerekçeler yasa koyucuyu sınırlamaya itmiştir⁹⁵. Sözleşme özgürlüğüne müdahalenin mümkün görüldüğü ve sosyal devlet ilkesinin işletildiği, özellikle tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olmadığı birtakım sözleşmeler bakımından, çeşitli hudutların varlığı kabul edilmektedir⁹⁶.

Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü ise TBK m. 12/I’de hüküm altına alınmıştır. Kuralın lafzından da anlaşılacağı üzere, aksi kararlaştırılmadığı sürece sözleşme, herhangi bir şekle tabi değildir⁹⁷. Kanunun yahut TBK m. 17’de ifade edildiği üzere tarafların sözleşmeye dair bir şekil

der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, bkz. https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/BGBI/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf?__blob=publicationFile&v=3), fesiş hakkına dair ayrıntılı bilgiler için bkz. **MüKoBGB/GAIER**, BGB § 314, Rn. 3.

⁹² **ALTINOK ORMANCI**, s. 97; **BOZBEL**, III, 5, c; **MüKoBGB/GAIER**, BGB § 314, Rn. 4.

⁹³ Vekâlet sözleşmesine özgü bu tek taraflı sona erdirmeye hakkının temelinde yatan gerekçelere dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Suat SARI**, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Kitabevi, 2004, s. 69 vd. (Vekâlet).

⁹⁴ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 10; **KAŞAK**, s. 73. Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi taraflara tanınmış bir hak olsa da TBK m. 512 uyarınca “*uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”. Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi bakımından haklı nedenin varlığının, bahse konu uygun olmayan zaman araştırmasını ve bu nedenle karşı tarafın zararını karşılama yükümlülüğünü ortadan kaldıracağı yönünde bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 55, 56. Haklı nedenin varlığının tek başına tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı, bu haklı nedenin ancak muhataba isnat edilebildiği hâllerde ise ilgili sözleşme tarafının uygun olmayan zaman savunmasında bulunamayacağı yönünde bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 182.

⁹⁵ **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 88; **KAŞAK**, s. 74.

⁹⁶ Örneğin bir hizmet sözleşmesinin ikale sözleşmesiyle sona erdirilmesi durumunda, sözleşme özgürlüğünün sınırsız şekilde uygulanabilmesi, ancak zayıf konumda olan işçiyle daha güçlü olan işveren arasındaki sözleşme adaletinin sağlanmasına bağlıdır. Sözleşmenin sona erdirilmesi özgürlüğünün ikale sözleşmesi bağlamında incelenmesi dair ayrıntılar için bkz. **KABAKCI**, s. 125 vd.

⁹⁷ Şekil serbestisinin TBK m. 12 dışında, TBK m. 1 uyarınca da kurucu unsur olmadığı ve tarafların iradelerini her şekilde ifade edebileceği hususunda bkz. **Arif Barış ÖZBİLEN**, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden

şartı öngörmemeleri hâlinde kural, serbestiyettir⁹⁸. Diğer sözleşme özgürlüğü hâllerinde olduğu üzere şekil serbestisi de mutlak değildir ki m. 12/I’de bu durum belirtilmiş ve sözleşmelerde şekil serbestisinin, aksi öngörülmediği müddetçe mevcut olduğu ifade edilmiştir. Geçerlilik şekline aykırı akdedilmiş bir sözleşmenin akıbetini TBK m. 12/II düzenlemiştir. İlgili fıkra, “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*” kuralını haizdir. Kanunun şekle aykırılığa hükümsüzlük müeyyidesini uygun bulduğu açıksa da bu müeyyidenin niteliği hususunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır⁹⁹. Farklı fikirlerin sebebinin ise eBK m. 11/II ve OR Art. 11/II’nin yorumu açık lafzı olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁰. Buna karşın, TBK m. 12’nin, geçerlilik şekline aykırı bir sözleşmeye uygulanması gereken yaptırım bakımından yorumu açık bir düzenleme olmadığı ifade edilmekte¹⁰¹ ve şekil kuralına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu öğretide de baskın görüş olarak savunulmaktadır¹⁰². Kanaatimizce de kanunen öngörülmüş bir

Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 26 vd. Alman ve Türk-İsviçre hukuku bakımından ilke, şekil serbestisidir. Bkz. **Rona SEROZAN**, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, s. 8 (Formmangels). Benzer yönde bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 11. TBK m. 394/I uyarınca, kanunda aksine hüküm olmadıkça hizmet sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

⁹⁸ **EREN**, Genel Hükümler, N. 997. İradî şekil şartı, kanunun bir geçerlilik şekli öngördüğü sözleşmeler bakımından da gündeme gelebilir. Fakat bu hâlde öngörülen şekil şartı, yasa koyucunun düzenlediği biçimden daha ağır olmalıdır. Daha hafif bir şekil şartı kararlaştırılması mümkün değildir. Bkz. **Hüseyin ALTAŞ**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, 1998, s. 71; **ÖZBİLEN**, s. 121. Benzer şekilde bkz. **ÖRS**, s. 15; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 26.26. Bundan anlaşılması gereken ise iradenin şekilsiz biçimde açıklanması değil, sözleşenlerin iradelerini diledikleri biçimde dış dünyaya aksettirebilmeleri noktasındaki özgürlükleridir. Yani tarafların iradelerini nasıl açıklayacaklarına kendilerinin karar verebilmeleri hususunda, kural olarak bir muhtariyet içinde olmalarıdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ÖZBİLEN**, s. 30.

⁹⁹ Görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ALTAŞ**, s. 89 vd.; **ANTALYA**, Geçerlilik Şekli, s. 366 vd.; **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 11, Rn. 16 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 925 vd.; **ÖZBİLEN**, s. 177 vd.

¹⁰⁰ **ÖZBİLEN**, s. 177.

¹⁰¹ **ÖZBİLEN**, s. 176.

¹⁰² **Mehmet Serkan ERGÜNE/Alî Suphi KURŞUN**, “TBK m. 27”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 4 (İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN); **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 311; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 479; **ÖZBİLEN**, s. 198; **SEROZAN**, Formmangels, s. 27; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 102. Bu husustaki bir diğer görüşe göre ise bu hâlde, ‘kendine özgü geçersizlik’ yaptırımı mevcuttur. Bkz. **ALTAŞ**, s. 143 vd. Öğretide *Eren*, ‘kendine özgü geçersizlik’ kuramını ‘esnek geçersizlik’ yahut ‘esnek butlan’ ile aynı anlama gelecek şekilde kullanmıştır. *Antalya* ise doğrudan ‘esnek geçersizlik’ biçiminde ifade etmektedir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2540 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 933 vd. Öğretideki başka bir görüş ise şekle aykırı bir sözleşmenin müeyyidesinin yokluk olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **KELLER/SCHÖBI**, s. 25, 26. Şekle aykırılığın sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZBİLEN**, s. 177 vd.

şekil kuralına aykırılık, öğretideki hakim görüş ve yüksek mahkeme içtihatlarında¹⁰³ kabul edildiği gibi, bir kesin hükümsüzlük hâlini sonuçlar.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün ise sözleşme özgürlüğünün en önemli görünüm biçimlerinden olduğu söylenebilir¹⁰⁴. Zira sözleşme özgürlüğü hususu dahi TBK m. 26'da, “*F. Sözleşmenin İçeriği*” üst başlığıyla düzenlenmiştir¹⁰⁵. Sözleşmenin konusu, kapsamı, sınırları gibi esasen sözleşmeyi oluşturan tüm unsurların, kısaca sözleşmenin muhtevasının tam bir serbestlik içinde oluşturulması, içerik özgürlüğünü ifade etmektedir¹⁰⁶. Bu özgürlük aynı zamanda sözleşmenin tipini seçme¹⁰⁷ serbestisiyle de alâkalıdır¹⁰⁸. Fakat tüm bu serbestiyet, hükümde de belirtildiği üzere kanunda yer alan sınırların aşılmasında şartıyla mümkündür¹⁰⁹. Mevzubahis sınırların aşılmasının sonuçları ise en yalın tabirle, hükümsüzlük hâllerini sonuçlamaktadır.

B. Sözleşmenin Hükümsüzlük Sebepleri ve Hükümsüzlüğün Etkileri

Hükümsüzlük, gerek içerik gerek tasnif ve gerek terimsel mânâda, üzerinde çeşitli tartışmaların döndüğü bir alandır. Özellikle türleri bakımından yapılan tasnifte hangi alt başlıkların olduğu, kabul edilen sisteme göre değişmektedir. Hükümsüzlük sistemini, ‘*klasik hükümsüzlük teorisi*’

¹⁰³ Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 11, Rn. 17 vd.; **SCHWENZER/ FOUNTOULAKIS**, Rn. 31.27; **ÖZBİLEN**, s. 178;

¹⁰⁴ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 6; **KAŞAK**, s. 63; **KELLER/SCHÖBI**, s. 93.

¹⁰⁵ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 6. Hüküm kenar başlığı her ne kadar sözleşme özgürlüğü olsa da aslında içerik özgürlüğünü düzenlediğine dair bkz. **KAŞAK**, s. 63; **ÖRS**, s. 18, 19.

¹⁰⁶ **ÖRS**, s. 18. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün, dar anlamda sözleşme özgürlüğü olarak ifade edilebileceği hususunda bkz. **KAŞAK**, s. 63; **KOLLER**, AT, Rn. 13.02.

¹⁰⁷ Sözleşmenin tipini seçme özgürlüğünün, isimli sözleşmelerin akdedilebilmesi ve kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin içeriğinde değişiklik yapılarak, yasal düzenlemelerden farklı hükümler kararlaştırabilmesi olduğu yönünde bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 6; **İstSerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 33 vd.; **SCHWENZER/ FOUNTOULAKIS**, Rn. 26.21. Ayrıca bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.02.

¹⁰⁸ **KAŞAK**, s. 63; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 82; **ÖRS**, s. 17, 18. Tarafların herhangi bir kanuni düzenlemede yer almayan bir sözleşme tipiyle hukuki ilişki kurması, var olan tipleri karıştırarak ilişki akdetmesi mümkündür. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1949; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 527; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 82. Borçlar hukukunda, aile; eşya ve miras hukukuna hakim olan tipe bağlılık ilkesi mevcut değildir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1950; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 54; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 525, 526; **ÖRS**, s. 17, 18. Eşya hukukunda hakim olan tipe bağlılık ilkesinin borçlar hukukuna etkisi ise, belirli tipin dışındaki bir ayni hakkın kurulmasının temelinde yer alan sözleşmenin kural olarak geçersiz olmasıdır. Bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.02.

¹⁰⁹ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 12; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 48; **OFK/DASSER**, Art. 19, Rn. 2.

ve ‘*modern hükümsüzlük teorisi*’ şeklinde bir ayırım yaparak inceleyenler¹¹⁰ olduğu gibi, hükümsüzlük sistemini klasik anlayıştan uzaklaştıran ve ‘*modern geçersizlik teorisi*’ şemsiyesi altında ara formların varlığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürenler bulunmaktadır¹¹¹. Konumuzun odak noktası hükümsüzlük çeşitlerine dair bir inceleme olmadığından, çalışmamızın bundan sonraki safhasında bugüne değin öğretilerde genel olarak izahı yapılmış çeşitli hükümsüzlük hâllerini, sürekli borç doğuran sözleşmeler ekseninde irdelleyeceğiz. Fakat bu faaliyetten önce, bir sözleşmenin hükümsüzlük sebeplerini kısaca açıklamamızın, çalışma bütünlüğü açısından gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle evvelâ kısaca bu açıklamaları yapacak ve devamında bunlara aykırılığı sürekli sözleşmeler ekseninde inceleyeceğiz.

1. Sözleşmenin emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkânsız olması

Türk Borçlar Kanunu’nun ‘*kesin hükümsüzlük*’ kenar başlığını taşıyan 27. maddesi, esasen m. 26’da yer alan ve ancak kanunla sınırlandırılabilmesi ifade edilen sözleşme özgürlüğüne yasa koyucunun getirdiği sınırlamalardır¹¹². Aksi hâl, sözleşme özgürlüğünün çizdiği çerçevenin aşılmasına ve kesin hükümsüzlüğe yol açmaktadır¹¹³. Kurucu unsurları bulunan bir sözleşmenin geçerlilik unsurlarındaki aksaklık nedeniyle hüküm ve sonuçlarını doğuramaması, kesin hükümsüzlük olarak adlandırılır¹¹⁴.

TBK m. 27/I’in lafzı, “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür*”¹¹⁵ şeklindedir. Bu

¹¹⁰ Öğretilerde *Akbulut*, her ne kadar bu ayrımları açıklasa da kural olarak kesin hükümsüzlük yaptırımının karine kabul edilmesi ve kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçlarının teleolojik redüksiyon yöntemiyle daraltılması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *AKBULUT*, s. 75 vd.

¹¹¹ *ANTALYA*, BG 1,1, N. 647 vd.; *HUGUENIN*, Obligationenrecht, Rn. 431 vd.; *KOCAYUSUFPASAOĞLU*, Borçlar Genel, s. 588.

¹¹² *AKBULUT*, s. 23; *ANTALYA*, BG 1,1, N. 1992; *BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN*, Art. 19/20, Rn. 12; *BernKomm/KRAMER*, Art. 19-20, Rn. 48; *EREN*, Genel Hükümler, s. 385; *İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN*, N. 1.

¹¹³ *Veyssel BAŞPINAR*, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 20; *EREN*, Genel Hükümler, N. 1042 vd.

¹¹⁴ *AKBULUT*, s. 32; *BAŞPINAR*, Kısmi Butlan, s. 23; *Jale GÜRAL*, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., 1953, s. 92. Hukuki işlemin kesin geçerlilik unsurları, işlemin hüküm ve sonuçlarının doğması için yasa koyucunun aradığı olumsuz şartlardır. Bkz. *ANTALYA*, BG 1,1, N. 667.

¹¹⁵ 818 sayılı BK m. 20’de “*bir akdin mevzuu*” ifadesi kullanılmış ve *konusu* bakımından kanunun saydığı hâllere aykırı sözleşmelerin mutlak butlanla batıl olduğu hüküm altına alınmıştır. 6098 sayılı Kanun ise bu biçimde bir

sayılan unsurlar, esasen sözleşmenin hüküm doğurması için gerekli koşullardır. Yasa koyucu ilk sırada emredici hükümlere aykırılığı saymış ve emredici¹¹⁶ hukuk kurallarına aykırı bir sözleşmenin kesin hükümsüz olacağını ifade etmiştir¹¹⁷. Aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan bu kuralların yalnızca Türk Borçlar Kanunu'nda değil, hukuk sistemindeki herhangi bir düzenlemede yer alması, kural olarak aynı sonucu doğurmaktadır¹¹⁸. Emredici kurallar iki taraflı yahut tek taraflı olabilir. Bilhassa, zayıf olanın diğerine karşı korunmasının önem arz ettiği bazı sözleşmeler bakımından emredicilik nispidir¹¹⁹. Örneğin işçi ve işveren ilişkilerini özel olarak düzenleyen kurallar bakımından bu nispiyet, tarafların sözleşmede kanundaki hükümden farklı bir şekilde anlaşmasını, bu anlaşmanın işçi aleyhine olması hâlinde yasaklamaktadır¹²⁰.

niteleme yapmamış ve bir bütünlük içinde sözleşme özgürlüğünün sınırları sayılmıştır. Ayrıca *mevzuu* yerine *içerik* terimini kullanmıştır. Bu açıklamalar ve eBK m. 19/II ile m. 20/I arasındaki uyumsuzluğun ortadan kaldırıldığı yönünde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1993. Yeni kuralda benimsenen bu tutumun daha amaca uygun olduğu ve eski hükümde yer alan ifadeye rağmen yorum yapılarak aynı sonucun benimsendiğine dair bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 272. Doğrudan sözleşmenin konusunu hedeflemeyen ve fakat sözleşmenin kurulması bakımından getirilmiş birtakım yasaklayıcı kurallar için mutlak butlan nitelemesinin yapılamayacağı ve bunlara aykırılık hâlinde, özelliklerine; amaca ve ifade biçimine bakılarak bir inceleme yapılması gerektiğine dair eBK dönemine dair bir görüş için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 395 vd.

¹¹⁶ Sözleşme özgürlüğünün hakim olduğu borçlar hukuku düzenimizin emredici kurallardan ziyade yedek hukuk kurallarından müteşekkil olduğu yönünde bkz. **KAŞAK**, s. 251; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 10; **KELLER/SCHÖBI**, s. 142; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 535; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 273. Benzer yönde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2006.

¹¹⁷ Hükümün devamında sayılan kamu düzenine ve ahlâka aykırılığın, esasen bu hususlarda düzenlenmiş bir emredici kurala aykırılık anlamına geldiği ve bu nedenle ilgili kavramları da emredici kurallara aykırılık şemsiyesi altında inceleyen görüş için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 273 vd. Emredici kurallara aykırılığı, hukuka aykırılık başlığı altında, kamu düzenine aykırılık ve kişilik haklarına aykırılıkla beraber inceleyen görüş için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 716; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 532 vd. Hukuka aykırılık ve emredici hükümlere aykırılığı aynı mânâda kullanan görüş için bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 1002; **KAŞAK**, s. 93; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 737.

¹¹⁸ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 15; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 132; **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 49; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 535; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 273. Hukuka uygun olmak kaydıyla, kanuna dayanılarak ve yetkili organ tarafından çıkartılmış tüzük, yönetmelik ve tebliğlerin de emredici hukuku kuralı sayıldığı yönünde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2000, 2007; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 737.

¹¹⁹ **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 11.

¹²⁰ **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 56; **Kübra DOĞAN YENİSEY**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayınları, 2014, s. 33, 34 (Emredici Yapı). Konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından da birçok hüküm nispi emredici nitelikte olup kiracı aleyhine aksi durumun kararlaştırılması mümkün değildir. Örneğin TBK m. 344/IV böyledir. Bkz. **Murat İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 149.

Hüküm ikinci sırada ahlâka aykırılığı zikretmiştir¹²¹. Ahlâka aykırılık konusunda bir kanuni tanım mevcut olmadığı¹²² gibi bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunda bir görüş birliği de bulunmamaktadır¹²³. Öğretideki baskın görüşe göre, TBK m. 27’de söz konusu olan ahlâk ile kastedilen genel ahlâktır¹²⁴. Daha açık bir ifadeyle, bir toplumda belli bir devirde bulunan dürüst, makul, namuslu kimselerce benimsenmiş görüşler ve etik yargılar toplumun ahlâk kurallarını oluşturmaktadır¹²⁵. Toplumun değişmesi ahlâka yüklenen anlamı da değiştirmekte ve bu durum da ahlâka aykırılık incelemesinde, sözleşme tarihindeki anlayışın değerlendirilmesini gerektirmektedir¹²⁶. Yine de hâkim, önüne gelen somut olayda şahsi değerlendirmelerini bir kenara bırakmak ve “*doğru ve makul bir kimsenin vasati görüşlerini*”¹²⁷ dikkate almak zorundadır¹²⁸.

¹²¹ Ahlâka aykırılık kriterinin toplumun devamlı değişen değer yargıları karşısında yoruma açık olduğuna dair bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 32.17. Ahlâka aykırılık ve değişen ahlâk anlayışı ile alakalı çeşitli mahkeme kararları için bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.177 vd.

¹²² Ahlâk kavramının kavramın kullanım şekli dahi değişkenlik göstermektedir. Öyle ki eBK ve TBK doğrudan ahlâk kavramını kullandığı halde OR Art. 20 genel ahlâk terimini tercih etmiştir. Bunun yanında 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 2 ve m. 7’de de genel ahlâk kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **KAŞAK**, s. 96, dn. 381.

¹²³ Türk hukuku ve mukayeseli hukuk bakımından ahlâka aykırılık kavramına dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 83 vd.; **Hüseyin HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı) (Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi), Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1976, s. 59 vd. (Hukuka ve Ahlâka Aykırılık). Ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı kuralların genelde emredici hüküm niteliğinde düzenlendiği hususunda ve konu hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2018 vd.

¹²⁴ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Art. 19/20, Rn. 32; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1014; **OFK/DASSER**, Art. 19, Rn. 11; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 32.18.

¹²⁵ Genel olarak bu tanım çerçevesinde ileri sürülen görüşler için bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 83-87; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1014; **KAŞAK**, s. 96. Ahlâk hususunda bu görüşün (sosyal ahlâk) karşısında olan bir diğer görüş ise hukuki ahlâktan söz etmekte ve hukuki bir kavram olan ahlâkın açıklanmasında hukuki kurumların rol oynaması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre genel ahlâk, kanunların ve anayasanın temelinde yer alan etik değerlerdir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 104 vd.; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 77. Genel ahlâkın toplumun değer yargıları değil, pozitif hukuk düzeni çerçevesinde belirlenen ve toplum adına etiketlenen yargıları ifade ettiği yönünde bkz. **GÜMÜŞ**, Genel, s. 222. Bu iki fikrin sentezinden oluşan görüşe göre ise ahlâk hem sosyal ahlâk hem de kanunlar ile anayasanın özünde bulunan etik değerlerin birleşimidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2024; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 17; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 550 vd.; **KOLLER**, AT, Rn. 13.176.

¹²⁶ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 34; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 19.

¹²⁷ **von TUHR**, s. 248.

¹²⁸ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 86, 87; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1015; **KAŞAK**, s. 97. Bu yönde bkz. **KELLER/SCHÖBI**, s. 145.

Sözleşmedeki ahlâka aykırılık değişik hâllerde tezahür edebilir¹²⁹. Buna göre bir sözleşmeyle yüklenilen edim, ahlâka aykırı olabilir¹³⁰. Yahut sözleşme taraflarının amacı ahlâka aykırı bir nitelik teşkil edebilir. Fakat bu durumda dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin her iki tarafının da ahlâka aykırı amaç taşıması gerektiğidir¹³¹. Son olarak ileri sürülen bir diğer ahlâka aykırılık hâli ise sözleşmenin içeriğiyle doğrudan bağlantı içerecek biçimde, sözleşmenin kurulma tarzının ahlâka aykırı olmasıdır¹³².

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı bir diğer hâl ise kamu düzenidir. Kavramın tanımı yasa koyucu tarafından yapılmadığı gibi öğretide de üzerinde fikir birliği bulunmadığından¹³³ “sınırları kesin olarak çizilemeyen tartışmalı bir kavram”¹³⁴ olarak nitelendirilmektedir. Fakat en yalın haliyle denebilir ki, bir toplumun menfaatlerini koruyan ve bu nedenle uyulması elzem

¹²⁹ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 36.

¹³⁰ Bu hâlin, ahlâka aykırılığın meydana gelme şekillerinin tasnifinde zikredilen, *bizzat sözleşmenin yapılmasının ahlâka aykırı olması* (Bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 1018) durumuyla arasında pratik bir fark olmadığı ve bu nedenle ikisinin beraber incelenmesi gerektiği yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 554. Sözleşme ile yüklenilen edimin ahlâka aykırı olması veya bizzat sözleşmenin yapılmasının ahlâka aykırı olması durumuna verilen en temel örneklerden birisi insan öldürmek için bir kimseyle sözleşme yapılmasıdır. Bunun gibi, para karşılığı bir kimseyle cinsel ilişki kurmaya yönelik sözleşme de ahlâka aykırı addedilmektedir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2027; **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 38; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1018 vd.; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 21; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 554 vd.

¹³¹ **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 176; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 22; **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 77; **KAŞAK**, s. 103; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 556; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 285.

¹³² Öğretide bu durum *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından ileri sürülmüştür. Özellikle bir tarafın çok daha güçlü konumda olduğu ve akdin zayıf yanı aleyhine birtakım hükümleri sözleşmeye ekleyerek menfaat sağladığı çeşitli hâlleri bu duruma örnek göstermiştir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 557 vd. Bu gibi vaziyetlerde sözleşmesel adaletin sağlanması amacıyla genel işlem koşulları ve tüketiciler bakımından da haksız şartlar güncel mevzuatımız uyarınca işletilmektedir. Ne var ki bu gibi koruma imkânları, ahlâka aykırılık gerekçesine dayanmayı ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 24, dn. 45.

¹³³ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 25; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 151.

¹³⁴ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2031; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 544.

olan kurallar bütününe, kamu düzeni denmektedir¹³⁵. Bu kurallara¹³⁶ aykırılık hâlinde ise kuralda belirtildiği üzere kesin hükümsüzlük yaptırımı gündeme gelmektedir.

Hükümde ifade edilen bir diğer geçersizlik nedeni sözleşmenin kişilik haklarına aykırı olmasıdır¹³⁷. Kişilik hakkı en temel ifadesiyle, bir kimsenin kişiliğini oluşturan maddi ve manevi tüm değerleri üzerindeki hakkı olarak ifade edilebilir¹³⁸. Kişilik hakkı evvelâ

¹³⁵ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2033; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1026; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 42, 43; **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 81; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 546; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 278. Benzer yönde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 649. Kamu düzeni kavramının borçlar hukuku dışında önem arz ettiği bir diğer alan milletlerarası özel hukuktur. Zira toplumsal değerlerin iç hukukta korunması kadar bunun milletlerarası özel hukuk bakımından korunması da elzemdir. Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan bir mesele bakımından yabancı hukuku uygulaması, toplumun siyasi, ekonomik yahut sosyal düzenini etkileyecek nitelikteyse kamu düzeni müdahalesi gündeme gelmektedir. Bu durum ilgili hukukun somut olaya uygulanmasını engellemektedir. Ne var ki kamu düzeni kavramı milletlerarası özel hukuk bakımından da sınırlarının çizilmesi zor bir kavramdır. Anılan nedenle, her somut olay nezdinde ayrıca irdelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **Ayşenur ÖZTÜRK**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 230 vd. Kamu düzeni kavramının borçlar hukuku ve milletlerarası özel hukuk bakımından ayırımına dair bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 30; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 167.

¹³⁶ Bu kuralların herhangi bir kanun hükmünde karşılığının olup olmaması, bir diğer ifadeyle kamu düzenine aykırılık için yazılı bir hukuk kuralının varlığının gerekip gerekmediği de yine üzerinde uzlaşıya varılmış bir husus değildir. Kamu düzenine aykırılık hâlinde bahsedebilmek için mutlaka yazılı bir hukuk kuralına aykırılığın bulunması gerektiğini ileri sürenler gibi (Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2037; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 39; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 76; **KAŞAK**, s. 110 vd.), yazılı bir hukuk kuralının varlığı olmaksızın ve bağımsız kamu düzeni kavramından hareketle, kamu düzenine aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılması gerektiğini savunanlar da (Bkz. **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 29; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 548) bulunmaktadır.

¹³⁷ Kişilik hakkının münhasır olarak bir sözleşme özgürlüğü sınırı olup olmadığı tartışmalıdır. Zira kişilik hakkına aykırılık, TMK m. 23/II'de hukuka ve ahlâka aykırılıkla beraber anılmaktadır. Kişilik hakkına aykırılığı ahlâka aykırılık ile ilişkilendiren görüş için bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 13. Kişilik hakkına aykırılığın, genel ahlâk kurallarının bir alt dalı olduğu yönünde bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 167. Benzer yönde bkz. **Peter GAUCH**, “«Modifizierte» Teilnichtigkeit Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.”, 1983, <https://www.unifr.ch/ius/stoeckli/de/assets/public/files/publications/PublikationenPeterGauch/ModifizierteTeilnichtigkeitAnmerkungenzuBGE107II.pdf>, s. 96 (Erişim Tarihi: 13/5/2024) (Teilnichtigkeit). Kişilik hakkına aykırılık çoğu zaman ahlâka aykırılık, emredici hükümlere aykırılık yahut kamu düzenine aykırılıkla beraber gündeme gelse de bunun zorunlu olmadığı ve tek başına da ortaya çıkabileceği yönünde bkz. **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 27. Bu hususta ileri sürülen bir görüş TMK m. 27'de tüm içerik özgürlüğü sınırlamalarının bir arada bulunması hasebiyle, esasen bu tartışmanın kısmen önemini kaybettiğini ifade etmektedir. Fakat yine de kişilik hakkına aykırılığın bağımsız bir mânâya gelmediğini ve TMK m. 23/II'ye aykırılığın aslında emredici bir kanun hükmüne aykırılık sonucunu ortaya çıkardığını ileri sürmektedir. Bkz. **KAŞAK**, s. 119. TMK m. 23/II'nin emredici kurallara aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 47. TBK m. 27/I'de sayılan kişilik haklarına aykırılık ifadesinin esasen kişiliği koruyan hükümlere ve özellikle TMK m. 23'e atıf olduğu ileri sürülen bir başka görüştür (Bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.104 vd.). Fakat yine de kişilik hakkına aykırılık, ya bir emredici hükmün ya da ahlâk kuralının ihlâlini beraberinde getirmektedir. Bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 62, 63 ve s. 127 vd.

¹³⁸ **Serap HELVACI**, Gerçek Kişiler, Dokuzuncu Bası, Legal Yayıncılık, s. 103; **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 93; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 57, 58; **Rona SEROZAN**, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla Alakalı Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1997, s. 93 (Kişilik Hakkı).

Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla ve ulusal düzeyde de öncelikle Anayasa olmak üzere TMK m. 23 ve devamındaki hükümlerle korunmaktadır¹³⁹. TMK m. 23'ün çalışmamız bakımından özellik arz eden kısmını ise özellikle ikinci fıkrasıdır¹⁴⁰. Zira bu fıkra, kişilik değerlerinin tasarruf edilebilir kısmı üzerinde yapılan sınırlamalara dairdir¹⁴¹. Kişilik değerlerinin tasarruf edilebilir kısmına ilişkin akdedilmiş bir sözleşmenin, hukuka yahut ahlâka aykırı biçimde sınırlandırılması mümkün değildir. Görüldüğü üzere kişilik hakkına aykırı bir sözleşme, hem TBK m. 27/I hem de TMK m. 23/II uyarınca hukuka aykırı addedilmektedir¹⁴².

Sözleşme özgürlüğüne dair hükümde geçen son sınırlama ise imkânsızlıktır. İmkânsızlık, kavram olarak, esasen edimin ifa edilemez olması yahut ifa edilemez hâle gelmesi durumudur¹⁴³. İmkânsızlık çok çeşitli ayrımları olan bir kavramdır ve varlığı bizi her durumda

¹³⁹ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 56; **SEROZAN**, Kişilik Hakkı, s. 94 vd. Hizmet sözleşmesi bakımından TBK m. 417 de kişilik hakkını koruyan bir düzenlemedir. Bkz. **Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, “İş Sözleşmesinin Geçersizliği”, TAAD, C. 5, S. 19, 2014, s. 720.

¹⁴⁰ TMK m. 23'ün özellikle birinci ve ikinci fıkrası arasındaki fark ve bunların hangi hukuki değerleri koruduğu hususu çokça tartışmayı beraberinde getirmiştir. İlk fıkroda hak ve fiil ehliyetinden vazgeçilemeyeceği açıkça zikredilmişken, ikinci fıkroda bireyin özgürlüklerinden vazgeçilemeyeceği ve fakat bunları hukuka ya da ahlâka aykırı olmamak kaydıyla sınırlayabileceği ifade edilmiştir. Birinci fıkroda yer alan değerler üzerinde tasarruf açıkça yasaklanmış, ikinci fıkra bakımından ise belirli sınırlamalar eşliğinde tasarrufa imkân tanınmıştır. Birinci fıkroda korunan hukuki değerler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olup ikinci fıkroda ise kişinin üzerinde tasarruf edebileceği kişilik değerleri yer almaktadır. Bu hususla alâkalı açıklamalar ve öğretide ileri sürülen görüşlerin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 88 vd.

¹⁴¹ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 116.

¹⁴² TBK m. 27/I'de yer alan kişilik haklarına aykırılığın genel sözleşme özgürlüğü sınırlaması olduğu, TMK m. 23/II'de ise kişinin kendi özgürlüğünü ahlâka aykırı olarak sınırlaması biçiminde karşımıza çıktığı, TMK m. 23/II'ye aykırı sözleşmenin, TBK m. 27/I uyarınca kesin geçersizlik olduğu ve fakat bu kesin hükümsüzlüğün, TMK m. 23/II'nin anlam ve amacına uygun bir kesin geçersizlik, bir esnek geçersizlik oluşturduğu yönünde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2039 vd. İki hüküm arasındaki irtibat konusunda özellikle TBK m. 27'de yer alan ‘kişilik haklarına aykırı’ ifadesinden yola çıkan ve bu ifadenin esasen kişilik hakkını koruma amacı güden hükümlere ve bilhassa da TMK m. 23/II'ye bir atıf olduğunu belirten görüş için bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 131 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 567. TMK m. 23/II'yi, TBK m. 27/I kapsamında değerlendiren görüş için bkz. **GAUCH**, Teilnichtigkeit, s. 96; **KOLLER**, AT, Rn. 13.150. TMK m. 23'ün TBK m. 27 (eBK m. 20) ile birlikte kişiyi sosyal, entelektüel ve ekonomik bağılıkları nedeniyle kabullenmek durumunda kalabileceği hususlardan beraber koruduğuna dair bkz. **SEROZAN**, Kişilik Hakkı, s. 94. Benzer bir yorum için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 393. Kişiliğe en yakın değer olan temel haklar ile kişilik haklarının konusunu teşkil eden diğer özgürlüklerin aynı önemde olmadığı ve bu nedenle TMK m. 23/I ile m. 23/II açısından ayrı değerlendirmeler yapılması gerektiğine dair ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 108 vd. Ayrıca bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.105 vd. Kişiliğin çekirdek alanı ve basit ihlâli ayrımı yapan bir görüşe göre ise aile, evlilik, cinsel yaşam, din gibi hususlar kişiliğin çekirdek alanına girmektedir ve bunlara aykırılık mutlak biçimde korunmaktadır. Kişiyi sınırlayacak derecede yüklenen borçlar ise kişiliğin basit ihlâli anlamına gelmektedir ve bu türden sözleşmelere taraf olan kimse tek taraflı bağlamazlık hakkından yararlanabilir. Hâkim re'sen bu aykırılığı dikkate alamayacak ve kişilik hakkı ihlâle uğrayan taraf bunu ileri sürmek durumunda kalacaktır. Ayrıntılar için bkz. **KAŞAK**, s. 121, 122. Bu türden bir ayrıma dikkat çeken İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 143 III 480, www.bger.ch (Erişim tarihi: 6/1/2024).

¹⁴³ **Mehmet ALTUNKAYA**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, 2005, s. 89.

sözleşmenin geçersizliğine götürmemektedir. Çalışmamız bakımından önem arz eden ayırım, baştaki imkânsızlık ve sonraki imkânsızlık şeklindedir¹⁴⁴. Baştaki imkânsızlık esasen sözleşmenin hükümsüzlüğüyle ilişkilendirilmekte ve sözleşmenin konusunun imkânsızlığına işaret etmektedir¹⁴⁵. Çalışma konumuz bakımından odaklandığımız TBK m. 27 ise baştaki imkânsızlığı esas almaktadır¹⁴⁶. Fakat baştaki imkânsızlığın hükmün kapsamına girmesi için aynı zamanda objektif olması¹⁴⁷ ve süreklilik arz etmesi gerekir¹⁴⁸. Bir diğer anlatımla

¹⁴⁴ İmkânsızlığa dair yapılan bu ayırmada imkansızlık olgusunun hangi anda aranacağına dair öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre edimin ifa anı esas alınmalı ve imkânsızlık olgusunun varlığı bu ana göre tayin edilmelidir. Hakim görüşe göre ise ayırım, sözleşmenin kuruluş anına göre yapılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ALTUNKAYA**, s. 102 vd.; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2054 vd.; **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 47; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 247; **GÜMÜŞ**, Genel, s. 230; **İstSerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 125; **Emrah KULAKLI**, Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 62 vd. İmkânsızlığın baştaki ve sonraki şeklinde bir ayırma tabi tutulması ve bu ayırımın ortaya çıkardığı sonuçlar öğretide çokça eleştirilmiştir. Özellikle birbirine çok yakın zaman dilimlerinde ortaya çıkıp büyük hukuki farklılıklar doğuran bu tasnifi *Serozan*, “*kronolojik bir ayırımın lojik olmayan bir sonuç*” yaratması şeklinde nitelemiştir. Bilhassa baştaki objektif imkânsızlığın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmasının kronolojik rastlantılara talihsiz bir sonuç bağlamak olduğunu ileri süren yazar, bundan kurtulmak için çeşitli öneriler ileri sürmüştür. Buna göre baştaki objektif imkânsızlık, sonraki imkânsızlık rejimine tabi kılınarak bu yaşanan adaletsizlik engellenebilirse de en makul çözüm bahse konu ayırımı ortadan kaldırmaktır. Ayrıntılar için bkz. **Rona SEROZAN**, “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkânsızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vedat Yayıncılık, 2007, s. 2030-2036 (İmkânsızlık). Alman hukukundaki borçlar hukuku reformu sonrasında yürürlüğe giren hükümler uyarınca baştaki – sonraki ve objektif – subjektif gibi imkânsızlığa dair ayrımlar ortadan kaldırılmıştır. İlaveten BGB § 311a uyarınca da baştaki imkânsızlık bir hükümsüzlük hâli olmaktan çıkarılmıştır. Bkz. **Mehmet Serkan ERGÜNE**, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Hâlleri ve Sonuçları”, İÜHFM, C. 62, S. 1-2, 2004, s. 367 (İmkânsızlık).

¹⁴⁵ Buna karşın sonraki imkânsızlık sözleşmenin tarafı hâline gelmiş alacaklının elde etmeyi amaçladığı menfaati engelleyen bir durumdur. Bkz. **KULAKLI**, s. 63.

¹⁴⁶ **ALTUNKAYA**, s. 153; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2054 vd.; **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 46; **KELLER/SCHÖBI**, s. 145; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 64.02.

¹⁴⁷ **ALTUNKAYA**, s. 153; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2056; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 248; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 634; **Roland HÜRLIMANN**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1984, Rn. 97; **KELLER/SCHÖBI**, s. 145. Objektif ve subjektif imkânsızlık ayırımında çok çeşitli kriterler ileri sürülmüşse de (Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Mustafa DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, 1976, s. 79 vd.) geline nokta edimin ifa edilemezliğinin, kişi nezdindeki ayırımı kriterine dayanılmaktadır. Buna göre edimin yalnızca borçlu tarafından ifa edilememesi subjektif imkânsızlığa neden olurken, borçlu dahil herhangi bir kimse tarafından yerine getirilemeyen bir edimin varlığı objektif imkânsızlığa sebebiyet vermektedir. Ayrıntılar için bkz. **ALTUNKAYA**, s. 158. Edimin yalnızca borçlu için imkânsız olması subjektif imkânsızlığa sebep olur ki bu durum da sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmamaktadır. Bkz. **İstSerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 33; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 294.

¹⁴⁸ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 64.02. TBK m. 27’nin esas aldığı bu hükümsüzlük yaptırımının Roma Hukuku ve Romanist Mommsen’in “*olanak dışı sayılan ve dolayısıyla akıl dışı olan edim borçlanılamaz (impossibilium nulla obligatio est)*” dogmasına dayandığı yönünde bkz. **SEROZAN**, İmkânsızlık, s. 2029. Hakim öğretinin, OR Art. 20 (TBK m. 27) uyarınca bir sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açan imkânsızlık bakımından aradığı kriterlerin, hükmün anlam ve amacına uymadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, örneğin, borçlu tahrip olmuş bir şeyi sözleşme konusu yaptığına ortaya objektif imkânsızlık çıkmakta iken, çalınmış bir taşının aynı sözleşmeye konu edilmesi hâlinde objektif bir imkânsızlıktan bahsedilmemektedir. Yahut sözleşme imzalanmadan hemen önce sözleşme konusunun yok edilmesi ile imzalandıktan hemen sonra yok edilmesi arasında hukuki sonuçları bakımından büyük farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu gibi örneklerin ortaya çıkardığı

hükümsüzlüğe sebep olan türden bir imkânsızlık, sözleşmenin kurulduğu sırada herkes için mevcut olmalıdır.

2. İrade beyanlarının sağlıklı olmaması

İrade beyanlarının sağlıklı olması, sözleşenlerin iradesi ile beyanı arasında uyum olması demektir. Bir diğer anlatımla, sözleşmenin kurulması için gerekli irade bakımından kişi özgür olmalıdır ki bunun aksi, irade özgürlüğünün engellenmesine, bireyin iradesinin sakatlanmasına neden olur¹⁴⁹. Bu anlamda kişi, özgür iradesinin ürünü olarak ortaya çıkmayan beyanının sorumluluk doğurmasının önüne geçebilir¹⁵⁰. İrade sakatlığı hâlleri TBK m. 30 ve devamında, yanıltma; aldatma ve korkutma olarak hüküm altına alınmıştır.

Yanıltma, bir kimsenin sözleşme kurulurken bu sözleşmenin kurulmasında etkili bir husus bakımından esaslı bir yanlış yahut eksik fikre sahip olmasıdır¹⁵¹. Yanılmanın, TBK m. 30'da hüküm altına alınan sonucu haiz olması için esaslı olması gerekir¹⁵². Kanunun 31. maddesinde ise hangi hâllerin esaslı¹⁵³ sayılacağı örnekseme yoluyla sayılmıştır¹⁵⁴.

sonuçlar, imkânsızlık bakımından kanunun değer yargısı ile çelişmektedir. Ayrıntılar için bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.54 vd.

¹⁴⁹ **Zekeriya KURŞAT**, “TBK m. 30-39”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019, m. 30, N. 5 (**İstŞerhi/KURŞAT**).

¹⁵⁰ **İstŞerhi/KURŞAT**, m. 30, N. 6.

¹⁵¹ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1579; **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 23, Rn. 2; **İstŞerhi/KURŞAT**, m. 30, N. 10. Yanılma kavramı hakkında ayrıntılı bilgiler ve alternatif tanımlar için bkz. **Erhan KANIŞLI**, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 53 vd.; **Mustafa Tolga ÖZER**, Medeni Hukukta Hata Kavramı, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 34 vd.

¹⁵² Yanılma, açıklamada yanıltma yahut saikte yanıltma olarak ortaya çıkabilir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1619; **Seyfullah EDİS**, Türk -İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, 1973, s. 9 vd. (Hata); **KANIŞLI**, s. 135; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 303.

¹⁵³ Saik yanıltması ise kural olarak esaslı değildir ve TBK m. 32'de belirtilen şartları taşıması durumunda esaslı sayılmaktadır. Saik yanıltmasının esaslı sayılması için gerekli şartlardan ilki, kişiyi sözleşme yapmaya iten iradesini oluşturan hususta, olguda yanıltmasıdır. Hataya düşülen bu olgu, hataya düşen kişi bakımından sözleşmenin temeli addedilmelidir. Bu şart *Kanışlı* tarafından “*subjektif esaslılık şartı*” olarak anılmaktadır. Aranılan bir diğer koşul, yanıltma konusunun iş ilişkilerinde kabul edilen dürüstlük kuralına göre sözleşmenin temeli sayılabilmektedir. Yine *Kanışlı* bu şartı “*objektif esaslılık şartı*” olarak nitelemiştir. Saik yanıltmasının esaslı sayılması bakımından aranılan son koşul ise sözleşmenin karşı tarafının, yanıltma konusunun önemini bilebilmesidir. Şartlara dair ayrıntılı bilgiler için bkz. **İstŞerhi/KURŞAT**, m. 32, N. 1 vd.; **KANIŞLI**, s. 204 vd.; **ÖZER**, s. 115 vd.

¹⁵⁴ TBK m. 31'de sayılanların sınırlı olmadığı ve fakat bunlar dışındaki bir yanıltma hâlinin esaslı addedilebilmesi için TBK m. 32'de yer alan ilkelerden faydalanılacağı yönünde bkz. **İstŞerhi/KURŞAT**, m. 31, N. 3. Öğretide genel olarak yapılan tasnife göre esaslı beyan yanıltmaları, sözleşmenin niteliğinde yanıltma; kişide yanıltma,

İrade sakatlığı hâllerinden bir diğeri ise aldatmadır¹⁵⁵ ve bir kimsede sözleşme yapması için kasten hatalı bir kanaat uyandırılması yahut önceden mevcut bir hatalı kanaatin sürdürülmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁶. Bahse konu davranış aktif yahut pasif bir hareketle gerçekleştirilebilir¹⁵⁷. Bu anlamda denebilir ki yalan beyanda bulunma aktif bir hareket iken¹⁵⁸, pasif hareket, karşı tarafa bir bilginin iletilmesinden kaçınılması yahut karşı taraftaki hatalı intibanın düzeltilmemesi¹⁵⁹, yani kişinin susmasıdır¹⁶⁰. Fakat kişinin susmasına yahut aktif hareketten kaçınmasına doğrudan aldatma sonucu bağlanamaz¹⁶¹. Zira bunların aldatma sayılabilmesi için aksi davranışın, yani tarafların aydınlatma yükümlülüğünün zorunlu olması gerekir ki bilgilendirme yükümlülüğü genel bir kural değildir, bazı hâllerde var olduğu kabul edilmektedir¹⁶². Bu yükümlülük bir kanun hükmü, sözleşme yahut dürüstlük kuralından

sözleşmenin konusunda yanıltma, miktarda yanıltma biçiminde ayrılmaktadır. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1600 vd.; **İstŞerhi/KURŞAT**, m. 31, N. 1 vd.; **KANIŞLI**, s. 302 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 396 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 305 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 433 vd. Bunlar dışında beyaza imza, iletmede hata, okunmadan imza, muhatabın açıklamada yanıltması gibi birtakım özellikli hâller de beyan yanıltması bağlamında tartışılmaktadır. Bkz. **KANIŞLI**, s. 324 vd.

¹⁵⁵ Aldatma ve korkutma hükümlerinde esas korunan şey, kişinin özgür iradesiyle karar verebilme hakkıdır. Bu anlamda iptal hakkı, karar verme özgürlüğünün ihlâl edilmesiyle alâkalıdır. Bkz. **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 28, Rn. 1; **Bruno SCHMIDLIN**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, 2013, Art. 28, Rn. 2 (**BernKomm/SCHMIDLIN**).

¹⁵⁶ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1703; **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 28, Rn. 3; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1223; **İstŞerhi/KURŞAT**, m. 36, N. 10; **Mustafa Fadıl YILDIRIM**, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayın, 2002, s. 8. Aldatmayı, bir kimsenin kasten saik hatasına düşürülmesi olarak tanımlayan görüş için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 351. Aldatmanın unsurlarına dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 28, Rn. 2a vd.; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 28, Rn. 12 vd.; **KOLLER**, AT, Rn. 14.104; **Zekeriya KURŞAT**, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2003, s. 11 vd. (Hile); **SAK**, Aldatma, s. 32 vd.; **YILDIRIM**, s. 95 vd.

¹⁵⁷ Olumlu – olumsuz aldatma şeklindeki niteleme için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1707.

¹⁵⁸ **OFK/DASSER**, Art. 28, Rn. 4.

¹⁵⁹ **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 28, Rn. 28; **İstŞerhi/KURŞAT**, m. 36, N. 3.

¹⁶⁰ **Ercan AKYİĞİT**, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s. 43; **KURŞAT**, Hile, s. 51, 52.

¹⁶¹ Aldatmanın unsurları öğretide çok çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir. Hukuka aykırılık da bu unsurlardan biri olarak dile getirilmektedir. Buna göre, aldatıcı davranışının hukuka uygun olması hâlinde, karşı tarafın aldatmaya dayalı olarak sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunmamaktadır. Daha açık şekilde ifade edilecek olursa, kişinin susmasının bir aldatma sayılması için, gerekli koşulların bulunmaması, yani örneğin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmaması, davranışı hukuka uygun hâle getirmektedir. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 28, Rn. 12; **Ahmet KUT/Christoph BAUER**, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Hrsg: Yeşim M. ATAMER/Andreas FURRER, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023, OR 28, Rn. 8 (**CHK-KUT/BAUER**).

¹⁶² Bu hâller için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1710 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 458, 459.

kaynaklanabilir¹⁶³. Karşılıklı güven ilişkisinin son derece mühim olduğu sürekli borç doğuran sözleşmelerde, dürüstlük kuralına dayanan aydınlatma yükümlülüğü bilhassa önem teşkil etmekte ve diğer sözleşmelere nazaran daha fazla açıklama yapmayı gerektirmektedir¹⁶⁴. Sözleşme tarafının doğrudan aldatması dışında üçüncü bir kimsenin aldatma fiili nedeniyle bir sözleşmenin kurulmasının gündeme gelmesi hâlinde ise, aldatma fiilinden yararlanan kişinin bunu bilmesi gerekmektedir¹⁶⁵.

Bir diğer irade sakatlığı hâli ise korkutmadır. Bir kimsenin, kendisi yahut yakınlarının kişilik ya da malvarlığı hakkı yönünden yakın ve ağır bir zarara maruz kalacağına dair bir bildirim sebebiyle, sözleşme yapmak durumunda kalmasının, kasten ve hukuka aykırı şekilde sağlanması hâlinde ortaya çıkmaktadır¹⁶⁶. Üçüncü kişinin korkutmasında, üçüncü kişinin aldatmasından farklı olarak, lehine bu hukuka aykırı davranış gerçekleştirilen kişinin korkutmayı bilmesi yahut bilmesinin gerekmesi şartı aranmamaktadır¹⁶⁷.

¹⁶³ Şener AKYOL, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 49 vd. (Dürüstlük Kuralı); Walter FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Stämpfli Verlag AG Bern, 1992, Art. 394, Rn. 150 (BernKomm/FELLMANN); BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 28, Rn. 30; BUCHER, Allgemeiner Teil, s. 220; KURŞAT, Hile, s. 53; OFK/DASSER, Art. 28, Rn. 5.

¹⁶⁴ ANTALYA, BG 1,1, N. 1713; BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 28, Rn. 9; BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 28, Rn. 34; BUCHER, Allgemeiner Teil, s. 220; ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN, N. 581; KELLER/SCHMIED-SYZ, s. 24; KURŞAT, Hile, s. 56, 57; SAK, Aldatma, s. 56. Açıklama yükümlülüğü her ne kadar sözleşmenin kurulmasından önce mevcut ise de sürekli borç doğuran sözleşmelerde sözleşmenin kurulmasından sonra da bu yönde bir yükümlülüğün bulunduğu yönünde bkz. AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 49. Adi ortaklık bakımından, ortak bir gaye için bir araya gelen kişiler arasında oluşan kişisel ilişkinin, diğer ilişkilere nazaran daha fazla açıklama borcu yüklediği yönünde bkz. DOĞANAY, s. 82.

¹⁶⁵ İstŞerhi/KURŞAT, m. 36, N. 4; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 360. Lehine hile yapılanın bunu bilmesi ve sözleşmenin karşı yanına ilgili hususu açıklamamasının, pasif hareketle aldatma anlamına geldiği yönünde bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 1717.

¹⁶⁶ Emre KÖROĞLU, Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 47. Psikolojik baskı unsuru olarak kişinin iradesine etki etmek korkutma addedilmekte ise de fiziki bir baskının varlığı hâlinde artık mağdurun iradesinden söz edilememektedir. Bkz. CHK-KUT/BAUER, OR 29-30, Rn. 4.

¹⁶⁷ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 29/30, Rn. 3; İstŞerhi/KURŞAT, m. 38, N. 6; KÖROĞLU, s. 163; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 364. Aldatma ve korkutmada, kişilerin sözleşme yaparken serbest iradeleri ile karar verme özgürlükleri korunmakta ise de üçüncü kişinin korkutmasında, üçüncü kişinin aldatmasına göre oluşan bu farklılığın sebebi, korkutmanın; irade özgürlüğünü aldatmadan daha fazla zedelemesi olduğu yönünde bkz. BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 29/30, Rn. 1.

3. Diğer sebepler

Sözleşmenin hükümsüzlüğü sebepleri, TBK m. 27’de sayılanlarla sınırlı değildir¹⁶⁸. Kişinin ehliyetli olmaması¹⁶⁹, hukuki işlemin varsa geçerlilik şekline uygun akdedilmemesi gibi hususlar da sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır¹⁷⁰.

Sözleşmenin genel işlem koşulları bakımından getirilmiş sınırlamalara uygun akdedilmemesi de hükümsüzlüğüne neden olmaktadır¹⁷¹. Bilindiği üzere genel işlem koşulları, sözleşme henüz kurulmadan önce, taraflardan birince tek başına ve ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan sözleşme hükümleridir¹⁷². Genel işlem koşulu hâline gelip gelmediği ön kontrol yapılarak tespit edilen bir sözleşme hükmü ise bu noktadan sonra çeşitli aşamaları haiz bir yargısal denetime tabidir¹⁷³. Bahse konu yargısal denetim bakımından öğretide üzerinde en çok tartışma dönen husus ise, kanunun bazı hükümlerinde ‘*yazılmamış sayılma*’ şeklinde ifade edilen yaptırımdır¹⁷⁴.

¹⁶⁸ ANTALYA, BG 1,1, N. 520 vd.; EREN, Genel Hükümler, N. 1049; İstSerhi-ERGÜNE/KURŞUN, N. 4; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 545.

¹⁶⁹ ANTALYA, BG 1,1, N. 520; EREN, Genel Hükümler, N. 727; İstSerhi-ERGÜNE/KURŞUN, N. 4.

¹⁷⁰ Öğretide geniş anlamda içerik sakatlığı sebepleri ve dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri ayırımına yer verilmektedir. Buna göre TBK m. 27/I’de sayılan, emredici hükümlere aykırılık gibi hususların dar anlamda içerik sakatlığına sebep olduğu ifade edilmektedir. Bunun dışında şekle aykırılık, irade sakatlığı gibi unsurların ise geniş anlamda içerik sakatlığı hâllerinden olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, s. 104 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s. 144 vd. Aksi yönde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 548 vd.

¹⁷¹ ANTALYA, BG 1,1, N. 525.

¹⁷² ANTALYA, BG 1,1, N. 2192, 2193; O. Gökhan ANTALYA/Murat TOPUZ, Medeni Hukuk Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Genişletilmiş Beşinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2024, N. 679; Yeşim M. ATAMER, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 11 (Genel İşlem Koşulları); BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 23.

¹⁷³ Genel işlem koşulu teşkil eden bir sözleşme hükmü dört aşamalı bir yargısal denetime tabidir. Buna göre öncelikle kapsam denetimi yapılır. Kapsam denetimi kendi içinde iki aşamaya ayrılır ki bunlar ilişkilendirme ve yürürlük denetimidir. Bu aşamadan sonra yorum gündeme gelmektedir. Nihayet son denetim aşamasını ise içerik denetimi oluşturmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 2188 vd. Genel işlem koşullarının denetiminde üç safha olduğu ve bunların yürürlük, yorum ve içerik denetimi olduğu yönünde bkz. ATAMER, Genel İşlem Koşulları, s. 11 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 232 vd.

¹⁷⁴ Genel işlem koşullarının düzenlendiği hükümlerden TBK m. 21, 22 ve 24’te karşılığını bulan yaptırım türü *yazılmamış sayılma* olarak nitelendirilmektedir. Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği hususunda öğretide birçok görüş ileri sürülmüştür. Öğretide Antalya, geçersizlik yaptırımları bakımından klasik ayırımın dışında esnek geçersizlik görüşündedir. Bu görüş çerçevesinde, yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği, kesin hükümsüzlükle eş değildir, bundan daha ağırdır. Örneğin, yazılmamış sayılan hükmün geçersizliğine, yalnızca genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın karşısındaki kişi dayanabilir. Bunun yanında yazılmamış sayılan hükümlerin düzeltilebilme imkânı yahut tahvili mümkün değildir. Yazılmamış sayılma yokluktan

Sözleşmenin hükümsüzlük sebeplerinden bir diğeri, sözleşmenin muvazaalı şekilde akdedilmesidir¹⁷⁵. Muvazaa, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla iradeleri ve beyanları arasında bir uyumsuzluk meydana getirmeleri hususunda anlaşmalarına denir¹⁷⁶. İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluğun *istem dışı* meydana geldiği yukarıda sayılan hâllerin tam tersi biçimde, mevzubahis uygunsuzluk, istenerek ortaya çıkarılmaktadır¹⁷⁷.

Muvazaanın bulunması için öncelikle sözleşenlerin görünürde bir işlem yapması gerekmektedir. Görünürdeki bu muvazaalı işlem, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla akdedilmelidir¹⁷⁸. Taraflar bu görünürdeki işlemi yaparken esasen bu işlemin hüküm ifade etmeyeceği yönünde anlaşılır ve buna da muvazaa anlaşması denir¹⁷⁹. Bu ana kadar ifade edilen şartlar öğretide mutlak muvazaa diye adlandırılan muvazaa türünün oluşması

ayrılmaktadır zira yok olan hükmün sözleşmenin tamamına etkisi mümkün değildir. Kesin hükümsüzlükten de ayrılmaktadır çünkü TBK m. 27’de hüküm altına alınan kısmi hükümsüzlükten ayrı biçimde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 727, 744 vd.; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 758, dn. 483. Öğretide yazılmamış sayılmanın yaptırımının yokluk olduğu yönünde bir görüş olduğu gibi (bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 645; **Fikret EREN/Ünsal DÖNMEZ**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I m. 1-48, İkinci Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, m. 21-22, N. 12; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 926. Tarafların bir sözleşme kurmak bakımından açıkladıkları öneri ve kabul iradeleri arasında bir uyuşma olmazsa ortaya *dissensus* – irade uyuşmazlığı – çıkacağı, bunun yokluk anlamına geldiği ve kanun koyucunun yazılmamış sayılmayı düzenlediği hükümlerde bir *dissensus faraziyesi* kabul ettiği ve genel işlem koşullarını yazılmamış saymak suretiyle yok saydığı yönünde bkz. **Murat TOPUZ**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1168), yazılmamış sayılma ile kastedilenin, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olamaması şeklinde bir fikir de (**ATAMER**, Genel İşlem Koşulları, s. 30 vd.) bulunmaktadır. Öte yandan yazılmamış sayılmanın esasen kesin hükümsüzlük anlamına geldiği (bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 510. Kısmi hükümsüzlük görüşü için bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 66) yahut kısmi yokluk teşkil ettiği de (bkz. **Muzaffer ŞEKER**, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 171, 172) ileri sürülen görüşler arasındadır. Yine bir görüşe göre, yazılmamış sayılma bakımından sözleşmenin geçersizliği sorunu değil, sözleşmenin eksik ve tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulma sorunu vardır. Objektif esaslı noktalar üzerinde bir anlaşma tesis edilmişse bu hâlde yürürlük denetiminden geçemeyen genel işlem koşulu bakımından bir boşluk mevcuttur ve sözleşmelerin tamamlanması nasıl icra ediliyorsa o biçimde tamamlanmalıdır. Bkz. **GÜMÜŞ**, Genel, s. 180. Yazılmamış sayılma ile alâkalı tüm görüşler ve ayrıntıları için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, N. 758; **ŞEKER**, s. 137 vd.

¹⁷⁵ Muvazaanın, OR Art. 18’in (TBK m. 19) başlığında yer almasına rağmen tanımlanmadığı, ilgili tanımın Federal Mahkeme’nin bir kararında yapıldığı yönünde bkz. **Wolfgang WIEGAND**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art. 18, Rn. 50 (**BaslerKomm/WIEGAND**).

¹⁷⁶ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1456; **İsmail ATAMULU**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, 2017, s. 23; **BaslerKomm/WIEGAND**, Art. 18, Rn. 50; **BernKomm/MÜLLER**, Art. 18, Rn. 312, 313; **CHK-KUT/BAUER**, OR 18, Rn. 27; **EREN/DÖNMEZ**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I m. 1-48, İkinci Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, m. 19, N. 64.

¹⁷⁷ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1447; **ATAMULU**, Muvazaa, s. 18; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1091.

¹⁷⁸ **BernKomm/MÜLLER**, Art. 18, Rn. 326 vd.

¹⁷⁹ Muvazaanın unsurları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1461 vd.; **ATAMULU**, Muvazaa, s. 25 vd.; **BernKomm/MÜLLER**, Art. 18, Rn. 315 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1093 vd.; **EREN/DÖNMEZ**, m. 19, N. 50 vd.

bakımından yeterlidir¹⁸⁰. Tarafların bu sayılan unsurlara ilave olarak, esasen kendi aralarında geçerli olmasını arzuladıkları ve başkalarından gizledikleri bir işlem yapmaları mümkündür. Bu hâlde üçüncü kişilerden saklanan ve görünürdeki işlemle perdelenen gizli bir işlem bulunur¹⁸¹. Bu şekilde tezahür eden muvazaaya ise nitelikli muvazaa ismi verilmektedir¹⁸². Muvazaalı görünürdeki işlem kesin hükümsüzdür¹⁸³.

Sözleşmenin hükümsüzlüğünü doğuran bir neden de bazı sözleşmelerde aşırı yararlanma bulunmamasıdır. Aşırı yararlanma, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin kuruluşu sırasında, zor durumda kalmış yahut deneyimsiz veya düşüncesiz sözleşme tarafının bu durumundan faydalanan diğer sözleşme yanının, edimler arasında açık bir oransızlığa sebep olmasıdır¹⁸⁴. Kanun bu hâlde aşırı yararlanmadan zarar gören tarafa “*durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini*” talep hakkı vermiştir¹⁸⁵.

¹⁸⁰ **BaslerKomm/WIEGAND**, Art. 18, Rn. 50; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1101.; **EREN/DÖNMEZ**, m. 19, N. 72.

¹⁸¹ **ATAMULU**, Muvazaa, s. 51 vd.; **BaslerKomm/WIEGAND**, Art. 18, Rn. 50; **EREN/DÖNMEZ**, m. 19, N. 73 vd.

¹⁸² Nispi muvazaa şeklindeki adlandırma için bkz. **EREN/DÖNMEZ**, m. 19, N. 73.

¹⁸³ Öğretideki baskın görüşe göre müeyyide, kesin hükümsüzlüktür. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1489 vd.; **ATAMULU**, Muvazaa, s. 117; **BaslerKomm/WIEGAND**, Art. 18, Rn. 126; **GÜNERGÖK/KAYIHAN**, s. 184; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 4; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 1296; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 415; **von TUHR**, s. 274. İsviçre ve Türk öğretisinde muvazaalı işlemin yoklukla malûl olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur. Bkz. **BernKomm/MÜLLER**, Art. 18, Rn. 349, 350; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 146, 147; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1109; **EREN/DÖNMEZ**, m. 19, N. 82 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 1019; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 354, 355. Alman hukukunda ise muvazaanın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük olduğu BGB § 117/I’de hüküm altına alındığından bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır. Bkz. **ATAMULU**, Muvazaa, s. 115. Muvazaalı işlemin müeyyidesine dair ileri sürülen tüm görüşler ve değerlendirmeleri için bkz. **ATAMULU**, Muvazaa, s. 111 vd.

¹⁸⁴ **Halil POLAT**, Türk Hukukunda Aşırı Yararlanma (Gabin), Adalet Yayınevi, 2024, s. 47 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 425.

¹⁸⁵ Aşırı yararlanma ve buna bağlı olarak sözleşmeyle bağlı olmama hakkının hukuki niteliği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Aşırı yararlanmayı sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olarak görenler olduğu gibi, bu kurumu irade bozukluğu hâli olarak değerlendirenler de bulunmaktadır. Bunlar dışında iki görüşün birleşimi olarak addedilebilecek şekilde, aşırı yararlanmayı sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak kabul etmekle beraber, irade bozukluğu hâlleriyle kesiştiğini ifade eden bir fikir de öğretide yer almaktadır. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **POLAT**, s. 52 vd.

4. Hükümsüzlüğün etkileri

Çalışmamızın devamında incelenecek konuların daha iyi anlaşılması ve özellikle sürekli sözleşmelerin farkının ortaya konmaya çalışıldığı bölümlerin kavranabilmesi için *klasik* anlamda hükümsüzlüğün ne gibi sonuçlar doğurduğunun kısaca incelenmesi önem arz etmektedir. Zira, bilhassa 6098 sayılı TBK'dan evvelki yasa koyucunun kurduğu hükümsüzlük düzeni, ani edimli sözleşmeler esas alınarak inşa edilmiştir¹⁸⁶. Bu nedenle klasik anlamda hükümsüzlüğün sonuçları ifadesinden kastımız, geçersizliğin ani edimli sözleşmelerdeki neticelerine vurgu yapmaktır. Anılan sebeple bu başlık altında kısaca hükümsüzlük kavramı ve etkilerinden bahsedilecek ve böylece çalışmanın ilerleyen bölümlerinde tartışılan hususlara ışık tutulmaya çalışılacaktır.

Hükümsüzlük yekpare bir alan olmadığı ve altında birçok çeşidi bulunduğu için genel geçer sonuçların olduğu söylenemez. Keza, ortaya çıkan yeni teoriler de klasik mânâdaki hüküm ve sonuçları farklılaştırmıştır ve bu nedenle hükümsüzlük, üzerinde kavram birliğine varılabilmiş bir mesele değildir. Türk Borçlar Kanunu, m. 27'de kesin hükümsüzlüğü düzenlemişse de hükümsüzlüğü tanımlamamıştır¹⁸⁷. Tanımı yer almasa da kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde, hükümsüzlük¹⁸⁸ anlamına gelmek üzere pek çok kavram kullanılmış¹⁸⁹ ve bahse konu durum yargı kararlarına da sirayet etmiştir¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Kanun koyucunun tavrı hakkında bkz. **BROX**, s. 240, 241; **DOĞANAY**, s. 101; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 92; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 56. Benzer yönde bkz. **BaslerKomm-ZELLWEGER/GUTKNECHT**, vor Art. 1-40f, Rn. 29; **OETKER**, s. 426. Alman ve İsviçre mevzuatlarının sürekli edimli sözleşmeleri yeterince dikkate alan hükümler barındırmadığı yönünde bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 275.

¹⁸⁷ İsviçre hukuku bakımından bu yönde bkz. **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 308. **Alexander I. de BEER**, “Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages”, Mängel des Arbeitsvertrages, Hrsg: Münir EKONOMİ/Manfred REHBINDER, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Verlag Stämpfli & Cie, 1983, s. 30. Kanunun bilimsel bir eser olmamasından mütevellit bir tanım yapmasına gerek olmadığına, bahse konu hükümsüzlük tanımının ancak öğreti ve mahkeme kararlarında yapılabileceğine ve gerek Türk gerek İsviçre gerek Alman hukukunda kesin hükümsüzlükten anlaşılması gereken noktasında fikir birliği olduğuna ilişkin bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 590.

¹⁸⁸ Öğretide birçok yazar ‘geçersizlik’ ve ‘hükümsüzlüğü’ eş anlamlı olarak kullanmaktadır. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 664; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1042; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 580. Biz de daha önce de ifade ettiğimiz üzere, çalışmamızda bu iki kavramı aynı anlama gelmek üzere kullanmaktayız.

¹⁸⁹ Örnek olarak, her ne kadar öğretide hükümsüzlük ile eş anlamlı olarak kullanılsa da Türk Borçlar Kanunu'nun m. 47, 171/III, 182/II, 268, 334 vb. maddelerinde ‘geçersizlik’; 35, 115, 116, 125, 176, 200 vb. maddelerinde ‘hükümsüzlük’; 36, 37 vb. maddelerinde ise ‘bağlı olmama’ ifadesine yer verilmiştir.

¹⁹⁰ **AKBULUT**, s. 27, dn. 75.

Kesin hükümsüzlük, bir görüşe¹⁹¹ göre kanun koyucunun kamu yararını gözetmesi nedeniyle düzenlediği bir kurumdur. Bu nedenle hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır ve menfaati olan kimseler bunu herkese karşı ileri sürebilir¹⁹². Hükümsüzlüğün klasik anlamda en önemli sonucu¹⁹³, herhangi bir beyana yahut mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın en başından itibaren sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmamasıdır¹⁹⁴. Buna göre kesin hükümsüz bir sözleşme en başından itibaren geçersizdir¹⁹⁵ ve yapılan herhangi bir işlem ona sıhhat kazandırmamaktadır¹⁹⁶. Yani tarafların sözleşmeyi ifası yahut hükümsüzlük sebebinin mevcudiyetinin son bulması dahi sözleşmeyi geçerli hale getirmemektedir¹⁹⁷. Bu kabul akla, edimlerin durumunu getirmektedir. Evvelâ belirtilmelidir ki henüz ifa edilmemiş bir edimin ifasının talep edilmesi hâlinde (eski) borçlu hükümsüzlüğü ileri sürebilir ve hükümsüz bir sözleşmenin borç doğurmayacağını, yani hakkın doğmamış olduğu¹⁹⁸ itirazını beyan edebilir¹⁹⁹. İfa edilmiş edimlere ne olacağı sorusuna cevap vermek ise daha meşakkatlidir. Zira sözleşmenin hükümsüzlüğü var olan tüm dengeleri alt üst etmekte ve akıllara, ifa edilmiş edimlerin iadesinin ne şekilde olacağı sorusunu getirmektedir. Bu hâlde ilgili iade, somut olayın türüne²⁰⁰ göre farklılık göstermektedir. Buna göre, edimi ifa eden kimse, taşınmazların

¹⁹¹ **EREN**, Genel Hükümler, N. 1049.

¹⁹² **ANTALYA**, BG 1,1, N. 677; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 315; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1049; **KELLER/SCHÖBI**, s. 148; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 586; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 546.

¹⁹³ Bahse konu sonuçlar Kanun'da belirtilmemiş, öğreti görüşleri ve mahkeme kararları ile şekillenmiştir. Bkz. **AKBULUT**, s. 37.

¹⁹⁴ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 673; **BELSER**, s. 439; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1049; **HUGUENIN**, Obligationenrecht, Rn. 431 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 30; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 546.

¹⁹⁵ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 673; **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 53; **OFK/DASSER**, Art. 20, Rn. 6. Geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde bu durum dürüstlük kuralına aykırı olacağından ileri süren kişi korunmayacaktır. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 546. Geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması yasağı teşkil etmesine dair ayrıntılı bilgiler için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2013 vd.

¹⁹⁶ İlke olarak hükümsüzlüğün sonucu bu olmakla birlikte, tarafların sözleşmeyi sonradan tasdik etmelerinin istisna olduğu da ileri sürülmektedir. Buna göre kesin hükümsüz bir işlemi bilen yahut en azından geçerliliğinden şüphe duyan tarafların, bahse konu hükümsüzlük sebebinin de ortadan kalkmış olması şartıyla, bu işlemi tasdik etmeleri halinde işlemle bağlı olmaları mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 581 vd.

¹⁹⁷ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 674, **EREN**, Genel Hükümler, N. 1049.

¹⁹⁸ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 30.

¹⁹⁹ **EREN**, Genel Hükümler, N. 1050.

²⁰⁰ Türk hukukunda, taşınmaz mülkiyetinin devrinde yer alan tasarruf işleminin geçerliliği, bu işlemin sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlıdır. Bkz. **O. Gökhan ANTALYA**, Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt: IV/1, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınları, 2021, N. 457 vd. (Eşya). Taşınmazların devrinin geçerliliğinin sebebe bağlı olup olmadığı noktasında Türk ve İsviçre kanun koyucusu hüküm ihdas

mülkiyetinin devrine ilişkin işlemlerde, istihkak ve/veya tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile bunu geri isteyebilir²⁰¹. Taşınırılar bakımından ise cevap, mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık mı yoksa soyutluk ilkesinin mi kabul edildiğine göre değişkenlik göstermektedir. Sebebe bağlılığın kabul edilmesi hâlinde istihkak, soyutluk ilkesinin üstün tutulması durumunda ise sebepsiz zenginleşme sebepli bir davanın açılması gerekmektedir²⁰².

III. SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERİ HÜKÜMSÜZLÜK AÇISINDAN ÖZELLEŞTİREN SEBEPLER

Hükümsüzlüğün sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından alamet-i farikasının incelenmesi gerekir. Zira temelde bu hususlar nedeniyle sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü, ani edimli sözleşmelerden farklılaşmıştır. Bu sebeple edimlerin niteliği ve bunların iade düzeni irdelenmeli ve sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki taraf ilişkilerinde hangi tür özelliklerin baskın olduğu araştırılmalıdır. Tüm bu incelemelerin sonucunda, sürekli sözleşmeler bakımından hükümsüzlüğün neden ani edimli sözleşmelerden ayrılması gerektiği anlaşılabilecektir.

A. Edimlerin Özellikleri Bakımından

Sürekli borç doğuran sözleşmelerde yer alan edimler öyle türdendir ki bunlar bir defa yerine getirilmekle son bulmazlar. Bir diğer deyişle, asli edimlerin ifasının sözleşmeyi sona erdirici niteliği bulunmamakta²⁰³ ve bu sözleşme ilişkileri *tüketilememektedirler*²⁰⁴. Bu türden sözleşmeler süreklilik özelliğini edimin bu niteliğinden ve zamanla olan ilişkisinden almaktadır. Örneğin bir hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen şey, kendisinden beklenen işleri

etmemiştir. İsviçre uygulamasında durum, Federal Mahkeme'nin 1929 yılında verdiği bir karar ile sebebe bağlılık yönünde istikrar kazanmıştır denebilir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 129. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA**, Eşya, N. 580 vd.

²⁰¹ **OFK/DASSER**, Art. 20, Rn. 7. Tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının varlığının, istihkak davasını engelleyip engellemediği ve bu iki davanın fonksiyonları tartışmalıdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **O. Gökhan ANTALYA**, “İstihkak Davası”, YÜHFD, C. 18, S. 2, 2021, s. 502 (İstihkak).

²⁰² **ANTALYA**, İstihkak, s. 502.

²⁰³ **Barış DEMİRSATAN**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 231.

²⁰⁴ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 8. Bu yönde bkz. **Hans BROX/ Wolf-Dietrich WALKER**, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2021, § 18, Rn. 50.

haftanın belli günleri ifa etmesi ve sadakat borcunu²⁰⁵ daimi olarak yerine getirmesidir. Yahut bir kira sözleşmesinde kiralananı daimi olarak kira sözleşmesine uygun biçimde bulundurmak ve bu kullanımı engelleyecek hususları ortadan kaldırmak, kiraya verene yüklenmiş bir borçtur²⁰⁶. Aynı biçimde kiracı da kiralananı daimi olarak kullanmaya devam etmektedir²⁰⁷. Yine, bir tarafta devamlı biçimde kredi talep eden müşteri ve diğer tarafta da talep edilen bu kredileri karşılamak zorunda olan bir bankanın yer aldığı kredi açma sözleşmelerinde, bankanın edimi süreklilik arz etmektedir²⁰⁸. Denebilir ki sürekli borç doğuran sözleşmelerde bitmek bilmeyen bir ifa süreci cereyan etmektedir. Bu sözleşmedeki asli edimler ifa edilmeye başladıktan sonra, sözleşmenin niteliğine ve amacına uygun biçimde sürekli yinelenmektedirler. Hizmet sözleşmesindeki işçinin yapma edimi araya fasılalar girse de belirli periyotlarda devamlı tekrarlanmakta, kira sözleşmesinde kiraya verenin sağlama borcu ise ifa süresince durmaksızın bir davranışını gerektirmektedir²⁰⁹. Diğer bir anlatımla, sürekli edim, hesap edilemez kadar çok hareketle tekrar etmektedir.

Hükümsüzlüğün klasik sonuçları bizi, *ex tunc* etkiye götürmektedir. Bilindiği üzere, hükümsüzlük olgusunun bir hukuki işleme etkisi bakımından temelde iki ayrım mevcuttur. Buna göre, sonuçları geçmişe sirayet eden bir etkiden söz edilmesi halinde *ex tunc*; olgunun ortaya çıkış anı ve sonrasına, yani ileriye sirayet eden bir etkiden bahsedilmesi halinde *ex*

²⁰⁵ Bilgi için bkz. **Sarper SÜZEK/Süleyman BAŞTERZİ**, İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku), Beta Yayınları, 2024, s. 364 vd. Açıklamalar ve ayrıca sadakat borcunun kişisel edim olduğuna dair bkz. **Nuri ÇELİK/Nurşen CANIKLIOĞLU/Talat CANBOLAT/Ercüment ÖZKARACA**, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayınları, 2022, s. 303 vd.

²⁰⁶ **M. Alper GÜMÜŞ**, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), Vedat Kitapçılık, 2011, s. 98 (Kira). Kira sözleşmesinin sürekli borç doğuran sözleşme olduğu yönünde bkz. **Faruk ACAR**, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332), Yenilenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Beta Yayınları, 2017, s. 77 (Kira); **BEITZKE**, s. 8; **HUGUENIN**, Obligationenrecht, Rn. 59; **NOMER**, Borçlar, N. 209.3; **OETKER**, s. 146; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 91. Kiraya verenin bu tutumu, ürün kirası sözleşmesinde, ürün konusunu oluşturan mal yahut hakkın kullanılması ve ürün ya da gelir elde etmesi için kiracıya bırakılması şeklinde ortaya çıkar. Bkz. **İpek SAĞLAM**, “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması”, MÜHF-HAD, C. 19, S. 1, 2013, s. 135 (Ürün Kirası). Kira sözleşmesinin her zaman sürekli borç ilişkisi olması gerekmediği yönünde bkz. **Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdulkadir ARPACI**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, 1992, s. 432.

²⁰⁷ Kiracının ödeyeceği kira bedelinin de kira sözleşmesinin süresine bağlı olarak değiştiği yönünde bkz. **ACAR**, Kira, s. 24; **ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN**, N. 83; **OETKER**, s. 146.

²⁰⁸ **ÖZEN**, Kredi, s. 93.

²⁰⁹ **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 10; **Günter SPINNER**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht- Besonderer Teil II, §§ 535- 630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, Red: Martin HENSSLER/Wolfgang KRÜGER, 9. Auflage, C. H. Beck, 2023, § 611a, Rn. 12 (MüKoBGB/SPINNER, BGB § 611a).

*nunc*²¹⁰ etki gündeme gelmektedir²¹¹. Buna göre, ani edimli bir sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde, kural olarak edimi ifa eden tarafın bir hareketinin, yani tek bir ediminin geri alınması beklenir. Çünkü ortada bu beklentiye karşılayabilecek sayıda, adeta gözle görülebilir ve hesap edilebilir bir edim bulunmaktadır. Gel gelelim sürekli bir sözleşmenin hüküm ifade etmeyecek şekilde kurulması hâlinde durum böyle değildir. Örneğin çalışma izni olmayan bir temizlik görevlisi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesi kesin hükümsüzdür²¹². Kesin hükümsüzlüğün *klasik* sonuçlarının ezbere biçimde bu sözleşmeye de uygulanacağını söylenmesi hâlinde, sözleşmenin hükümsüzlüğünün *ex tunc* etkili sonuç doğurması, yani taraflardan ifa ettiği edimleri iade etmeleri beklenir. Fakat temizlik görevlisinin sürekli ifa ettiği bu sözleşme bakımından yerine getirdiği edimlerin en basit anlatımla kaç defa tekrar ettiği dahi anlaşılabilir değildir. Yahut bulundurma borcu altındaki kiraya verenin davranışı, ani edimli sözleşmelerdeki gibi zuhur etmemektedir. Edimler bitmeyen ve ayrılamayan bir şekilde sürekli biçimde yinelenmektedir. *Serozan*’ın da ifade ettiği gibi, sürekli sözleşmelerdeki edimler, “*sürekli ve kurumaz bir kaynak-yükümden fıskırır*” niteliktedir²¹³. Yani tarafların ifa ettikleri edimler ve bunların geri alınabilir niteliği, sürekli sözleşmelerdeki edimlerin bu kendine özgü yapısı nedeniyle o kadar da rahatça çözülebilir değildir.

B. Taraf İlişkileri Bakımından

²¹⁰ Hükümsüzlüğün bu türden bir etki yarattığı durumlardan birine de aile hukuku alanında rastlanır. Buna göre hükümsüz olan bir evlilik bakımından verilecek butlan kararı geçmişe değil geleceğe etkilidir. İlgili husus TMK m. 156’da açıkça ifadesini bulmaktadır. Buna göre “*Batıl bir evlilik ancak hâkimin kararıyla sona erer. Mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur*”. Bkz. **Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ/Mustafa Alper GÜMÜŞ**, Türk Özel Hukuku Cilt III- Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2018, N. 528. Yasa koyucunun evlilik hukuku bakımından mevcut olan bu tutumunun, sürekli borç doğuran sözleşmelerin geleceğe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesi nezdinde de düşünülebileceği yönünde bkz. **BROX**, s. 241; **Seza REİSOĞLU**, Hizmet Akdi, Sevinç Matbaası, 1968, s. 137 (Hizmet). TBK m. 394/III’ün bu hükümle bağlantısı bakımından bkz. **Rona SEROZAN**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayınları, 2022, Bölüm I § 5 N. 41a vd. (Medeni)

²¹¹ Kavramsal olarak *ex tunc*, ‘önceki zamandan beri’ anlamına gelmekte iken, *ex nunc* ise ‘şimdiden itibaren’ mânâsındadır. Bkz. **Aaron X. FELLMETH/Maurice HORWITZ**, Guide to Latin in International Law, Second Edition, Oxford University Press, 2022 (Online version/www.oxfordreference.com). “*Latince makale şumul keyfiyeti ex tunc remzile ifade edilir*”. Bkz. **von TUHR**, s. XV.

²¹² Çalışma izni ve çalışma yasakları hâlinde hizmet sözleşmesinin geçerliliğine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, I, C, 1, a, (ii).

²¹³ **SEROZAN**, Dönme, s. 162.

Sürekli borç doğuran sözleşmelerin belirli bir sürece yayılması, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini de etkilemektedir. Taraflar arasındaki ilişkiye dair ilk özellik, güvenle alâkalıdır²¹⁴. Tek seferlik hareketle bir ilişkinin sonlanmayacağını bilmek ve bir kimse ile sürekli işleyen bir sürece dahil olmak, o kişiye güven duymayı gerektirmektedir. Tek seferde sonlanan bir sözleşmede dahi gerekli olan güven ilişkisinin, sürekli karşı karşıya gelme ihtimali olan taraflar arasında daha da yoğun²¹⁵ bir biçimde aranması şaşırtıcı değildir. Zira alacaklı, borcun sürekli olarak yerine getirileceğine dair bir inanç içerisindeyken, borçlu da sözleşmeye konu edimi daimi biçimde yerine getirme sorumluluğu altına girmekte ve aslında kendisini kısıtlamaktadır²¹⁶. Aradaki güven ilişkisi, sözleşmenin kuruluşunda dahi özel bir öneme sahiptir ve edimler ifa edildikçe de bu güven yoğunlaşır²¹⁷, derinleşir ve aradaki ilişki daha da sıkı hale gelir²¹⁸. Taraflar adeta, muhatabının ilerde de sözleşme ile aynı derecede bağlı olacağına yönelik müstakbel bir inanç ile hareket etmektedir. Örneğin kullanım ödücü sözleşmesi bakımından, kullanım hakkı tanıyan kişi, bunu ancak güvendiği birine temin etmek ister²¹⁹. Sözleşmenin akdedilmesi bu güvenin varlığına bağlıdır ve öyle ki bu hak, güvenilen kişinin²²⁰ mirasçılara dahi geçmemektedir²²¹. Yahut adi ortaklıkta²²², ortaklar arasında derin bir güven

²¹⁴ **SEROZAN**, Özel Bölüm, s. 13. Vekâlet sözleşmesinde taraflar arasında özel bir güven ilişkisi olduğuna dair bkz. **Rolf H. WEBER**, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1990, s. 33.

²¹⁵ **SEROZAN**, Dönme, s. 165.

²¹⁶ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 34.

²¹⁷ Bahse konu güven ilişkisinin çökmesi halinde haklı nedenle olağanüstü fesih imkânının gündeme geldiğine dair bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 34-35; **SEROZAN**, Dönme, s. 165. Haklı sebeple fesih imkânının güven ilişkisine dayandırılmaması gerektiği zira güven ilişkisi olmasa dahi bir sözleşmenin sürekli niteliğinin, haklı sebeple fesih imkânı tanınması açısından yeterli olacağı ve bunun temelinde de kişiliğin, sözleşmeler ile getirilen sınırlamalara karşı TMK m. 23 uyarınca korunmasının yattığı yönünde bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 113 vd.

²¹⁸ **Georg Friedrich FREIBERGER**, Die Nichtigkeit, Die Anfechtung und Der Rücktritt Bei Dauerrechtsverhältnissen (Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität zu München, Unveröffentlichte Dissertation), 1948, s. 92; **ÖZEN**, Kredi, s. 204; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 34; **SEROZAN**, Dönme, s. 165.

²¹⁹ **İpek SAĞLAM**, “Kiracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişkisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler”, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, 2017, s. 250 (Kira).

²²⁰ Sözleşmenin, ödünç alanın kişiliğinin önemi ve ‘*intuitu personae*’ niteliği bakımından bkz. **SAĞLAM**, Kira, s. 250; **Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, 2022, s. 804. (Cilt I)

²²¹ **SAĞLAM**, Kira, s. 250.

²²² Genelde yalnızca tek bir tarafın yükümlülüğün tipik olduğu diğer sürekli sözleşmelere nazaran adi ortaklıkta, her bir ortağın yükümlülüğünün tipik ve ulaşılması gereken ortak bir amaca yönelik olduğu yönünde bkz. **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 15; **Efe Can YILDIRIR**, Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri, On İki Levha Yayınları, 2023, s. 16.

bulunmaktadır²²³. Zira bu kimseler, ortak amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba sarf etmek (*affectio societatis*) zorundadırlar²²⁴.

Taraflar arasındaki ilişki bakımından dile getirilmesi gereken bir diğer husus edimlerin çeşitliliğiyle alakalıdır. Sürekli borç doğuran sözleşmelerde, taraflar arasındaki yan edim yükümleri ve davranış yükümleri de daha geniş bir yelpaze üzerinden değerlendirilmektedir²²⁵. Sosyal bir temasın²²⁶ varlığının dahi taraflar arasında edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi meydana getirdiğinin kabul edildiği bir zeminde, bir kere ifa edilmekle tükenmeyecek bir ilişkide meydana gelecek davranış yükümlerinin bu denli çeşitlenmesi pek olağandır.

Sürekli sözleşmelerde yer alan taraflar, tek ifa hareketiyle sözleşmenin sonlanmayacağını bilmektedir. Bu da ilgili kimselere, istikrarlı bir hukuki ilişkinin varlığı noktasında inanç sağlamaktadır. Taraflar, bu ilişkinin sürüp gideceğine ve olağanüstü bir durum olmadıkça, yahut belirli süreli bir ilişki bakımından süresi dolmadıkça, sözleşmenin devam edeceğine inanmaktadır. Denebilir ki Roma hukukundan gelen “*quieta non movere*” ilkesi²²⁷, sürekli borç doğuran sözleşmelerin dokusunu oluşturmaktadır²²⁸. Zira taraflar, bu ilişkinin sürüp gideceğine, devamlı ifa edileceğine inanarak iş ve işlem yapmakta; sosyal ve ekonomik hayatlarını bu bilinç ile şekillendirmektedir²²⁹. Örneğin bir işçi, ücret almaya devam edeceğini

²²³ **YILDIRIR**, s. 73. Adi ortaklıkta kişisel bağların ve ortaklık ilişkilerinin son derece önem taşıdığı ve özellikle güven ve sadakat ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. **Ersin ÇAMOĞLU**, “Ortaklıkların Fesih Nedeni Olarak Haklı Sebep ve İrade Bozuklukları”, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, Ed: Saibe OKTAY ÖZDEMİR/Abuzer KENDİGELEN, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 124-126.

²²⁴ **YILDIRIR**, s. 73. Ortaklardan birinin ölümü hâlinde ortaklığın sona ereceği düzenlemesinin (TBK m. 639), sözleşmenin güven ilişkisine bağlı yapısını açık biçimde gösterdiği yönünde bkz. **Numan TEKELİOĞLU**, “Adi Ortaklıkta Ortağın Ölümü Halinde Mirasçılarının Hukuki Durumu”, AHBVÜHFD, C. 25, S. 3, 2021, s. 227.

²²⁵ **SEROZAN**, Dönme, s. 165; **SEROZAN**, Özel Bölüm, s. 13.

²²⁶ Kişiler arasındaki sosyal temasın güven prensibi temelli bir edimden bağımsız borç ilişkisi ortaya çıkardığı kabul edilmektedir. Konusunu özellikle koruma yükümlülüklerinin oluşturduğu bu edimden bağımsız borç ilişkisi, bir kimsenin herhangi özel bir sebeple kişisel değerleri ve malvarlığı değerlerini, bir başka kişinin etkisine açması ile gündeme gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Nil KARABAĞ BULUT**, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, On İki Levha Yayınları, 2009, s. 66 vd. (Sözleşme); **Rona SEROZAN**, “Culpa In Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi”, İÜMHAD, Y. 2, S. 3, 1968, s. 117 vd. (Edim).

²²⁷ İlke, en temel anlatımı ile düzenin korunması; yerleşik durumların değiştirilmemesi, olanın olduğu hâli ile bırakılması anlamlarına gelmektedir. Böylece istikrar sağlanacaktır. Bkz. **FELLMETH/HORWITZ**, www.oxfordreference.com. “*Huzurlu olan düzen bozulmamalıdır*” biçiminde ifade eden görüş için bkz. **ANTALYA**, Eşya N. 1211.

²²⁸ **Hasan ERMAN**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), Fakülteler Matbaası, 1979, s. 104 (Beklenilmeyen Haller).

²²⁹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 32-33.

düşünerek adımlar atmakta ve hayat planlarını buna göre yapmaktadır. Bu husus pek tabi ki ilişkinin sonsuza dek süreceğine yönelik bir inanca sebep olmamaktadır²³⁰ ki hayatın olağan seyri içerisinde, mantıklı düşünen hiçkimse de bu fikre kapılmayacaktır. Fakat sözleşmenin en azından bir süre geçerli olarak devam edeceğini bilmek, en başından buna yönelik planlar yapmaya ve kişileri sözleşmenin selâmetini korumaya yönlendirmektedir. İlâveten, edimlerin varlıklarını koruyacağına dair inancın pekişmesini sağlamaktadır ki aksi hâl, kişilerin, bu tür sözleşmeleri yapmaktan kaçınmasına sebep olur²³¹. Çıkarlar arasındaki bu denge, bir kimsenin bir sözleşme ile ilânihaye bağlı olmak zorunda olmamasını sağlayan kişisel özgürlük ve sözleşmeye bağlı olmaya iten istikrar arzusu ile sağlanmaktadır²³². İşte sözleşmenin hükümsüzlüğü, kurulmuş istikrarı adeta yerle bir etmektedir. Olanı koruma gayesinde olan ve bunun için çaba sarf ederek edimlerini yerine getiren taraflar ve bunların bağitlandıkları sözleşme bakımından hükümsüzlük, bu istikrarın sözleşmeye ne denli yerleşmiş olduğu gerçeği göz önüne getirilmeden sonuçlarını doğuramaz.

Sürekli borç doğuran sözleşmenin yarattığı istikrar duygusu ziyadesiyle önemli olsa da kanun koyucu çeşitli ihtimalleri göz önünde tuttuğu bazı düzenlemeler yapmıştır. Sözleşmenin belli bir süre devam etmesi en başından kararlaştırılmış olabileceği gibi, bazı hâller nedeniyle taraflara haklı fesih imkânı tanınmıştır²³³. Fakat tüm bu düzenlemeler dahi kural olarak ilişkinin seyrinde bir sorunun meydana gelmesi, taraflar arasındaki ilişkinin zedelenmesi, yani en başta kurulan o güven ortamının yara alması ile alâkalıdır. Pek tabii hiçbir sorun olmasa dahi bir kimse, bir sözleşme ile bağlı kalmak istemiyor olabilir. Fakat denebilir ki sorunsuz işleyen bir düzende, kimse gemiyi terk etme eğiliminde olmayacaktır. İlgili gerekçeyle, ilişkinin sona ermesi çoğu hâlde en başta kurulan istikrarın bozulması nedeniyledir. Bu nedenle tekrar etmek gerekirse, sürekli borç doğuran bir sözleşme bakımından temel kaidelerden biri istikrardır. Kanun koyucu, sona erme hâllerinde dahi bu kaideyi gözeterek düzenlemeler yapmış, örneğin bazı durumlarda süre geçmesine rağmen susma ile yenileme imkânına yer vermiş; konut ve çatılı işyeri kirası gibi sözleşmelerde ise kamu yararı ve zayıfı koruma gayesiyle, sürenin

²³⁰ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 33.

²³¹ ERMAN, İstisna Sözleşmesi, s. 103.

²³² SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 33.

²³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 84 vd.

bitmesini kural olarak sözleşmenin sona ermesi durumlarından biri olarak kabul etmemiştir²³⁴. Yasa koyucunun bu hassasiyetine, hizmet sözleşmesinin süresi bakımından rastlamak da mümkündür. Zira esas olan belirsiz süreli hizmet sözleşmesi akdetmektir, süresi bitince kendiliğinden sona eren belirli süreli hizmet sözleşmesi yapma imkânı ise istisnadır, ancak kanunun öngördüğü şartlar dahilinde meydana getirilebilir²³⁵.

Sürekli borç doğuran sözleşmelerde hükümsüzlüğün etkisi bakımından, taraflar²³⁶ arasındaki güven ilişkisi yanında, bunlardan birinin daha güçsüz olması ihtimali de değerlendirilmelidir. Zira sözleşmenin kurulması aşamasında taraflar her zaman eşit konumda değildir. Taraflardan biri diğerine göre daha bilgisiz; bağımlı yahut zorunluluk içinde olabilir. Bu durumun konumuz bakımından en çarpıcı örneğini²³⁷ hizmet sözleşmesi oluşturur. Bilindiği üzere işçi – işveren ilişkileri bakımından temel ilkelerden biri, zayıf olanın korunmasıdır²³⁸. Hizmet sözleşmesinde işçinin zayıf taraf olduğu kabul edilir. Zira işverene bağımlı olarak çalışan işçinin ekonomik, ruhsal ve bedensel sömürüye maruz kalma ihtimali yüksektir²³⁹. Tüm bunların yanında, çalışması karşılığında ücrete hak kazanan işçinin; sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarının geçmişe etkili olması hâlinde bu ücreti iade etme ihtimalinin bulunması, güçsüz olanı koruma ilkesiyle çelişmektedir²⁴⁰. Bir tarafın daha avantajsız konumda olduğu bu sözleşmede, işçinin

²³⁴ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 34.

²³⁵ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 179.

²³⁶ Sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün akdin tarafları arasındaki ilişkiye etkisi yanında üçüncü kişilere yansımaları da öğretide incelenmiştir. Buna göre sözleşmenin hükümsüzlüğünün sürekli borç doğurmayan sözleşmelerdeki klasik tesirinin, sürekli borç doğuran sözleşmelere tatbik edilebilir olmadığı bilhassa kişi ortaklıklarının alacaklıları özelinde ifade edilmiştir. Üçüncü bir kişinin, adi şirketin hükümsüzlüğünü bilmeden hukuki ilişki kurması durumunda bu üçüncü kişinin menfaati de korunmalıdır. Yaratılan hukuki görünüş nedeniyle bu hükümsüzlük kendisine karşı ileri sürülememelidir. Bkz. **Nami BARLAS**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Yenilenmiş Üçüncü Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 69; **ÇAMOĞLU**, s. 125, 126; **DOĞANAY**, s. 95 vd.; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 54-55. İrade sakatlığı bakımından benzer açıklamalar için bkz. **Jörg NEUNER**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Auflage, C. H. Beck, 2023, § 41, Rn. 149.

²³⁷ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 55.

²³⁸ **Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL**, İş Hukuku, Güncellenmiş Yedinci Baskı, Lykeion Yayınları, 2022, s. 12; **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s. 18. Hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili sonuçlar doğurmasının, işçinin emeğinin tam olarak ödenememesinin yanında, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan da yararlanamamasına neden olacağı yönünde bkz. **Halûk Hâdi SÜMER**, İş Hukuku, Güncellenmiş Yirmi Yedinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2024, s. 65.

²³⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 12.

²⁴⁰ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 363; **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s. 350. Benzer yönde bkz. **BROX**, s. 236.

ifa süresince yerine getirdiği edimleri bir gün iade edeceği endişesini taşıması yerinde değildir²⁴¹. Aksi yöndeki bir ihtimal sosyal adalet anlayışına uymamaktadır.

C. Edimlerin İadesi Bakımından

Bir sürekli sözleşmenin hükümsüzlüğünün ortaya çıkardığı en önemli sorunlardan biri, ifa edilmiş edimlerin iadesinin gündeme gelmesidir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi hükümsüz bir sözleşme – *klasik* bakış açısıyla – en başından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaz²⁴². En azından kanun koyucunun uzun bir süre boyunca, ani edimli sözleşmeleri esas alan bu yaklaşımı benimsediğinden²⁴³ daha önce bahsedilmişti. Bu anlayışın sonucu olarak ifa edilmiş edimlerin iadesi gündeme gelmekte ve bu da sebepsiz zenginleşme ile mümkün olmaktadır. Böylece hukuk düzeninin istemediği bir sonuç tüm çerçevesi ile ortadan kalkmaktadır. Bu anlayış, örneğin bir taşınır satışında taraflardan birinin ehliyetsizliğinin sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olması hâlinde işliyor olabilir. Zira satıcı tarafından taşınırın zilyetliğinin teslim edildiği ve alıcının da bedeli ödediği böyle bir durum açısından iade, taşınır mülkiyetinin geçişinde kabul edilen teoriye göre istihkak yahut sebepsiz zenginleşme ile çok daha kolay şekilde sağlanabilir.

Sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki durum ise bu denli hızlıca sonuca ulaşabilir ve hatta daha doğru bir ifadeyle, ‘kolay’ bir biçimde çözüm geliştirilebilir nitelikte değildir²⁴⁴. Kanun koyucu her ne kadar maddi edime yönelmiş ani edimli sözleşmelerde uygun bir çare tarzı benimsemiştir denebilirse de bahse konu yöntemin, fiilen icra edilmiş sürekli borç doğuran sözleşmelerde çözüme şayan olmadığı ifade edilmektedir²⁴⁵. Zira her şeyden önce, edimler ifa edilmeye başlanmış ve taraflar gittikçe girift bir hale gelen sözleşme ilişkisinin içine girmiştir²⁴⁶. Üstelik

²⁴¹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 51 vd. Bahis konusu iş ve işletme sırları olduğunda, geriye dönük tasfiye düzeninin işveren açısından da sakınca yarattığı ve ileriye etkili sona ermenin onun menfaatine olduğu yönünde bkz. **BROX**, s. 236.

²⁴² **ANTALYA**, BG 1,1, N. 673.

²⁴³ **BROX**, s. 240, 241; **DOĞANAY**, s. 101; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 92; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 56. Benzer yönde bkz. **BaslerKomm-ZELLWEGE/GUTKNECHT**, vor Art. 1-40f, Rn. 29; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 275; **OETKER**, s. 426. Yasa koyucunun sürekli borç doğuran sözleşmeleri tanımlamadığı ve genel özelliklerinin öğreti tarafından açıklandığı yönünde bkz. **POLYDOR-WERNER**, s. 5.

²⁴⁴ Benzer yönde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 569.

²⁴⁵ Bu yönde bkz. **HAUPT**, s. 17; **FLUME**, s. 101; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 46.

²⁴⁶ **HAUPT**, s. 17.

bu edimler öyle türdendir ki geri almak, teslim edilmiş bir taşınırı geri almak kadar kolay olmamaktadır. Sözleşme öncesi durumun yeniden tesisi için bir tür çözülmeyi benimseyen *klasik* yaklaşım, sürekli sözleşmeler söz konusu olduğunda çözüme uygun değildir²⁴⁷. Bunun için evvelâ dönme ve fesih kavramlarından bahsetmek gerekir. Sonrasında ise sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından bir iade ve tasfiye düzeninin kural olarak neden uygunsuz olduğu, sebepsiz zenginleşme kuralları özelinde incelenecektir.

1. Dönme ve fesih kavramlarının sürekli borç doğuran sözleşmelerle ilişkisi

Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi, en kısa anlatımla, geçerli bir sözleşme ilişkisinin tek taraflı yenilik doğuran bir hakla²⁴⁸ sona erdirilmesidir²⁴⁹. Ani edimli sözleşmeler bakımından dönme²⁵⁰ söz konusu olurken, sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından fesih gündeme gelmektedir²⁵¹. Bu ayrımın temelde dayandığı noktalar ise çalışmamızın bu başlığını anlamlandırmaya yardımcı olacaktır. Zira fesih ve dönme şeklindeki yaklaşım, en basit anlatımla, adi edimli ve sürekli borç doğuran sözleşmelerin neden ayrıştığını, ayrışması gerektiğini ve hükümsüzlüğün sürekli borç doğuran sözleşmelerde neden başka anlamlara geldiğini, gelmesi gerektiğini ifade etmede önem arz etmektedir.

Sözleşmeden dönme, ani edimli bir sözleşmeyi sona erdirici niteliktedir. Bu sona ermenin sözleşmeye tesiri bakımından ileri sürülen – örneğin – klasik görüşe²⁵² göre, bozucu yenilik

²⁴⁷ SEROZAN, Dönme, s. 167. Benzer yönde bkz. **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 31, Rn. 104.

²⁴⁸ Dönme bakımından kabul edilecek teoriye göre ortaya bir bozucu yenilik doğuran hak yahut değiştirici yenilik doğuran hak çıkabileceği yönünde bkz. **Vedat BUZ**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, 1998, s. 74 (Dönme).

²⁴⁹ **ANTALYA/TOPUZ**, N. 515; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1435; **SEROZAN**, Dönme, s. 58 vd.

²⁵⁰ Sözleşmeden dönme hakkı esasen Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri kısmında çeşitli maddeler altında düzenlenmiştir. İfa güçsüzlüğü için TBK m. 98'de ve borçlu temerrüdü bakımından TBK m. 125'te düzenlenen hâller buna örnektir. Aynı şekilde TBK m. 110 ve 111'de de hakkın varlığı hüküm altına alınmıştır. Fakat sözleşmeden dönmenin sonuçları yalnızca TBK m. 125/III'de düzenlenmiştir. Bu sebeple hükümdeki sonuçlar, nitelikleriyle uyduğu ölçüde diğer dönme hâllerinde de uygulanabilir. Bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 3961 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1435 vd.

²⁵¹ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 280 vd.

²⁵² Bu konuda ileri sürülen görüşler yasal borç ilişkisi, klasik teori, ayni etkili dönme ve yeni dönme kuramları olarak adlandırılmaktadır. Yasal borç ilişkisi fikrine göre dönme beyanı sözleşme ilişkisini ortadan kaldırırsa da taraflar arasında yasal bir borç ilişkisi meydana gelir ve iade borcu bu ilişkiye dayanmaktadır. Bu görüşün artık neredeyse terk edildiği yönünde bkz. **ANTALYA**, BG 1,3, N. 2965, dn. 310; **BUZ**, Dönme, s. 121. Klasik teoriye göre henüz yerine getirilmemiş sözleşmesel edimler kendiliğinden sona erecek ve bu edimlerin yerine getirilmesi istemi ise hakkın ortadan kalktığı itirazı ile karşılaşacaktır. Buna göre, dönme beyanı, hakkı doğrudan sahibine döndürmemektedir. Zira işlemin yapıldığı sırada sebep geçerlidir ve bu nedenle hukuki işlem sebebe bağlı olsa

doğuran dönme beyanı, geçerli bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaktadır²⁵³. Buna göre dönme, geçmişe tesir eder, diğer bir ifadeyle *ex tunc* etkilidir²⁵⁴. Sürekli borç doğuran sözleşmelerde ise fesih gündeme gelmektedir²⁵⁵. Feshin sözleşmeye tesiri, geleceğe yönelmesinde, yani *ex nunc* etkili olmasındadır²⁵⁶. Sözleşmeyi sona erdirici bir bozucu yenilik doğuran beyanın, iki farklı sözleşme tipinde iki farklı surete dönüşmesi gerektiğine ilişkin inanç, kavramları da farklılaştırmıştır. Zira bu iki sözleşme tipindeki sona ermenin, farklı şekilde etki etmesi gerektiği kanaati hasıl olmuştur²⁵⁷.

Ani edimli bir sözleşme bakımından ortaya konulan dönme iradesi, adıyla müsemma biçimde her şeyi gerisin geriye döndürerek sözleşmenin kurulduğu andaki duruma erişilmesi gerektiği fikrinden hareket etmektedir²⁵⁸. Yani tarafların, sözleşmenin ifası ile edindiklerini geri vermesi gerekir²⁵⁹. Bu, sözleşme ifa edilmeden önceki hâli (*status quo ante*) yeniden yaratmakta; böylece taraflar en baştaki hâllerine erişmektedir²⁶⁰. Sözleşmenin feshi ise *status quo ante*'nin

dahi sebebi sonradan ortadan kalkmıştır. Bu nedenle ileri sürülecek talebin sebepsiz zenginleşme ile istenmesi gerekmektedir. Bkz. **VON TUHR**, s. 627-628. Ayrıntılı bilgiler için ayrıca bkz. **BUZ**, Dönme, s. 118-120. Klasik dönme teorisini, sebebe bağlılık ilkesi ile yeniden yorumlayan aynı edimli dönmeyi savunan yazarlara göre (bkz. **TURGUT ÖZ**, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, *İÜMHAD*, C. 13, S. 16, 1996, s. 141 vd. (Eleştiri) ise dönme beyanıyla birlikte sebebe bağlı tasarruf işlemi geçmişe etkili olarak hükümsüzleşmekte ve bu nedenle ifa edilen edimlerin aynı bir taleple geri istenebilmesi gündeme gelmektedir. Aynı etkili dönme teorisi, klasik dönme teorisine aynı bir etki tanımaktadır. Buna göre, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve sözleşmenin ifası için daha önce yerine getirilmiş tasarruf işlemi bakımından maddi edimlerin iadesi, sebebe bağlılık ilkesinin sonucu olarak istihkak davası ile sağlanmaktadır. İşgörme ve kullandırma edimlerinin iadesi ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yerine getirilmektedir. Bkz. **BUZ**, Dönme, s. 121 vd. Yeni dönme yahut diğer adıyla dönüşüm kuramına göre ise sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmamakta, dönme beyanı sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu gerçeğini bertaraf etmemekte ve sözleşmesel verme yükümleri, yerini sözleşmesel geri verme yükümlerine bırakmaktadır. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,3, N. 2995 vd.; **BaslerKomm/WIEGAND**, Art. 109, Rn. 4 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 66.33; **SEROZAN**, Dönme, s. 90. Klasik görüş taraftarlarının *ex tunc* etkiyi kabul ederek sözleşmenin hiç kurulmamışçasına ortadan kaldırılması hedefi yeni dönme kuramınca kabul edilmemekte ve sözleşmenin varlığı ve gerçekliğinin reddedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz. **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 207. Öğretide hakim görüşün dönüşüm görüşü olduğu yönünde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 66.33.

²⁵³ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1699; **ÖZ**, Dönme, s. 25 vd.; **VON TUHR**, s. 627.

²⁵⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1436 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 965.

²⁵⁵ Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından dönmenin kural olarak ancak ifa aşamasına geçilmemiş olması hâlinde mümkün olabileceğine dair bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 120. Aksi yönde bkz. **BUZ**, Dönme, s. 319 vd.

²⁵⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1436 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 965.

²⁵⁷ **ÖZ**, Dönme, s. 26.

²⁵⁸ **ÖZ**, Dönme, s. 26.

²⁵⁹ **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 29.

²⁶⁰ **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 58 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1437; **İsmet SUNGURBEY**, “§ 77. Arsa payı karşılığında kat yapımı (inşaat) sözleşmesinin, müteahhidin borçlu temerrüdüne

yeniden sağlanması zorunluluğu gütmemektedir²⁶¹. Bu husus gerekli olmadığı gibi sakıncalıdır²⁶². Zira ifası devam edegelmiş bir sözleşmenin alacaklısının, bu sözleşmedeki ifa çıkarı gerçekleşmiştir. O halde tatmin edilmiş sözleşme tarafının, gerisin geriye dönülmesini ve hâli hazırda tatmin edilmişken edimlerin iadesini istemesi, anlamsız ve zorluk çıkarmaktan ibarettir²⁶³.

Görüldüğü üzere geçerli bir sözleşmenin taraflarından birinin beyanı ile sona erdirilmesi iradesini iletmesi, ani edimli sözleşmeler bakımından farklı bir etki yaratmakta iken sürekli borç doğuran sözleşmeleri başka bir biçimde etkilemektedir. Zira bu iki sözleşme tipinin özellikleri gereği farklı sonuçlara tabi olması gerektiği kabul edilmektedir. Üstelik bu kabul, dönmenin ani edimli sözleşmeye etkisi bakımından hangi görüşün savunulduğu fark etmeksizin böyledir²⁶⁴. Yine kanun koyucu da bu fikirden hareket etmiş ve TBK m. 126'da²⁶⁵, borçlu temerrüdü hâlinde alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkının, ifasına başlanmış sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından fesih şeklinde icra edileceğini hükme bağlamıştır.

2. Sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanabilirliği

Çalışmamızın önceki bölümlerinde, sürekli borç doğuran sözleşmelerin geçmişe etkili sona ermeye neden uygun olmadıkları, çeşitli gerekçelerle izah edilmiştir. Bu başlık altında ise

düşmesi yüzün feshi ve müteahhidin ölümüyle sona ermesi'', Medeni Hukuk Sorunları, Dördüncü Cild, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 466 (Dördüncü Cild).

²⁶¹ **SUNGURBEY**, Dördüncü Cild, s. 466.

²⁶² **ÖZ**, Dönme, s. 26; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından ilkenin ileriye etkili sona erme olduğu yönünde bkz. **İsmet SUNGURBEY**, “§ 122. Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir'', Medeni Hukuk Sorunları Beşinci Cild, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 548 vd. (Sorunlar).

²⁶³ **ÖZ**, Dönme, s. 26.

²⁶⁴ Sözleşmeden dönmede klasik görüşü savunan *Oğuzman/Öz* ve yeni dönme kuramını kabul eden *Serozan* bu fikirdedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1712; **Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdulkadir ARPACI**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2014, § 17, N. 26 (**SEROZAN**, İfa).

²⁶⁵ TBK m. 126: “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir''. Bu madde yasalaşmadan evvel de öğretide, ileriye etkili sonuçlar doğurması bakımından bir fesih hakkının varlığı öngörülmekteydi. İlgili hakkın hukuki dayanağı hususunda bkz. **Ayça AKKAYAN YILDIRIM**, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri'', Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 55.

hükümsüz sözleşmenin geçmişe etkili sona erme ihtimali, edimlerin iadesi, yani tasfiye düzeni bakımından irdelenecektir. Bu iadenin gerçekten sağlanıp sağlanamayacağı ise sebepsiz zenginleşme kurallarının tatbik edilebilirliği ile alâkalıdır. Zira sürekli sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde edimlerin geri verilmesi ihtimali, geçersiz sebebe dayanan zenginleşme meydana getirmektedir²⁶⁶. Böylece malvarlığı kaymaları düzeltilmekte ve bir malvarlıksal değer geri istenmektedir²⁶⁷. Baştan ifade etmek gerekirse eğer, biz, bu hukuki kurumun sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz. Bahse konu görüş, yani bu sözleşmelere sebepsiz zenginleşme kurallarının tatbik edilmesinin uygun olmadığı kanaati, bugüne değin çeşitli gerekçelerle öğretide de ifade edilmiştir²⁶⁸. Ancak ilgili husus daha ziyade, sözleşmeden dönme yahut sözleşmenin feshi tartışmasının bir parçası olarak gündeme getirilmiştir²⁶⁹. Genellikle, dönmenin *ex tunc* etkisi bakımından ortaya çıkacak iade düzeninin nasıl işletileceği sorusuna cevap aranırken, bu noktaya değinilmiştir. Sözleşmeden dönmenin bu etkisi araştırılırken izlenen yol haritası, çalışmamız açısından da ufuk açıcıdır. Fakat iade ve buna bağlı olarak sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması hâlinde ortaya çıkan sonuçların, daha detaylı şekilde incelenmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızın devamında, evvelâ, bu sözleşmelere sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması hâlinde nasıl bir yol izlendiğini ele alacağız. Sonrasında ise bu yolun izlenmesi durumunda ne gibi sorunların ortaya çıkacağını izah edecek ve böylece sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması ile bu uygulamanın neticelerini ve sakıncalarını ortaya koyacağız.

²⁶⁶ **O. Gökhan ANTALYA**, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,2, Seçkin Yayınları, 2019, N. 3054 (BG 1,2); **M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16. Baskı, Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 1004 (Cilt II). İrade sakatlığı hâllerinde, sözleşmenin hükümsüzlüğü bakımından kabul edilecek görüşe göre ortaya çıkan iade düzeni hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 23, Rn. 9; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 31, Rn. 100 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 39.27. Bu hâlde, tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesi ne geçersiz sözleşmeye ne de haksız fiile dayanarak talep edilebileceği ve tek çıkar yolun sebepsiz zenginleşme olduğu yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt II, N. 882; **Turgut ÖZ**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 7 (Sebepsiz Zenginleşme).

²⁶⁷ **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 12-13.

²⁶⁸ Örneğin *Seliçi* bu hususu, sürekli borç doğuran sözleşmelerde yer alan edimlerin ifa edilmiş olması hâlinde icra vakasının inkâr edilemeyeceği, zira sebepten yoksun ve iadesi gereken edimin aynen iadesinin çoğu zaman mümkün olamayacağı şeklinde ifade etmektedir. Bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 48. Gelecek başlıklarda ilgili görüşlere ayrıntılı şekilde yer verilmiştir.

²⁶⁹ Bu hususla alakalı ayrıntılar için bkz. **BUZ**, Dönme, s. 319 vd.; **Franz SCHENKER**, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs: im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988, Rn. 814 vd.

a. Sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması ihtimalinde izlenecek yol

Sebepsiz zenginleşme düzleminde gerçekleştirilecek bir iade bakımından, öncelikle aynen iade gündeme gelmekte ve bunun mümkün olmaması hâlinde ise sebepsiz zenginleşme borçlusu nakden iadeye yönelmektedir²⁷⁰. Böylece, borçlunun doğrudan nakden iade ile borçtan kurtulmasına engel olunmaktadır²⁷¹. Nakden iade bakımından ise edimin parayla ölçülebilen bir değerinin olması gerekmektedir²⁷². Klasik anlamda sebepsiz zenginleşmede edimlerin maddi varlıkları, bunların gerçek değeri veya piyasa değerinin hesaplanabilmesini sağlamaktadır. Böylece iade borcunun kapsamı nakdi olarak hesaplanabilmektedir.

Sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki edimlerin doğal niteliği, bunların aynen değil nakden iade edilmesini gerektirmektedir²⁷³. Sürekli borç doğuran sözleşmede asli edim devamlı biçimde ve sayılamayacak kadar çok şekilde durmaksızın tekrarlanmaktadır. Bu nedenle edimin değerine ilişkin bir hesaplamanın, asli edimin topyekûn biçimde değerlendirilmesi suretiyle olması gerekir. Örneğin üç aydan beri bir şirkette çalışan kimsenin, bu üç aylık emeğinin ne anlama geldiği araştırılmalıdır. Bu durumda ise karşımıza çıkan soru, bunların değerinin nasıl hesaplanacağıdır. Diğer bir soru ise bu hesaplamanın hangi zamana göre yapılacağıdır. Tüm bu hesaplamalardan sonra ise hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileri sürüldüğü ana kadar yerine getirilen işgörme edimi ve bunun karşılığını oluşturan ücret, karşılıklı biçimde iade edilmelidir. Düz bir bakış açısıyla, bu durumun incelenmesi bize, işçinin o ana kadar ifa ettiği tüm edimleri geri alması gerektiğini söyler. O hâlde sözleşme ile yüklendiği borcu, örneğin yerleri silerek; toz alarak yahut bunun gibi bir temizlik görevlisinden beklenecek hareketlerle ifa eden ya da bir şirketin muhasebe departmanında kendisine verilen işleri gören²⁷⁴ işçi bakımından, ilgili edimlerin aynen iade edilmesi açıktır ki imkân dahilinde

²⁷⁰ **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 686; **Stephan HARTMANN/Ann ARBOR**, “Bemerkungen zu Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 21.2.2003 i.S. Stadt Zürich c. ABZ Recycling AG, BGE 129 III 320”, AJP, Dike Verlag, 2003, s. 1477, 1478.

²⁷¹ **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 12-13.

²⁷² **Muhammed Alparslan BUDAK**, Sebepsiz Zenginleşmede İade Borcu, Seçkin Yayınları, 2021, s. 61.

²⁷³ **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 686, 687; **EREN**, Genel Hükümler, N. 2725; **SCHENKER**, s. 814, 815.

²⁷⁴ Her ne kadar TBK işçi bakımından *işgörme* ediminden bahsetmişse de hizmet sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden ayırmak için *hizmet* edimi kavramını tercih eden görüş için bkz. **Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, 2022, s. 962 (Cilt II).

değildir. Bu sebeple, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, edimlerin nakden iade edilmesi gerekir²⁷⁵ ki bu da bizi ilk soruya döndürmekte ve bu edimlerin değerinin nasıl hesaplanacağı problemini karşımıza çıkarmaktadır.

Süreklilik arz edimlerin değerinin hesaplanabilmesi için, bu edimlerin eski alacaklısının, yani sebepsiz zenginleşme borçlusunun malvarlığının hâli hazırdaki durumu ile bu zenginleşmeye²⁷⁶ sebep olan olay meydana gelmeseydi içinde bulunacağı durum karşılaştırılmalıdır²⁷⁷. Bu biçimde yapılan karşılaştırma esasen fark kuramının²⁷⁸ uygulandığı anlamına gelmektedir ve genel olarak kabul edilen²⁷⁹ yöntem de budur²⁸⁰.

Sürekli edimin ifa edilmesi hâlinde edim alacaklısının malvarlığı menfi şekilde zenginleşir²⁸¹. Yani örneğin zenginleşen işveren, işgörme borcunu ifa eden işçinin bu edimi ile başkasını çalıştırmaktan ve bu nedenle de başka bir işçiye yapacağı ücret ödeme masrafından kurtulmuştur. Bu nedenle, yapacağı bir giderden kurtulduğu için malvarlığının azalması ihtimalinden de kurtulmuş ve zenginleşmiştir²⁸². Bu zenginleşmeyi ölçmek içinse çeşitli

²⁷⁵ Bu hususa dönme hakkının kullanılması bakımından yaklaşan görüş, aynen iadenin sağlanamamasının sürekli sözleşmelerde dönmeyi engellemeyeceğini zira aynen iade mümkün değilse nakden iadenin pekâlâ mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **BUZ**, Dönme, s. 321. Bu yönde bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1478; **SCHENKER**, Rn. 815.

²⁷⁶ Sebepsiz zenginleşmenin varlığı için fakirleşme şartının aranıp aranmaması gerektiği hususu öğretide tartışmalıdır. ‘Fakirleşme’ yahut diğer bir ifadeyle ‘malvarlığı azalması’, bir başkasının malvarlığındaki zenginleşmenin karşılığıdır. Bir görüşe göre, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade borcunun oluşması için bu zenginleşmenin, bir başkasının malvarlığında fakirleşmeye sebep olması şarttır. **Oğuzman/Öz (OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt II, N. 922 vd.) ve **Öz (ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 36 vd.) bu şartın aranması gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer görüş ise fakirleşme şartı aramanın, sebepsiz zenginleşme ile haksız fiili karıştırmak anlamına geldiğini ifade etmektedir. Buna göre sebepsiz zenginleşme, başkası aleyhine zenginleşmedir. Bu görüş için bkz. **ANTALYA**, BG 1,2, N. 2978; **EREN**, Genel Hükümler, N. 2680 vd.

²⁷⁷ **ANTALYA**, BG 1,2, N. 3144; **EREN**, Genel Hükümler, N. 2660.

²⁷⁸ Sebepsiz zenginleşmedeki bu hesaplama biçiminin tazminat hukukundaki fark teorisinden esinlendiğine dair bkz. **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 28, dn. 20’de yer alan görüşler.

²⁷⁹ **BUDAK**, s. 61; **EREN**, Genel Hükümler, N. 2660; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt II, N. 923. Fark teorisinin sınırlandırılmasına ilişkin bkz. **ANTALYA**, BG 1,2, N. 3148 vd.

²⁸⁰ **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 27 vd. Özellikle nakden iade bakımından fark kuramının önem arz ettiği, zira, somut zarar teorisi aynen iadeye yönelirken, fark teorisinin nakden iadeye yöneldiği hususunda bkz. **Mehmet Serkan ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, 2008, s. 21 (Olumsuz Zarar); **Murat TOPUZ**, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2023, s. 278 (Maddi Zarar).

²⁸¹ **EREN**, Genel Hükümler, N. 2672. Menfi zenginleşmeye, aynen iadeye elverişli olmayan edimlerde rastlandığı yönünde bkz. **Kenan TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler, Altıncı Bası, Sermet Matbaası, 1976, s. 613 (Borçlar).

²⁸² **TUNÇOMAĞ**, Borçlar, s. 613.

kriterler belirlenmiştir. Öncelikle, zenginleştirmeyi oluşturan ilk değerın tespit edilmesi gerekir²⁸³. Bu tespite ise objektif bir değerdendirmeyle ulaşılmakta, edimin alacaklı yahut borçlu için taşıdığı subjektif değeri hesaba katılmamaktadır²⁸⁴. Yani örneğın kira sözleşmesi bakımından kullandırma ediminin, hizmet sözleşmesi bakımından işğörme ediminin değeriın objektif olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu hâlde hizmet sözleşmesi açısından akla emsal ücret araştırması gelebilir²⁸⁵. Emsal ücret araştırmasında, işçi, emsal özellikleri olan bir işçi ile kıyaslanmakta ve alması gereken ortalama ücret tespit edilmektedir²⁸⁶. Bu araştırma, genelde işçinin yaşı; kıdemi, pozisyonu gibi birtakım kriterlerin belirlenmesi ve işçinin çalıştığı işkolundaki ilgili sendikaya sorulması yöntemiyle yapılmaktadır. Araştırma sonucunda ortaya çıkan değeri ise ortalama bir değeri dir. Bir emtia için piyasa değeri nin belirlenmesi kolay bir işlem olsa da bu gibi sözleşmelerdeki edimlerin değeri nin belirlenmesi ziyadesiyle zordur. Zira emsal ücret araştırması örneğinde de olduğu gibi ancak çeşitli kriterler kapsamında bir ücret aralığı tespit edilmektedir. Açıktr ki bir kimsenin alması gereken ücret subjektif kriterlere tabidir ve bunun tam karşılığının bulunması ise mümkün değildir. Aynı durum bir vekâlet sözleşmesindeki vekilin edimleri için de geçerlidir. Örneğın, bir şirkete danışmanlık verilmesi şeklinde cereyan eden bir vekâlet ilişkisindeki işğörme ediminin aynen iadesi pek tabii mümkün olmayacağından, bunun değeri nin hesaplanması gerekir. Bu hâlde piyasa koşullarına göre ortalama bir değeri hesaplanacaktır. Zira vekilin, sözleşme içeriğinin ve yapılan işin özelliklerinin birebir yansıtıldığı bir emsal bulmak imkân dışıdır.

²⁸³ EREN, Genel Hükümler, N. 2734.

²⁸⁴ ANTALYA, BG 1,2, N. 3129; EREN, Genel Hükümler, N. 2735. Bu husus bakımından ileri sürülen tartışmalar için bkz. ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 151 vd. Özel koşulların bulunmaması hâlinde sözleşmede kararlaştırılan bedelin piyasa değeri üzerinden olacağına ve sürekli sözleşmenin *ex tunc* etkili şekilde sona ermesi durumunda bu bedelin genelde piyasa bedeli olacağına dair bkz. HARTMANN/ARBOR, s. 1478.

²⁸⁵ Öğretide Boğa, yabancılara yasaklı işlerde çalışan yabancı bir işçinin alacağının sözleşmedeki ücretine göre değil, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre hesaplanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre aynen iadesi mümkün olmayan edimler nakden iade edilmeli ve ilgili hesaplama da aynı sektörde çalışan ortalama bir işçinin aldığı ortalama ücrete göre yapılmalıdır. Bkz. Serap BOĞA, “Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, Legal İSGHD, C. 7, S. 27, 2010, s. 1045, 1046.

²⁸⁶ İşçinin gördüğü iş bakımından, ortalama değeri üzerinden bir hesaplama yapılabileceği ve eğer ücret anlaşması irade sakatlıklarından etkilenmediyse, iade edilecek değeri nin anlaşılan ücret olabileceği yönünde bkz. Stephan HARTMANN, “Rückabwicklung und «faktisches Vertragsverhältnis» bei ungültigen Arbeitsverträgen, Bemerkungen zu BGE 132 III 242 ff.”, ZBJV, Band 143, 2007, s. 285 vd.

b. Sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanabilir olmamasının gerekçeleri

Çalışmamızın bir önceki başlığında, sebepsiz zenginleşmenin uygulanması ihtimalinde izlenecek yol açıklanmıştır. Bu yolun izlenmesi hâlinde karşılaşılabilecek engellerin neler olacağı ise edimlerin niteliği ve tasfiye problemi başlıkları altında değerlendirilmiştir.

(i) Edimlerin niteliği

Sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki edimler genel olarak maddi bir varlıktan yoksundur. Bu sebeptendir ki edimler, nitelikleri gereği, fizik kuralları açısından geri verilebilir değildir. Bunların etkisi dış dünyada görülebilir olsa da fiziki varlıkları açıkça sezilemez. Karşı edim yahut yan edimler iade edilebilir olsa da²⁸⁷ sürekli edim açısından en başa dönmek, olmuş olanı adeta inkar etmek anlamına gelir ki bu da mümkün değildir.

Edimlerin maddi varlığına ilişkin bu değerlendirmeye özellikle işgörme ve kullandırma edimleri emsal verilebilir²⁸⁸. Yapmama borçları da sürekli edimlere örnektir²⁸⁹. Rekabet etmeme borcu böyledir²⁹⁰. Hizmet sözleşmesi sona eren işçinin işverenle yaptığı rekabet etmeme sözleşmesi, her ne kadar belli bir zamanla sınırlandırılrsa da süreklilik arz etmektedir²⁹¹. Yine hizmet sözleşmesinden doğan sadakat ve gözetim borcunun da iadesinin sebepsiz zenginleşme ile bile sağlanamayacağı açıktır²⁹². Aynen iadesi mümkün olmayan²⁹³ bu edimlerin karşı edimlerinin para borcu olması ve bunun iade edilebilir olması da ortaya çıkan durumu değiştirmemektedir. Örneğin, bir süre boyunca bir şirketin insan kaynakları

²⁸⁷ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 48.

²⁸⁸ BUZ, Dönme, s. 216. Benzer yönde bkz. İbrahim AYDINLI, “İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)ın Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, AHBVÜHFD, S. 1-2, 1998, s. 313 (İnceleme).

²⁸⁹ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 66.

²⁹⁰ BUZ, Dönme, s. 216. Rekabet yasağı sözleşmelerine dair ayrıntılı bilgiler için bkz. Üçüncü bölüm, I, C, 1, a, (iii).

²⁹¹ Muhammed SULU, “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 1, 2016, s. 588.

²⁹² ANTALYA, Hizmet Akdi I, s. 136; AKYİĞİT, s. 38. Benzer yönde bkz. Öz SEÇER, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 28/2010, s. 1441 (Çocuk ve Genç).

²⁹³ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 48. Bu hususa özellikle dönme açısından yaklaşan *Gauch*, yapma veya yapmama gibi edimlerin aynen iadesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 209.

departmanında raporlama işini yerine getiren işçinin, o ana kadar yapageldiği işinin yahut rekabet etmeyen bir işçinin yapmaktan kaçındığı davranışının, yani bir tür hareketsizlik hâlinin, fiziken tespit edilmesi mümkün değildir. Üstelik, örneğin raporlama işi yapan işçinin, hizmet sözleşmesinin ifasının sonucunda bir maddi varlığın ortaya çıkmış olması dahi bunu değiştirmemektedir. Zira sözleşmedeki edimlerin iade edilmek istenmesiyle amaçlanan hukuki yarar, açıktır ki bu türden bir anlama gelmemektedir. Benzer bir sonuç kira sözleşmesinde de karşımıza çıkmaktadır. Ortaya çıkan kullandırma ediminin aynen iadesi, kullanma olgusunun fiziki olarak mümkün olmaması nedeniyle imkân dahilinde değildir²⁹⁴.

Edimlerin maddi dünyadaki karşılıkları bakımından yapılan değerlendirmeler ve bunların aynen iade edilemeyeceği fikri öğretide eleştirilmiştir²⁹⁵. Zira bu hâlde nakden iade yöntemi gündeme gelebilir. Bu durumda, yukarıda sebepsiz zenginleşmenin uygulanması hâlinde izlenecek yol izah edilirken ifade ettiğimiz gibi, aynen geri verilemeyen edimlerin iadesi kural olarak bunların para ile ölçülen değerleri üzerinden sağlanacaktır²⁹⁶. Ne var ki nakden iade bakımından mühim olan objektif bir hesaplama yapılarak piyasa sürüm değerinin tespit edilmesidir²⁹⁷. Yoksa sözleşme taraflarının subjektif olarak sözleşmeye atfettiği kıymet yahut bir tarafın şahsi özellikleri nedeniyle piyasa değerinin üzerinde elde ettiği değer, bu hesaplama için önemsizdir²⁹⁸. İşte tam da bu noktada, sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki edimlerin özellikleri ve nakden iade düzenine uygunsuzlukları ortaya çıkmaktadır. Zira objektif sürüm değerinin hesaplanması, daha çok piyasa değeri olan mal varlıkları için uygun bir çözümdür. Subjektif kriterlerin bir kenara bırakılmasını gerektiren nakden iade yöntemi, subjektif

²⁹⁴ Kaldı ki geçersiz ilişkinin *ex tunc* etkili olarak ortadan kalktığını söylemek kiraya verenin hapis hakkı için sorun yaratıcı nitelikte olduğu gibi, özellikle ürün kirasında henüz ürünler alınmadan sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olduğunun kabul edilmesi, kullanmanın değerinin belirlenmesi ve nelerin, ne şekilde iade edileceği gibi çözümü zor problemlerin belirmesine neden olur. Bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 53.

²⁹⁵ **BUZ**, Dönme, s. 321; **HARTMANN/ARBOR**, s. 1478; **HARTMANN**, s. 285; **Alfred KOLLER**, OR AT Band II Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Stämpfli Verlag, 2023, Rn. 6.32 vd. (Band II). Sebepsiz zenginleşme aracılığı ile iadenin teorik olarak mümkün ve fakat pratik olarak uygunsuz olduğu yönünde bkz. **Martin MATIES**, beck-online. GROSSKOMMENTAR BGB, Buch 2, GesamtHrsg: Beate GSELL/Wolfgang KRÜGER/Stephan LORENZ/Christoph REYMANN, Verlag C. H. Beck, 2024, BGB § 611a, Rn. 696 (**BeckOGK/MATIES**) (Beck Online).

²⁹⁶ **BUZ**, Dönme, s. 216; **HARTMANN/ARBOR**, s. 1478; **KOLLER**, Band II, 11.46; **Murat TÜMERDEM**, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK m. 126), Seçkin Yayınları, 2018, s. 278.

²⁹⁷ Bu halde sözleşme bedelinin edimin piyasa değeri olacağına dair bir karine bulunduğu yönünde bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1478.

²⁹⁸ **ANTALYA**, BG 1,2, N. 3129; **EREN**, Genel Hükümler, N. 2735.

özelliklerin edimlerin varlık nedenini teşkil ettiği bir sözleşme düzeninde anlamlı değildir²⁹⁹. Sözleşmenin bir tarafının kişisel özelliklerinin dahil edildiği bu gibi sözleşmeler bakımından, genel geçer bir değer hesaplaması yapılması son derece güçtür ve adil sonuçlar doğurmaz. Bu husus, çeşitli sürekli sözleşme edimleriyle örneklendirilebilir. Evvelâ kişilik unsurunun diğer sürekli sözleşmelere kıyasla nispeten daha az etki ettiği kira sözleşmesini gündeme getirilebiliriz. Bu durumda nakden iade bakımından piyasa rayici tartışılabilirse de her nasılsa, sebepsiz zenginleşme tutarı sözleşmede kararlaştırılmış bedelden farklı çıkabilir. Bu halde esas değer nasıl saptanacağı yine problem teşkil etmektedir. Zira objektif olarak bir başka kiracıya kiralanması gibi bir parametreyi esas almak, hem kiracının kira sözleşmesindeki ihtiyacının kira bedeline etkisini hem de ilgili dönemde bir kiracı bulunup bulunamayacağı ihtimalini göz ardı etmek anlamına gelmektedir³⁰⁰.

Kişisel özelliklerin ve kabiliyetlerin³⁰¹ sözleşmeye etkisinin çok daha yoğun olduğu hizmet sözleşmesi bakımından ise yukarıda ifade ettiğimiz emsal ücret araştırması örneği gündeme gelebilir. Zira emsal ücret araştırmasıyla, bir işçinin aylık ortalama ücreti hesap edilmektedir. Lakin bu hesaba, işçinin o işe girmesi için taşıdığı subjektif özellikler, işverenin o işçiden beklentisi sebebiyle ücretine yansıttığı ilâve değer dahil değildir. Taraflar arasındaki güven ilişkisinin yarattığı atmosfer de hesaba dahil edilemez. Zira bu tür sözleşmeler kişilik unsurunun son derece önem arz ettiği³⁰² ve taraflar arasındaki güven ilişkisinin son derece önemli olduğu türden hukuki ilişkilerdir. Sözleşmedeki edimin ederi, sözleşmeyi oluşturan her bir unsurdan çok fazla etkilenmekte ve benzer edimlerle karşılaştırılması ve bir değer biçilmesi bu nedenle son derece zorlaşmaktadır.

²⁹⁹ Bu noktada *Hartmann/Arbor*, özellikle irade sakatlığı hâlleri bakımından, irade sakatlığının bizzat sözleşme bedelini etkilediği durumlarda tarafların, irade sakatlığını bilselerdi hangi bedel üzerinden anlaşılabileceğinin araştırılması gerektiğini ileri sürmektedir (Bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1477, 1478). Bu yaklaşım, irade sakatlığının sözleşme bedelini doğrudan etkilemesi hâli bakımından tartışılabilir olsa da bu durum olmaksızın sözleşmenin geçmişe etkili şekilde sona erdirilmesi ihtimalinde, bedelin hesaplanması bakımından bir çözüm getirmemektedir.

³⁰⁰ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 53. Bu yönde bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 168.

³⁰¹ Hizmet ediminin şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu yönünde bkz. **O. Gökhan ANTALYA**, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (III)”, *Yargıtay Dergisi*, C. 13, S. 4, Ekim 1987, s. 473 (Hizmet Akdi III). Tüm işgörme sözleşmeleri açısından kişisel yeteneklerin son derece mühim bir özellik teşkil ettiği yönünde bkz. **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, Turhan Kitabevi, 2024, s. 391 (Özel).

³⁰² **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 51.

Emsal ücret araştırmasının yararsız kalması, bizi işverenin ne ölçüde zenginleştiğinin tespiti için başka bir işçinin işe alınmış olması ihtimaline götürmektedir. Bu hâlde, üçüncü kişiye ödenecek ücretin zenginleşme tutarı olduğu savunulabilir³⁰³. Fakat bu değerlendirme her bakımından yine de adaleti sağlamaktan uzaktır. Bahse konu iş için yalnızca bu işçinin özelliklerinin önem arz etme ihtimali yüksektir³⁰⁴. Zira hizmet sözleşmesi bakımından çoğu durumda işçinin kişilik özellikleri, işi yapış şekli, iş ve işçi arasındaki uyum büyük bir öneme sahiptir ve işçiye ödenecek ücret bu parametrelere bağlı olarak belirlenmektedir³⁰⁵. Hatta işçinin işe alınma nedeni, yalnızca bu kimseye özgü hususlardan kaynaklanabilir. Bu çeşit bir kalifiye kişi bulunamadığı için işverenin başka biriyle sözleşme kuramadığı bir ihtimalde, sebepsiz zenginleşme tutarının neye göre hesaplanacağı sorunu gündeme gelmektedir³⁰⁶. Lâkin tüm bunların dışında, tamamen objektif bir değerlendirmeye, bahse konu iş için işçinin alacağı ücret belirlenmiştir dense bile, hükümsüz hizmet sözleşmesi akdeden ve ifaya başlayan taraflar, bahse konu ücreti, bilerek daha yüksek kararlaştırmış olabilir³⁰⁷. Benzer şekilde, hizmet sözleşmesinin ifa edilmeye başlanmasından bir süre sonra işçi hastalanmış ve bu nedenle sözleşmeyi ifa ederken performansı düşmüş olabilir³⁰⁸. Yahut benzer şekilde hasta işçi, bir süre boyunca fiilen işgörmeden ücret almış olabilir³⁰⁹. Bahse konu tüm durumlarda zenginleşme tutarının hesabı büyük bir karmaşa yaratmakta ve şahsi özelliklerin büyük rol oynadığı sözleşmeler bakımından imkânsız hâle gelmektedir³¹⁰.

Benzer sonuçlar vekâlet sözleşmesi için de zuhur etmektedir. Satın alma kararları ve kuracağı işler için sürekli biçimde danışmanlık alan bir müvekkilin, vekilden aldığı bilgilerin değerinin, bunların iadesi gündeme geldiğinde hangi koşullar bakımından değerlendirileceği problem teşkil etmektedir. Müvekkilin, danışmandan aldığı bilgiler ile yatırım yapması ve gelir elde

³⁰³ **BROX**, s. 234.

³⁰⁴ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 51.

³⁰⁵ Hizmet sözleşmesinin, işçinin kişiliğine bağlı bir ilişki kurduğu yönünde bkz. **Ömer EKMEKÇİ/Esra YİĞİT**, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş Altıncı Baskı, On İki Levha Yayınları, s. 55. Hizmet sözleşmesinin '*intuitus personae*' niteliği bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Ali GÜZEL**, "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1996, s. 179 vd.

³⁰⁶ **BROX**, s. 234.

³⁰⁷ **SEROZAN**, Dönme, s. 167-168.

³⁰⁸ **BROX**, s. 234.

³⁰⁹ **BROX/WALKER**, § 18, Rn. 50.

³¹⁰ **BROX**, s. 234.

etmesi hâlinde bu gelirin vekile iadesi içinden çıkılmaz sorunlar yumağını getirir. Zira vekilin sonuç taahhüdü olmadan danışmanlık yapması asıldır³¹¹. Yani müvekkil yatırım yaparak riski almıştır ki bu risk sonucunda sermayesini tamamen kaybetmesi de gündeme gelebilir. Kaldı ki müvekkilin elde ettiği gelir, vekilin tavsiyeleriyle önem kazansa da yatırım açısından zaman; piyasa, sermaye değeri gibi birbirini etkileyen çok fazla unsur bir araya gelmektedir. Hâl böyleyken, vekilin hak kazandığı bedelin sözleşmede kararlaştırılan bedelden az ya da çok olduğuna karar verilebilmesi çok olası değildir. Bu noktada, böyle bir vekâlet sözleşmesindeki vekilin hak kazanacağı ortalama bir bedelin esas alınması gerektiği fikri akla gelebilir. Kanaatimizce bu doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü vekil olarak bir kimsenin tayini, onu ortalama kimselerden ayırt eden özelliğidir. Tüm bunların yanında, vekâlet sözleşmesinden doğan ve iadesi gereken başkaca edimler de mevcuttur. Bilindiği gibi, vekilin sadakat borcu ile sır saklama yükümlülüğü³¹² de süreklilik arz etmektedir³¹³ ve fakat bunların iadesi mümkün olmadığı gibi bunlara bedel biçilmesi de imkân dahilinde değildir. Sayılan sebeplerle, hükümsüz bir vekalet sözleşmesinde zenginleşme tutarının hesaplanmasının ne denli karmaşaya sebep olabileceği açıktır. Anılan nedenlerle denebilir ki fiziki olarak imkân dışı bulunan bir iadenin teorik olarak mümkün görünmesi mümkündür. Fakat bu durum bahse konu olaylar nezdinde problemler düğümü yaratmakta ve sürekli sözleşmeler bakımından tarihin çarkını tersine çevirme çabası, adaletsiz sonuçlara yol açtığı gibi tarafları içinden çıkılmaz bir hesaplama işinin içine düşürmekte ve ekonomik hayatın³¹⁴ dinamiklerine uymamaktadır³¹⁵.

³¹¹ **Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 811; **Gaudenz G. ZINDEL/Bertrand G. SCHOTT**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, vor Art. 363-379, Rn. 8 (**BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT**); **PEYER**, s. 91; **Halûk TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 39 (Cilt II); **WEBER**, s. 33; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1271, 1272.

³¹² Ayrıntılar için bkz. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 407 vd.

³¹³ Vekilin özen ve sadakat yükümlülüklerinin hukuki niteliği ve buna bağlı olarak asli bir edim teşkil edip etmedikleri öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Veysel BAŞPINAR**, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden geçirilmiş, genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2004, s. 147 vd. (Özen Borcu); **GÜMÜŞ**, Özen, s. 130 vd.

³¹⁴ Tarafların sürekli borç doğuran sözleşmesin varlığına güvenerek ifa ettikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme yoluyla iadesinin ekonomik olarak mantıklı olmadığı yönünde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, Rn. 3.28. Aksi yönde bkz. **KOLLER**, Rn. 13.198.

³¹⁵ **SEROZAN**, Dönme, s. 168. İfa edilmiş edimlerin iadesini öngören düzenin pratik olmadığı ve adalete ters düştüğü yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 1441. Aksi görüşte bkz. **BUZ**, Dönme, s. 321.

(ii) Tasfiye sorunu

Edimlerin iadesinin fiziken ve kural olarak mümkün olamaması yahut çok zor olması, sürekli sözleşmenin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili şekilde sonuç doğurması hâlinde ortaya çıkacak iade düzenindeki tasfiye açısından da sorunlar yaratmaktadır³¹⁶. Zira nakden iade için borçlunun malvarlığındaki zenginleşmenin hesaplanabilmesi gerekir³¹⁷. Daha önce de açıkladığımız gibi, piyasa değeri olan maddi edimler açısından bunun hesaplanması sorun teşkil etmeyecekse de sürekli sözleşmeler gibi maddi varlığı olmayan edimlerden müteşekkil sözleşmeler için bu hesap ve tasfiye son derece zordur ve hatta anlamsızdır³¹⁸. İşlemin zorluğunun en önemli sebebi, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere edimlerin niteliği gereği bunların değerinin sonradan hesaplanmasının güçlüğüdür. Fakat her nasılsa bu hesaplamanın bir şekilde yapıldığı düşünüldüğünde dahi bunların iadesi düzeni bir dizi probleme sahne olmaktadır.

Bu problemlerden ilki zenginleşme anının tespitidir. Nakden iade edilecek meblağın değeri, kural olarak iadenin talep edildiği andaki malvarlığının değerine göre hesaplanır³¹⁹. Diğer bir anlatımla, zenginleşmenin gerçekleştiği andaki değer değil; zenginleşmenin talep edildiği andaki değer önemlidir ve iade edilecek olan da budur. Fakat karşılıklı olarak sebepsiz zenginleşme alacaklarının iadesinin gündeme gelmesi ihtimalinde bu kabulün farklılaşması gerektiği ifade edilmektedir³²⁰. Buna göre, sonradan ortaya çıkacak değer artışlarının adaletsiz sonuçlara yol açmaması ve hesap kolaylığı için bu iktisapların karşılıklı olarak gerçekleştiği andaki değerleri dikkate alınmalıdır³²¹. Sürekli sözleşmeler bakımından süreklilik arz eden ve daima yerine getirilen edimlerin tek tek ayırt edilme, tespitinin yapılarak envanterinin çıkarılma ihtimali olmadığına göre yapılacak iş bunların toplu biçimde ortaya çıkardığı sonucun değerlendirilmesidir. Bu da süreklilik kıstasının sekteye uğramasına neden olur. Örneğin hizmet sözleşmesindeki işçinin ediminin iadesi bakımından aylık periyotların belirlenmesi

³¹⁶ Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade düzenini öngören yöntemleri yapay olarak niteleyen görüş için bkz. **BROX**, 234.

³¹⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt II, N. 922 vd.; **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 36 vd.

³¹⁸ Benzer yönde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.28.

³¹⁹ **ANTALYA**, BG 1,2, N. 3126; **EREN**, Genel Hükümler, N. 2733.

³²⁰ **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 173 vd.

³²¹ **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 174.

gerekir zira işverenin karşı edimi kural olarak bu şekilde ifa edilmektedir. Fakat bu durum, sözleşmenin sürekli niteliğinden sapılmasına ve aylık periyotlara bölünmesine neden olur.

Bu noktada problemlerden bir diğeri ortaya çıkmakta ve iadenin, karşılıklı borçlar için bağımsız şekilde mi talep edileceği, yoksa borçların bir bütün olarak değerlendirilip bakiye miktar üzerinden mi hesap yapılacağı sorusunu gündeme getirmektedir³²². Bağımsız bir biçimde talep edilmesi hâlinde, örneğin işgörme ve ücret ödeme edimlerinin ayrı birer zenginleşme meydana getirdiği kabul edilir. Fakat buradaki handikap, işverenin belki de hiç zenginleşmemesi ihtimalidir³²³. İşyerinin yanması³²⁴, depremde yıkılması, işçiye hiçbir kusur isnat edilemese dahi işin beklenenden kötü olması nedeniyle işveren için hiçbir değer ifade etmemesi³²⁵ gibi ihtimallerde, işverenin aslında zenginleşmediği yorumunu yapmak ve buna bağlı sonuçları tatbik etmemek açıktır ki adaletsizdir. Fakat geriye dönük tasfiyenin kabul edilmesi hâlinde işçinin tek talebi, işverenin zenginleşmesi bakımından mümkün olur ki işverenin – her nasılsa – zenginleşmemesi hâlinde bu talebin yerine getirilmesi artık mümkün değildir³²⁶. Üstelik her ne kadar iyiniyetli zenginleşenin elinde kalanı iade etmesi sebepsiz zenginleşme kurallarının ilkelerinden biri olsa da bu husus, yıllarca sürmüş bir sürekli sözleşmedeki adalet duygusunu son derece rahatsız etmektedir. Sözleşmeye güvenerek hayatını idame ettiren bir kimse için bunun geçersizliğinin yarattığı sonuç ağırdır. Bir şeyin teorik olarak hukuken mümkün olması, yarattığı sonuçların adalet duygusunu zedelemesi hâlinin görmezden gelinmesini sağlamamaktadır. Ani edimli bir sözleşme bakımından iyiniyetli zenginleşenin elinde kalanı

³²² Bu hususta ileri sürülen iki teori bulunmaktadır. Bunlardan ilki *ikili sebepsiz zenginleşme* yahut diğer bir isimlendirmeyeyle *çift talep* teorisidir. Bu teoriye göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde birbirinden bağımsız iki ayrı sebepsiz zenginleşme alacağı mevcuttur ve bu nedenle her bir taraf ayrı bir sebepsiz zenginleşme isteminde bulunmalıdır. Bu halde iyiniyetli sebepsiz zenginleşen örneğin elinde hiçbir şey kalmasa ve iade borcundan kurtulmuş olsa bile karşı tarafın iade borcu devam edecektir. Diğer teori ise *hesap bakiyesi* yahut diğer bir adla *hesap artığı* teorisidir. Bu kuram ise birbirinin karşılığı olan edimleri bağımsız değil bir bütün olarak görmektedir. Buna göre ortada tek bir zenginleşme vardır zira karşılıklı edimler birbiriyle mahsup edilir. Hesap sonunda kalan kısım ise farkı yani zenginleşmeyi göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 2763; **BUDAK**, s. 25 vd.; **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 167 vd.

³²³ **BROX**, s. 234; **SEROZAN**, Dönme, s. 167-168. İşverenin zenginleşmesinin, her zaman işçiye ödenecek ücret tutarında ortaya çıkmayacağı ve sebepsiz zenginleşme bakımından fakirleşme şartının aranması hâlinde, hizmet dolayısıyla işçinin elde edeceği bir kazançtan mahrum kaldığının ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz. **REİSOĞLU**, Hizmet, s. 136.

³²⁴ **BROX**, s. 234; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 52.

³²⁵ **REİSOĞLU**, Hizmet, s. 136.

³²⁶ **BROX**, s. 234.

iade etmesiyle sürekli sözleşmedeki iyiniyetli zenginleşenin elinde kalanı iade etmesi aynı anlama gelmemektedir.

İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin kalanı³²⁷ iadeyle sorumlu olması ve elinden çıkanı vermekten kurtulmasının sürekli sözleşmelerin yapısına ters olmasının bir diğer nedeni, bu sözleşmelere hakim olan *quieta non movere* ilkesidir. Daha önce de izah ettiğimiz üzere bu ilke, sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki istikrara vurgu yapmakta ve var olanın korunması temelinden hareket etmektedir. Taraflar bu girift ilişkiyi kurarken ve hatta ifa ederken, tam da bu istikrara olan güvenle hareket etmektedir. İki tarafın da edimlerini ifa ettiği ve fakat sözleşmenin hükümsüzlüğünün *ex tunc* etki ettiği bir düzlemde, bir tarafın iyiniyetli olması sebebiyle karşı tarafın edimini her nasılsa iade edememesi, sözleşmenin yapı taşlarından olan bu ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Zira taraflar karşılıklı olarak bu zeminde edimlerini yerine getirerek var olanı koruma gayesi gütmüşlerdir. O hâlde geri vermenin gündeme gelmesi ihtimalinde, bu istikrarın sağlanması beklenir. Fakat iyiniyetli zenginleşene tanınan iadede sakınma imkânı, bu ilkenin tatbik edilmesini engellemektedir.

Öğretide birçok yazar, sürekli borç doğuran sözleşmelerin geçersizliğinin geçmişe etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmasının ve buna bağlı olarak sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanmasının yerinde olmadığını ifade etmiştir³²⁸. Aksi görüş³²⁹ ise daha önce

³²⁷ TBK m. 79/I uyarınca, “*Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür*”. İyiniyetli zenginleşen, elinden çıkan zenginleşme yerine ikame bir değer girmediyse kalanı vermekle borcundan kurtulmaktadır. Bu hâlde geri verme borcu ortadan kalkmaktadır. Zenginleşme yerine ikame bir değer girmeden tüketilmiş, yok olmuş, harcanmış olabilir. Karşılıksız biçimde üçüncü bir kişiye devir de yine bu hallerden sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 2743.

³²⁸ Örnek olarak bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 164; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1038; **BROX**, s. 231; **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 210 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 1545, 1546; **HAUPT**, s. 17; **FLUME**, s. 101; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.28; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 569; **ÖZ**, Dönme, s. 26; **ÖZEN**, Kredi, s. 243; **Sezer ÖZYÖRÜK**, İnşaat Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, s. 50 vd.; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 45 vd.; **SEROZAN**, Dönme, s. 174; **SEROZAN**, İfa, § 25, N. 15; **Philipp S. FISCHINGER/Silas HENGSTBERGER**, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1. Allgemeiner Teil BGB §§ 134-138 ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), 2021, BGB §134, N. 126 (**StaudingerKomm-FISCHINGER/HENGSTBERGER**); **Nihat YAVUZ**, “Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirisel Bir Yaklaşım”, Yargıtay Dergisi, C. 10, S. 4, 1984, s. 460. Benzer yönde bkz. **NOMER**, Borçlar, N. 39.5; **M. Kemal OĞUZMAN**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 46.

³²⁹ **KOLLER**, Rn. 13.198; **KOLLER**, Band II, 11.46. Sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki geçmişe etkiyi sözleşmeden dönme bağlamında değerlendiren ve alacaklının menfaatinin bunu gerektirmesi durumunda geçmişe

de ifade ettiğimiz üzere nakden iadeyi gündeme getirmektedir. Bu fikre göre, sürekli sözleşmelerdeki nakden iade bakımından yapılması gereken hesap, ani edimli sözleşmelerdeki maddi varlığı olmayan edimlerin değerinin hesaplanmasından daha büyük bir güçlük teşkil etmemektedir³³⁰. Ani edimli bir sözleşmede yer alan edimin, bağımsız maddi varlığının olmaması hâlinde yapılacak hesaplamanın formülü ise, yerine getirilen edimin; sözleşmenin amacı doğrultusunda karşı tarafa bir ekonomik değer kazandırıp kazandırmadığının tespit edilmesidir³³¹. Bunun tespiti içinse taraflardan birinin yerine getirdiği edimin üçüncü bir kişi tarafından tamamlanabilmesi gerekir. Örneğin, bir doktora yüz gerdirmeye operasyonu için başvuran hastanın, ilk ameliyatı sonrasında doktorunun hastalanması ve diğer operasyonun belirlenen tarihe yetişmemesi hâlinde hasta, sözleşmeden dönebilir. Bu halde hastanın kalan işlemini başka bir doktor tamamlayacaktır³³². Böylece iş sahibinin kazandığı ekonomik değer tespit edilmiş olur. Anılan örnekteki sözleşmenin ani veya sürekli borç doğurur niteliğini bir kenara bırakırsak, kanaatimize bu görüş yukarıda anlatılan gerekçelerle yerinde değildir. Zira bu örnek, kalan işlemin başka biri tarafından tamamlanabilmesi ihtimalini gözeterek kurgulanmıştır. Oysa aksi durum, aynı örnekteki ilk doktorun tamamen mesleki becerisini kullanarak gerçekleştirdiği bir ameliyat sonrası kalan işlemin bir başka doktor tarafından tamamlanamaması hâli dahil, birçok örnekte gündeme gelebilir. Kaldı ki sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından yapılacak çoğu hesaplama yukarıda ifade ettiğimiz sebeplerle mümkün olmamaktadır. İlgili görüş, her ne kadar sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından geçmişe etkili sonuçlar doğuran bir sona ermenin teorik olarak mümkün olduğunu söylese de son kertede ileriye etkili sona ermenin menfaatler dengesi için daha uygun olduğunu ifade etmektedir³³³.

Kanaatimizce sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki edimlerin iadesi ve tasfiyesi, yukarıda ifade ettiğimiz üzere mümkün değildir. Bunun yanında ve önemli olarak, bu yöndeki bir çaba

etkili bir sona ermenin mümkün olması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. **BUZ**, Dönme, s. 321. Sonuçları bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1477, 1478.

³³⁰ **BUZ**, Dönme, s. 321.

³³¹ **BUZ**, Dönme, s. 218. Eser sözleşmesi bakımından, yarım kalmış bir inşaatın iş sahibi bakımından bir değer, bir kazandırma anlamına geldiği yönünde bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 221.

³³² Örnek için bkz. **DERENDINGER**, N. 428, dn. 141.

³³³ **BUZ**, Dönme, s. 321.

anlamsızdır³³⁴. Örneğin kira sözleşmesindeki kullanım bedelinin ödenen kira bedeline denk olduğu bir varsayımda, kullanımın nakdi karşılığının kiracı tarafından ve ödenen kira bedelinin de kiraya veren tarafından iade edilmesi gerekmektedir. Fakat kira bedeli zaten tam olarak bu nedenle ödenmektedir. O hâlde tarafların esasen verecek bir şeyleri yoktur³³⁵. Yahut yine bir hizmet sözleşmesi bakımından, dümdüz ve hiçbir özellik arz etmeyen bir hesaplamada, işçinin yaptığı işe karşılık gelen tutar işverenin kendisine ödediği ücret denebiliyorsa, bu hâlde zaten iade edilecek bir husus da yoktur³³⁶. Sebepsiz zenginleşme uyarınca işçiye iade edilecek olan edim, işveren tarafından bu ihtimalde sağlanmıştır. Her şey bir kenara bırakıldığında dahi bu biçimdeki bir tasfiye düzenini devreye sokmak, mânâsız bir çaba teşkil etmektedir.

IV. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN OLUMSUZ ETKİLERİNİ ORTADAN KALDIRMAK ADINA GELİŞTİRİLMİŞ ÇÖZÜMLER

Sürekli borç *doğurmayan* sözleşmelerdeki hükümsüzlüğe dair bazı sonuçların, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğüne uygun olmadığı fikri, öğreti ve uygulamada birtakım çözümlerin geliştirilmesine neden olmuştur. Böylece hükümsüzlüğün klasik anlamdaki neticelerinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

A. Fiili Sözleşme İlişkileri³³⁷ Görüşü

³³⁴ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 3.28; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 45 vd.; SEROZAN, Dönme, s. 174. Devam eden ifa sayesinde tatmin edilmiş alacaklının gerisin geriye dönmeyi arzulamasının mânâsız bir zorluk yarattığı yönünde bkz. ÖZ, Dönme, s. 26.

³³⁵ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 53. Kiracının kullanmasının karşılığı olarak ortaya çıkan sebepsiz zenginleşme borcunun, kira bedellerinin kendisine iadesine ilişkin alacak hakkı ile takas edilebileceği yönündeki bir görüşe Serozan karşı çıkmaktadır. Zira yazara göre kiracının kullanmasının karşılığının kira sözleşmesinde kararlaştırılmış bedele özdeş olmadığı hiçbir durumda bu görüş savunulabilir değildir. Bkz. SEROZAN, Dönme, s. 168, dn. 36.

³³⁶ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 51.

³³⁷ ‘Fiili sözleşme ilişkileri’ kavramı, Almanca’da ‘faktische Vertragsverhältnisse’ şeklinde ifade edilmektedir. Alman öğretisinde ‘faktische’ yanında ‘fehlerhafte’ kavramının da tercih edildiği ve çoğu zaman aynı anlama gelmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Bkz. MüKoBGB/SPINNER, BGB § 611a, Rn. 75; StaudingerKomm-FISCHINGER/HENGSTBERGER, BGB § 134, N. 126, 127; Ulrich PREIS/Felipe TEMMING, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 6. Auflage, 2020, Rn. 963; Philipp S. FISCHINGER, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse: §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag), 2022, BGB § 611a, N. 687 (Staudinger Komm/FISCHINGER). İsviçre öğretisinde aynı yönde bkz. Thomas GEISER/Roland MÜLLER/Kurt PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2019, Rn. 295. İki kavramı ayrı ayrı inceleyen görüş için bkz. Marthe SZECH, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine

1. Fiili sözleşme ilişkileri teorisinin gelişimi

Öğretide ilk kez *Haupt* tarafından, 1941 yılında Leipzig’de verdiği açılış dersi³³⁸ sırasında ileri sürülen fiili sözleşme ilişkileri teorisi³³⁹, o günden sonra birçok mahkeme kararını etkilemiş ve literatürde geliştirilmiştir³⁴⁰. Teori³⁴¹, sözleşmesel etkilerin yalnızca sözleşmelerden değil; istisnai hâllerde fiili ilişkilerden de doğabileceğini ileri sürmektedir³⁴². Buna göre, sözleşmesel sonuçlar yalnızca taraf iradeleri ile değil, fiili olgularla da ortaya çıkabilir³⁴³. Yani karşılıklı irade beyanı bulunmasa dahi, bir kimsenin fiili davranışları³⁴⁴ sözleşmesel bir ilişkinin meydana gelmesi için, bir başka ifadeyle³⁴⁵ *alelâde sözleşmelere* eş sözleşmelerin kurulması için yeterli

Gleichbehandlungsgesetz, Nomos, 2011, s. 34 vd. ile s. 303 vd. İki kavram içerisinden ‘*fehlerhaftes Arbeitsverhältnis*’ kullanımının daha uygun olduğu, aksi taktirde borç ilişkisinin sözleşme ile ortaya çıktığı şeklinde yanlış bir izlenimin oluşabileceği yönünde bkz. **BeckOGK/MATIES**, BGB § 611a, Rn. 527, 696. Türk hukuk öğretisinde, ‘*fehlerhaftes Arbeitsverhältnis*’ kavramını, ‘*sakat istihdam ilişkisi*’ olarak niteleyen görüş için bkz. **Beste GEMİCİ FİLİZ**, Türk İş Hukuku’nda İş Sözleşmesinin Geçersizliği, On İki Levha Yayınları, 2025, s. 533.

³³⁸ Fakültede 1941 yılında verilen dersin biraz genişletilmiş hâlini teşkil eden 1943 tarihli eser için bkz. **HAUPT**, s. 4 vd.

³³⁹ Bu teoriyi, nasyonal sosyalist hukuk anlayışına uygun bir fikir olarak niteleyen görüş için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 76. Bu görüşün, öğretilde, kanuna dayalı hukuki düşünme tarzına atılmış bir atom bombası şeklinde betimlendiği yönünde bkz. **Gökhan ERBAŞ**, “Alman Hukukunda Sosyal Temas Kavramı”, EÜHFD, S. 3-4, 2012, s. 123; **SELİÇİ**, s. 40-41, dn. 132.

³⁴⁰ **Hubert BEER**, Die Relative Unwirksamkeit – Eine Darstellung unter Besonderer Berücksichtigung der Interessen und Wertungsjurisprudenz, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 24, Duncker & Humblot, 1975, s. 36; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 270.

³⁴¹ Bahse konu teori çeşitli biçimlerde isimlendirilmiştir. Kullanılan terimin çokça eleştirildiği ve fakat tüm itirazlara rağmen terimin yeniden adlandırılması yerinde olmadığı için, kavramın en iyi ifadesinin “*sözleşmesel etki yaratan fiili ilişkiler*” şeklinde olduğu yönünde bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 273. Terimin kendi içinde çelişki barındırmamasına rağmen bu biçimde yaygınlaştığı ve kullanıldığı yönünde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 1185. Öğretilde *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* (Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 68 vd.) *Kılıçoğlu* (Bkz. **Ahmet KILIÇOĞLU**, “Fiili Sözleşme İlişkileri”, Ankara Barosu Dergisi, 1985/5-6, s. 740 (Fiili Sözleşme İlişkileri) ile *Oğuzman/Öz* (Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 143 vd.) *fiili sözleşme ilişkileri* terimini kullanmış; *Yavuz* (Bkz. **YAVUZ**, s. 452) ise *eylemsel sözleşme ilişkileri* terimini tercih etmiştir. *Kocayusufpaşaoğlu*, genel kullanım fiili sözleşme ilişkileri şeklinde olduğu için tercih ettiği terimin esasen kendi içinde dahi çelişki barındırdığını, bir sözleşme ilişkisinin sözleşme dışında meydana gelmesi mümkün olmadığına ve burada da esasen bir sözleşme kurulmadığına göre, fiili borç ilişkileri terimini kullanmanın daha yerinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 76 vd. *Antalya*, bu kavramı, *sözleşme benzeri talep* şeklinde ifade etmiştir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1030 vd. *Serozan* ise *beyansız sözleşme* ilişkisi kavramına yer vermiştir. Bkz. **Rona SEROZAN**, Hukukta Yöntem- Mantık, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, N. 160 (Hukukta Yöntem).

³⁴² **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1030 vd.; **BernKomm/MÜLLER**, Art. 1, Rn. 393; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 270; **HAUPT**, s. 8, 9.

³⁴³ **CHK-KUT/BAUER**, OR 1, Rn. 64; **Damla Özden ÇELT**, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi, Yetkin Yayınları, 2023, s. 171; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 270; **HAUPT**, s. 8, 9; **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 739; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 76.

³⁴⁴ “*Hayat ilişkisi*” olarak adlandıran görüş için bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40-41, dn. 132.

³⁴⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 76.

bulunabilir³⁴⁶. Zira medeni hukuk sistemi her ne kadar bir sözleşme için öneri ve kabul iradelerini arasa da bu unsurların varlığının aranmadığı modern hukuki ilişkiler gündeme gelebilir³⁴⁷. Bu hâlde borç ilişkisinin kurucu unsuru, tarafların iradesi³⁴⁸ yahut bu yönde bir hüküm barındırmadığından kanun değildir³⁴⁹. Fiili sözleşme ilişkileriyle beraber, sözleşmesiz sözleşmesel sonuçlar kabul edilmektedir³⁵⁰.

Teorinin geliştirilmesine örnek olarak gösterilen olaylardan birini, arada bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın bir uçağın kamuya açık ticari bir havalimanına inmesi teşkil etmektedir³⁵¹. Alan sahibi şirket, pilota karşı dava açmış ve Berlin-Mitte Mahkemesi, havalimanının kullanılması karşılığında bedel ödeneceğine dair bir sözleşmenin, zımni biçimde kurulduğu gerekçesiyle davayı kabul etmiştir³⁵². *Haupt*, sonuçları bakımından doğru olsa da kararın gerekçesinin tatmin edici olmadığını ifade etmiştir³⁵³. Öncelikle, havalimanının niteliği gereği, iniş öncesi yetkili makamlardan izin alınması ve sözleşme kurulması gereken bir zorunluluk bulunmamaktadır. Pilotun havalimanına iniş yapması da ne bir öneridir ne de havalimanı tarafından yapılan öneriye yönelik kabul iradesidir. Hâl böyle iken denebilir ki pilot yalnızca havalimanına iniş yapma eylemini gerçekleştirmiştir. Anılan nedenle, bu ve buna benzer olaylarda, tarafların zımni irade beyanlarıyla sözleşme kurulduğunun ileri sürülmesi, esasen ilgili durumlara sözleşme hükümlerinin uygulanması için bulunmuş yapay bir çözümdür³⁵⁴. Bu gerekçelerle, *Haupt*'a göre, zımni irade beyanlarının mevcut varsayılamayacağı; yahut irade beyanları

³⁴⁶ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1031; **HAUPT**, s. 8, 9; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 76. Benzer yönde bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40-41, dn. 132.

³⁴⁷ **HAUPT**, s. 6, 7.

³⁴⁸ Öğretide bir görüşe göre bu teorinin bir diğer etkisi de fiili ilişkinin kurulması için hukuki işlem ehliyetinin varlığını aramaması noktasındadır. Zira davranışının hukuki sonucunu anlayabilecek durumda olmak, ilişkinin kurulması için yeterlidir. Örneğin toplu taşıma hizmetinden faydalanmak arzusunda olan bir çocuğun bu yöndeki iradesi, bedel ödeme borcu altına girmesi için yeterlidir (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 69). Edimden yararlanma iradesi hariç bir irade yahut beyana ihtiyaç yoktur (**OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 145). Bu kabul ve özellikle toplu taşıma örneği, ehliyetsizleri korumak üzere getirilmiş kanun hükümlerinin amacına aykırı olması nedeniyle öğretide eleştirilmiş ve çözümün haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme kurumlarında aranması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 80; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 28.61.

³⁴⁹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40-41, dn. 132.

³⁵⁰ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 1186.

³⁵¹ **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 270; **HAUPT**, s. 7 vd.

³⁵² **HAUPT**, s. 7 vd.

³⁵³ **HAUPT**, s. 8.

³⁵⁴ **HAUPT**, s. 8.

bulunsa dahi bunun sözleşme içeriğini tayin etmede belirleyici bir rol oynamadığı hâller ve de birtakım sözleşmelerin geçersizliği³⁵⁵ de dahil olmak üzere, sözleşmesel bir ilişkinin yalnızca sözleşme akdetmekle değil, fiili olgularla da ortaya çıkabileceği kabul edilmelidir³⁵⁶. Fiili sözleşme ilişkileri, diğer sözleşmelerden yalnızca oluşum şekilleri bakımından farklılık göstermektedir ancak hukuki sonuçları açısından bunlarla eşdeğerdir³⁵⁷. Bu teori ile bahse konu fiillerin, sözleşmesel bir sonucun doğması için yeterli olduğu kabul edilmiştir³⁵⁸. Edimden yararlanılmasına karşın sözleşme kurulmadığının ileri sürüldüğü hâllerde ortaya çıkan durumun bertarafı için de bu görüş savunulmuştur³⁵⁹.

Teori, öğretide ve mahkeme kararlarında birkaç başlık altındaki sorunlara değinmekte ve çeşitli çözüm önerileri getirmektedir³⁶⁰. Buna göre, sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkileri³⁶¹,

³⁵⁵ **HAUPT**, s. 19.

³⁵⁶ **HAUPT**, s. 8.

³⁵⁷ **HAUPT**, s. 9.

³⁵⁸ **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 270.

³⁵⁹ **ÇELT**, s. 171.

³⁶⁰ **HAUPT**, s. 9 vd.

³⁶¹ Sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkilerine ilişkin açıklamalar için bkz. **ERBAŞ**, s. 123 vd.; **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 742; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40, dn. 132.

kitlelere arz edilen birtakım hizmetlere ilişkin sözleşmeler³⁶² ve bir topluluğa katılmakla doğan fiili hizmet ile şirket ilişkileri³⁶³ bu teori çerçevesinde incelenmiştir.

Fiili sözleşme ilişkileri teorisi ve gelişimi Alman Federal Mahkemesi'ni de etkilemiş ve meşhur *Hamburg park yeri davası* kararının verilmesine neden olmuştur³⁶⁴. İlgili davada sürücü, aracını belediyenin otopark olarak işletmek üzere bir işletmeye bıraktığı alana (*Rathausmarkt*) park etmiş ve otopark görevlisine de açıkça aracının korunmasını istemediğini ve ücret ödemeyeceğini, zira bu alanın kamuya ait olduğunu ifade etmiştir. Açık iradesi ile sözleşme kurmayı reddeden sürücü bakımından Federal Mahkeme, fiili sözleşme ilişkileri görüşüne de atıf vererek sürücünün otopark ücreti ödemesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶⁵. Zira ücretli bir

³⁶² Toplumun geneline sunulan çeşitli hizmetler bakımından ortaya çıkan durumları açıklamak üzere de fiili sözleşme ilişkilerine başvurulmuştur. Teori *Larenz* tarafından geliştirilerek sosyal tipte davranışların borç ilişkileri kurabileceği ileri sürülmüştür. Özellikle toplu taşıma araçlarının kullanımı ve toplumun geneline yayılan tedarik hizmetleri bakımından ortaya çıkan durumlar buna örnek teşkil etmektedir. İlgili hizmetin kullanılması bir kabul beyanı olarak addedilmemekte ve hizmetin fiili olarak kullanılmasının sözleşme ilişkisini kurduğu ileri sürülmektedir. Örneğin, herhangi bir bilet almadan yahut bir taşıma sözleşmesi kurmak bakımından herhangi bir irade beyanı sunmadan bir toplu taşıma aracının kullanılması, ücretli olduğu belli olan bir otoparka aracın park edilmesi yahut elektrik sözleşmesi kurmadan elektrik tüketiminin gerçekleştirilmesi, bahse konu sözleşmesel ilişkiyi kurmaktadır. Bu gibi hâllerde kullanıcının beyanını işitecek veya bu beyanın yöneltileceği bir muhatap olmadığı gibi, hâli hazırda kullanıcıların irade beyanı da mevcut değildir. Kullanıcılar bir irade ortaya koymamakta, yalnızca bir kullanım fiili gerçekleştirmektedir. Bu imkânlardan yararlanan kimsenin iradesi, fiili bir sonuca yöneliktir. Anılan nedenle, herkese açık şekilde sunulan ulaşım ya da tedarik hizmetini fiilen kullanan kişi, sosyal açıdan tipik olarak bir davranış gerçekleştirerek sözleşmeyi kurmuş olmaktadır. Sosyal açıdan tipik davranışı gerçekleştiren kişi, bu davranışın sonuçlarını bilmese de yahut münferit olay bakımından bunun hukuki sonuçlarını amaçlamasa da sözleşme kurulmuş olmaktadır. Sosyal tipte davranış teorisi, temelde *Haupt* tarafından ileri sürülen fiili sözleşme ilişkileri görüşüne dayanmaktadır. Fakat kitlelere sunulan hizmetler bakımından sınırlandırılmış ve bu alanda geliştirilmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **KARL LARENZ**, *Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 6., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1983, s. 522 vd. Ayrıca bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1045 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 372; **KELLER/SCHÖBI**, s. 59; **KILIÇOĞLU**, *Fiili Sözleşme İlişkileri*, s. 742- 743. Bu hizmetlerden faydalanan kimsenin amacı kaçak olarak bunlardan yararlanmak olsa ve hatta dağıtıcı firma da bu niyetten haberdar olsa dahi yine de sözleşme kurulmuş gibi bedel ödeme borcunun ortaya çıkacağına dair bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 144. Genel işlem koşullarının da fiili sözleşme ilişkileri kapsamında değerlendirilmesi yönünde ileri sürülmüş bir görüşün aksi yönündeki fikre göre, genel işlem koşullarında içerik önceden hazırlanmakta ve sözleşme tarafların iradesiyle kurulmaktadır. Bkz. **KILIÇOĞLU**, *Fiili Sözleşme İlişkileri*, s. 743.

³⁶³ Teorinin bu hususa temas eden kısmına ilişkin ayrıntılar bir sonraki başlıkta incelenmiştir.

³⁶⁴ BGHZ 21, 319 Bkz. https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz21_319.htm (Erişim tarihi: 24/12/2023); **BUCHER**, *Allgemeiner Teil*, s. 270-271.

³⁶⁵ Bu karar öğreti tarafından çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Zira ücretli olduğunu belirten bir levhanın bulunduğu otoparkta genele yapılmış bir öneri vardır ve sürücü de iradesini gösteren davranışlar ile bu öneriyi kabul etmiştir. Sürücünün ücret ödemeyeceğine ilişkin beyanının ise, *fiiline ters düşen söz geçerli sayılmaz* kuralı (*protestatio facto contraria non valet*) gereğince hukuken karşılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle çözüm fiili sözleşme ilişkileri teorisine gidilmeden de çözülebilecek niteliktedir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1047; **BernKomm/MÜLLER**, Art. 1, Rn. 411, 412; **FLUME**, s. 99; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Genel*, s. 79; **YAVUZ**, s. 460. Benzer yönde bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 17; **SELİÇİ**, *Sürekli Borç İlişkileri*, s. 42-43, dn. 132. Toplu taşıma araçlarına biletsiz binenler bakımından *protestatio facto contraria non valet* ilkesinin

otoparka aracını park etme şeklindeki davranış, bu yöndeki genel toplum algısı ile ilişkilendirildiğinde, bir sözleşme ilişkisi kurmanın amaçlanmaması yahut bu yönde bir beyanda bulunulmaması hâlinde dahi sözleşmesel sonuç doğurmaktadır. Edimden fiilen yararlanma şeklindeki davranış sözleşme ilişkisini kurmaktadır³⁶⁶. Böylece, sunulan bir hizmetten herhangi bir sözleşmeye dayanmaksızın faydalanan kişiye karşı bir alacak hakkının ileri sürülmesi, sebepsiz zenginleşme hükümleri aracılığıyla değil, sözleşme uyarınca sağlanabilecektir³⁶⁷.

Öğretide *Antalya*³⁶⁸, fiili sözleşme ilişkilerini sözleşme benzeri talepler başlığı altında incelemiştir. Sözleşme benzeri talepler ise dürüstlük ilkesi ve bunun bir görünüm şekli olan güven ilkesi ile yakından alakalıdır. Güven, bir kimsenin, sözleşmenin karşı tarafına duyduğu inanç nedeniyle oluşturduğu haklı beklentidir. Her davranış, güven ilişkisi doğmasını sağlamamaktadır. Mühim olan, hukuk düzeninin buna bir değer atfetmesidir. Yazara göre, bir sözleşme benzeri talep olan fiili sözleşme ilişkilerinin ortak unsurlarını; irade beyanı niteliğinde olmayan fiili davranış ve bu fiili davranışa hukuki sonuç bağlanmasını dürüstlük kuralının öngörmesi oluşturmaktadır. Bahse konu şartların gerçekleşmesi ile fiili sözleşme ilişkisi başlamaktadır.

2. Sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanması

Fiili sözleşme ilişkileri teorisi, bir önceki başlıkta izah edildiği üzere çeşitli durumları açıklamak için ileri sürülmüştür. Çalışmamız özelinde ise sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğü

gündeme gelip sözleşmenin zımni irade beyanıyla kurulduğu kabul edilebilirse de otoparka arabasını park ederek ücret ödemeyi reddeden kişi bakımından sözleşmenin kurulduğunun ileri sürülemeyeceği ve bu noktada haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşme gibi hukuki imkânlardan yararlanılabileceği yönünde bkz. NEUNER, § 37, Rn. 47.

³⁶⁶ EREN, Genel Hükümler, N. 372.

³⁶⁷ HAUPT, s. 8, 9; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 143.

³⁶⁸ Ayrıntılı bilgiler için bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 897 vd. ve 1030 vd. “‘Dürüstlük ilkesinin davranışa hukuki sonuç bağlayarak tamamlaması fonksiyonu’” başlığı altında ve fiili borç ilişkilerinin dayanağının TMK m. 2/T’de yer alan dürüstlük ilkesi olduğu yönünde bkz. ANTALYA/TOPUZ, N. 1987.

nedeniyle beliren sorunları ortadan kaldırmak için önerilmiş³⁶⁹ ve bir topluluğa katılmakla doğan fiili hizmet ve şirket ilişkileri, bu teori kapsamında incelenmiştir³⁷⁰.

Konumuz bakımından fiili sözleşme ilişkilerinin karşılığını, sürekli borç doğuran sözleşme niteliğindeki adi ortaklık³⁷¹ ve hizmet gibi sürekli sözleşmelere dair açıklamalar oluşturmaktadır³⁷². Bu teoriye göre, taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulmasa da onların fiillerine sonuç bağlanmalı ve aralarında fiili bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir³⁷³. Hükümsüzlük nedeniyle iade edilmesi gereken edimler açısından, yetersiz olan sebepsiz zenginleşme hükümleri değil fiili sözleşme ilişkileri görüşü tercih edilmelidir³⁷⁴. Böylece esasen geçersiz olan bir sözleşme bakımından ifa hareketlerine girilmesi, geçerli bir sözleşmeden doğmuş bir sürekli sözleşme etkisi yaratmaktadır³⁷⁵.

³⁶⁹ **KELLER/SCHÖBI**, s. 59; **Rona SEROZAN**, “TBK m. 1-2”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019, m. 1, N. 100 (**İstŞerhi/SEROZAN**). Fiili sözleşme ilişkilerine sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü bakımından başvurulması yanında, ayrıca, taraflardan birinin sosyal adalet düşüncesiyle korunduğu ve taraf ilişkilerinin emredici hükümlerle düzenlendiği sözleşmeler açısından da gidilebilir. Bu ilişkiler, *koruyucu fiili borç ilişkisi* olarak adlandırılmakta ve örneğin tüketici sözleşmelerinde tüketicinin, birtakım satış sözleşmelerinde alıcının ve rekabet hukukuna tabi sözleşmelerde korunan tarafın alacaklarında gündeme gelmektedir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1040, 1041.

³⁷⁰ Fiili sözleşme ilişkileri kapsamına dahil edilen olay gruplarından birini de sona ermesine rağmen devam edilen fiili sözleşmeler oluşturmaktadır (bkz. **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 746; **İstŞerhi/SEROZAN**, m. 1, N. 100). Buna göre, birtakım sürekli borç doğuran sözleşmeler sona ermelerine rağmen, fiili olarak sözleşme ilişkisine devam edilmektedir. Bu hâlde de fiili bir sözleşme ilişkisinin var olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Bu hususa dair doktrinde verilen örnek ise, sona ermiş bir kira sözleşmesine devam edilmesidir. Örneğin fesih ihbarı yapılmış bir kira sözleşmesi bakımından kiralanan konutu boşaltmayan kiracı, artık sözleşmeye fiili olarak devam etmektedir. Kiraya verenin bu süre için talep edeceği bedel, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden kaynaklı olamayacaktır. Bahse konu süre için, kira benzeri (*mietzinsähnliche*) bir talep söz konusu olacak ve kiraya veren hapis hakkından da yararlanacaktır. Bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 274-275; **KELLER/SCHÖBI**, s. 59. Öğretide *Kılıçoğlu*, Türk hukuku bakımından bu gibi bir kabule lüzum olmadığını zira GKHK uyarınca, kiraya verenin kiracı gibi fesih ihbarında bulunarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı olmadığını belirtmektedir. Yine bu kanun dışındaki kira sözleşmeleri bakımından da ilgili duruma tereddütle yaklaşan yazar, bu hâllerde devam eden kira sözleşmesi bakımından fiili sözleşme ilişkileri teorisine müracaat etmenin uygulamada belirsizlik ve güvensizlik yaratacağını ve kiracı aleyhine sebepsiz zenginleşme yahut haksız fiil hükümlerine başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 746. Doktrinde *Bucher* ise Alman ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda kira sözleşmesine ilişkin fiili sözleşme ilişkileri doktrini ile uyumlu biçimde düzenlenmiş özel hükümlerin varlığının artık fiili sözleşme ilişkileri doktrinine ayrıca başvurmaya lüzum bırakmadığını, zira ortaya çıkabilecek sorunların bu hükümler sayesinde çözümlendiğini ifade etmektedir. Bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 274-275. Bu yönde bkz. **KELLER/SCHÖBI**, s. 59.

³⁷¹ **BARLAS**, s. 68, 69; **GÜRAL**, s. 71, 72; **Yaşar KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, İkinci Baskı, Sevinç Matbaası, 1973, s. 69, 70.

³⁷² **HAUPT**, s. 17 vd.

³⁷³ **HAUPT**, s. 17 vd.; **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 743.

³⁷⁴ **HAUPT**, s. 17.

³⁷⁵ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 41-42.

Teorinin sürekli sözleşmeler bakımından inşa etmeye çalıştığı şey, esasen, sözleşme geçersiz olsa dahi fiili durumu ayakta tutarak hükümsüzlüğün klasik sonucu olan geçmişe dönük sonuç doğurma etkisini ortadan kaldırmaktır³⁷⁶. Daha açık bir ifadeyle, belki aylarca belki de yıllarca devam etmiş hükümsüz bir sözleşme bakımından, geçersizliğin etkisinin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren olması arzulanan bir sonuç değildir³⁷⁷. Bu nedenle yapılmak istenen şey, bu geçersizliğin ileriye etkili sonuçlar doğuracak biçimde tesir etmesidir.

Fiili sözleşme ilişkileri teorisi uyarınca, hizmet sözleşmesi bakımından ileriye etki, hizmet sözleşmesi ile hizmet ilişkisinin birbirinden ayrılması ile sağlanmaktadır³⁷⁸. Esasen bir işçiyle işveren arasındaki ilişkinin kaynağı hizmet sözleşmesidir. Fakat fiili sözleşme ilişkileri teorisinin benimsenmesi hâlinde bu ayrıma gidilmekte ve böylece sözleşme geçersiz ise de fiili bir hizmet ilişkisinin varlığı nedeniyle sözleşmesel etkinin varlığına alan açılmış olmaktadır³⁷⁹. Hizmet ilişkisi kural olarak hizmet sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile başlayacak olsa da teorik ve pratik bazı yararlar³⁸⁰ sebebiyle bu ayrıma gidilmiş ve böylece, özellikle işçinin bazı haklardan yararlanması başta olmak üzere, hükümsüzlüğün karmaşık etkisi ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır³⁸¹. Yani geçerli bir hizmet sözleşmesi olmamasına rağmen işçinin işletme topluluğuna dahil olması, edimlerin ifa edilmesi işine girişilmesi, artık taraflar arasında sözleşmesel etkili bir borç ilişkisinin, bir fiili sözleşme ilişkisinin varlığını ortaya koymaktadır³⁸².

Ortaklık sözleşmelerinde de hizmet sözleşmelerine benzer bir tutum sergilenmektedir. Buna göre ifa edilmeye başlanmış ortaklık sözleşmeleri bakımından, ortaklık sözleşmesi ile ortaklık ilişkisi arasındaki organik bağ bir anlamda koparılmakta³⁸³ ve ortaklık organizasyonuna dahil

³⁷⁶ ANTALYA, BG 1,1, N. 1038, 1039; HAUPT, s. 17; KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 744.

³⁷⁷ HAUPT, s. 17-20; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 77-78.

³⁷⁸ HAUPT, s. 17; KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 743. Hizmet sözleşmesi ile hizmet ilişkisine dair ayrıntılı bilgiler için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I, A, 3.

³⁷⁹ KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 743-744; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 77-78.

³⁸⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 165.

³⁸¹ Bu yönde bkz. KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 744.

³⁸² HAUPT, s. 19, 20; KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 744; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 78.

³⁸³ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40.

olmakla ilişki başlamaktadır³⁸⁴. Böylece sürekli borç ilişkisi ortaklık sözleşmesi ile değil ortaklık ilişkisi ile başlamakta, sürekli edim borçlusunun borcunu ifa etmesi şeklindeki fiili davranışı sonuç doğurmaktadır³⁸⁵. Fiili ortaklık kavramı, özellikle esas sözleşmesi hükümsüz ve fakat bu hükümsüz sözleşmeye rağmen fiili olarak *hayatta* olan ve iş ilişkileri kuran bir ortaklık açısından, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması hâlinde gündeme gelmektedir³⁸⁶.

3. Öğretinin bakış açısı

Fiili sözleşme ilişkileri teorisini, geleneksel kalıpları yıkarak toplumsal ihtiyaçlara cevap vermeyi arzuladığı gerekçesiyle sempatiyle karşılayan yazarlar³⁸⁷ olduğu gibi eleştirenler³⁸⁸ de bulunmaktadır. Karşı çıkan yazarlardan bazıları³⁸⁹, özellikle toplumsal açıdan tipik sayılan davranışlara sonuç bağlayan toplu taşıma araçlarının kullanımı gibi örnekleri esas alarak, bu biçimde cereyan eden durumlar bakımından fiili sözleşme ilişkileri teorisine ihtiyaç olmadığını, zira klasik hukuki işlem teorisi ile de bu hâllerin çözüme kavuşabileceğini ileri sürmektedir³⁹⁰. Bir diğer görüş,³⁹¹ kanunda bu teoriye bir dayanak bulmanın mümkün olmaması başta olmak üzere, teorinin, hukuki işlem olgusuna da aykırı olduğunu belirtmektedir. İlaveten, sosyal tipte davranış olarak ileri sürülen fiillerin esasen örtülü irade beyanı anlamına geldiğini de

³⁸⁴ **HAUPT**, s. 17-19.

³⁸⁵ **HAUPT**, s. 17-19; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40.

³⁸⁶ **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 276.

³⁸⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 69; **YAVUZ**, s. 464. Olumlu yöndeki açıklamalar için bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 270 vd.

³⁸⁸ **BEITZKE**, s. 14; **BernKomm/MÜLLER**, Art. 1, Rn. 396; **ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN**, N. 108, 109; **EREN**, Genel Hükümler, N. 372; **FLUME**, s. 95 vd.; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 16 vd.; **İstŞerhi/SEROZAN**, m. 1, N. 100; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 76 vd.; **NEUNER**, § 37, Rn. 47 vd., **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 28.62; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40 vd.; **SEROZAN**, Formmangels, s. 82-86; **SEROZAN**, Hukukta Yöntem, N. 160; **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 169; **Eveline WYSS/Hans Caspar von der CRONE**, “*Bestechung bei Vertragsschluss Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin)*”, SZWF, Schulthess Juristische Medien AG, 1/2003, s. 41, 42. Şekle aykırı sözleşmeler bakımından görüşe getirilen eleştiriler için bkz. **ALTAŞ**, s. 129 vd.

³⁸⁹ Türk hukukunda bu görüşe yer olmadığı yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 80. Bu yönde ve bilhassa sosyal tipte davranış yönünden bkz. **NEUNER**, § 37, Rn. 47.

³⁹⁰ İsviçre hukuk öğretisinde, teoriye yöneltilen eleştiriler ve çekincelerin, bu ilişkilerin sözleşmesel etkiye sahip olmasına değil, daha çok kavrama yönelik olduğu ve esasen yasa koyucunun da OR Art. 320/III uyarınca bu etkiyi kabul ettiği yönünde bkz. **GIGER**, s. 106.

³⁹¹ **EREN**, Genel Hükümler, N. 372. Teorinin, hukuk kavramlarını sulandırdığı ve belirsizleştirdiği yönünde bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 17.

eklemektedir³⁹². Fiili sözleşme ilişkilerine getirilen diğer bir eleştiri³⁹³ de irade beyanı, öneri ve kabulün bulunmadığı bir gerçekliğe, ilişki sonucunun atfedilmesidir. Bilhassa, sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki geçmişe etkili tasfiyenin ortaya çıkaracağı sorunları engellemek ve yine fiili olarak yararlanılan sosyal edimlere ilişkin bedeli tahsil etmek için bu teoriye artık gerek olmadığı ve teleolojik redüksiyon³⁹⁴; örtülü irade beyanı ile çelişkili davranma yasağının bahse konu durumları çözebileceği ifade edilmektedir³⁹⁵.

Teori bakımından açıkça bir ret yahut kabul eğiliminde olmayan görüş³⁹⁶ de mevcuttur. Bu fikre göre, teorinin, borçlar hukuku ilkeleri ile çıkış yolu bulunması mümkün olmayan birçok hukuki mesele için getirdiği çözümler önem arz etmektedir. Fakat borçlar hukuku ilkelerinden ayrılmamak ve bu ilkelerin çare olamadığı yerde teoriye başvurmak gerekir. Anılan sebeple özellikle fiili hizmet ilişkileri noktasında teoriye müracaat edilebilirse de diğer hâller bakımından zımni kabul, hakkın kötüye kullanılması yasağı, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi hukuki kurumlardan yararlanılmalıdır.

Fiili sözleşme ilişkileri teorisi, sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğüne uygulanması noktasında, geçersiz bir sözleşmeye rağmen fiili bir yaşam ilişkisine, yani bir vakıaya geçerlilik tanımakta, bu bağlamda da olanla olması gerekeni karıştırmakta olduğu için de eleştirilmektedir³⁹⁷. Bu fikre göre³⁹⁸ teori, “*fiili bir duruma normatif geçerlilik sağlama*” çabasıdadır ve üstelik

³⁹² **EREN**, Genel Hükümler, N. 372. Benzer yönde bkz. **İstŞerhi/SEROZAN**, m. 1, N. 100. Bu biçimde toplu taşıma aracı kullanan kimsenin önceden bilet almadığı sürece taşıma sözleşmesi kurmak hususunda herhangi bir irade açıklaması yapmak niyetinde olmadığı yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 69.

³⁹³ **SEROZAN**, Hukukta Yöntem, N. 160.

³⁹⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağı. Birinci Bölüm, IV, C.

³⁹⁵ **SEROZAN**, Hukukta Yöntem, N. 160. Benzer yönde bkz. **ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN**, N. 109.

³⁹⁶ **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 750-751. Benzer biçimde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1046, 1047.

³⁹⁷ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 44 vd.; Bu yönde bkz. **BEITZKE**, s. 12-14.

³⁹⁸ Yazar, sözleşme müzakerelerindeki kusur halleri, yani sosyal temas bakımından culpa in contrahendo yolunun bir çözüm teşkil ettiğini öncelikle ifade etmektedir. Su, elektrik, taşıma gibi genele yöneltilen arz bakımından kurulan sözleşmelerde ise öncelikle hizmeti alan kişinin, örneğin otobüse binen kimsenin gideceği yeri açıkladığını ve bunu sarıh bir kabul beyanı olarak kabul edebileceğimizi belirtmektedir. Bu biçimde bir sarıh beyan olmadığında ise otobüse binme davranışının, delalet edici fiil (*factum concludens*) sayılması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Ayrıca ve önemli olarak, bu gibi kitleye sunulan hizmetler bakımından açık bir kabul beyanının gerekmediğini, ilişkinin icrasına başlanması hâlinde önerinin susma ile kabul edildiğini ve bu nedenle de geleneksel sözleşmenin kuruluşu fikrinden sapmaya gerek olmadığının altını çizmektedir. Bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 40-41, dn. 132. Benzer yönde bkz. **FLUME**, s. 95 vd.

kanunda bunu destekleyecek bir hüküm de bulunmamaktadır³⁹⁹. Zira meydana gelmiş bir vakıanın geçerliliği ancak kanun koyucunun bu yöndeki iradesi ile mümkündür. Denebilir ki bir fiili ilişki ancak hukuk düzeni buna normatif bir alan açtığı taktirde etki doğurmaktadır. Mevcut düzende bu, ancak taraf iradelerine dayanan bir sözleşme ile sağlandığına göre, geçersiz bir sözleşmenin ifa edilmeye başlaması nedeniyle bir fiili ilişkiye geçerli bir sözleşmenin sonuçlarının bağlanmasının hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır⁴⁰⁰. Bu nedenle sorun, fiili olana geçerlilik atfetmekle değil; ancak hükümsüz bir sürekli sözleşmenin sonuçlarının nasıl değerlendirileceği ile çözülebilir. Bu noktada, fiili sözleşme ilişkileri teorisini reddeden bazı yazarlar, teorinin çözümlerini değerlendirmektedir⁴⁰¹. Teoriyi değerlendirdikleri kısım, sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde *ex nunc* etkili sona erme için fiili sözleşme ilişkilerinden faydalanılmış olmasıdır. Buna rağmen eleştirdikleri husus ise, bu etki için dahi artık fiili sözleşme ilişkilerine başvurmaya ihtiyaç olmamasıdır. Zira geçersiz de olsa ortada bir hukuki ilişki ve taraf iradeleri mevcuttur⁴⁰². Yani sorun irade beyanı olmaksızın hukuki işlemin meydana gelmesi değil, hükümsüzlüğün sonuçlarının *ex tunc* etkili olup olmayacağıdır⁴⁰³. Hükümsüzlüğün geçmişe etkili olmayacağı yönündeki bir kabul, bizi fiili sözleşme ilişkileri teorisine başvurmadan kurtarabilir. O hâlde bu teoriye bel bağlamak gereksizdir⁴⁰⁴.

Yukarıda ileri sürülen görüşler ve içtihatlar⁴⁰⁵ da göstermektedir ki teorinin sürekli bir sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde dahi uygulanması hususunda çeşitli çekinceler bulunmaktadır ve gerek öğreti gerek yargı uygulaması, fiili sözleşme ilişkileri teorisine

³⁹⁹ Benzer yönde bkz. **WYSS/von der CRONE**, s. 41, 42. TBK m. 394/III (OR Art. 320/III) bakımından aksi yönde bkz. **GIGER**, s. 106; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 964, dn. 21.

⁴⁰⁰ Yine benzer açıdan yaklaşan bir görüş, bir fiili ilişkiye, kanunun sözleşmelere bağladığı sonuçları bağlamanın yöntem olarak tutarsız olduğunun altını çizmektedir. Bkz. **BEITZKE**, s. 14.

⁴⁰¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 77; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 28.59 vd.

⁴⁰² Özellikle zımni irade beyanı ve kişinin kendi fiilleriyle çelişmemesi ilkesi gereğince, fiili sözleşme ilişkileri doktrinine ihtiyaç olmadığı yönünde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 28.61.

⁴⁰³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 78.

⁴⁰⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 78. Benzer yönde bkz. **SEROZAN**, Hukukta Yöntem, N. 160.

⁴⁰⁵ *Hamburg park yeri davasında* açıkça fiili sözleşme teorisine atf veren Alman Federal Mahkemesi de kararın hali hazırda erişilebilen metninin başında artık bu görüşün oybirliği ile reddedildiğini belirtmektedir. Bkz. BGHZ 21, 319 Bkz. https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz21_319.htm (Erişim tarihi: 24/12/2023). Bu yönde ve eleştiriler için bkz. **NEUNER**, § 37, Rn. 44 vd.

başvurmama eğilimindedir⁴⁰⁶. Buna rağmen, *ex nunc* etkili sona erme düzenini oluşturan kuralların teoriksel açıklamasında, halâ daha bu teorinin dikkate alındığı da görülmektedir⁴⁰⁷.

B. Esnek Hükümsüzlük⁴⁰⁸ Görüşü

1. Esnek hükümsüzlük teorisinin gelişimi

Esnek hükümsüzlük yahut daha kapsayıcı bir ifade ile modern hükümsüzlük teorilerinin ortaya çıkışı, klasik hükümsüzlük anlayışının, geçersizliğin gri alanlarını yeterince iyi açıklayamaması fikri nedeniyledir⁴⁰⁹. Modern hükümsüzlük teorileri içinde esnek hükümsüzlüğün⁴¹⁰ ortaya çıkış sebebi ise, TBK m. 27'nin kesin hükümsüzlüğe sebebiyet vereceği ifade edilen hâlleri (ahlâka, emredici hükümlere, kamu düzenine ve kişilik hakkına aykırı yahut konusu imkansız olan sözleşmeler) bildirmekle yetinmesi ve fakat kesin hükümsüzlüğün tanımını yapmaktan kaçınması olarak ifade edilmiştir⁴¹¹. İlâveten, kanunda yer alan geçersizlik yahut hükümsüzlük terimlerinin aynı anlamda kullanılmadığı⁴¹², kanunda özel olarak düzenlenmiş birtakım hükümsüzlük hâllerinin mutlak surette TBK m. 27'de düzenlenen yaptırıma tabi olmasının

⁴⁰⁶ Alman hukukunda teorisinin geliştiricilerinin dahi bu görüşten döndüğü ve görüşün terk edildiği yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 76. Fiili sözleşme ilişkileri teorisinin çözüm olarak öngörüldüğü olaylar bakımından, bu teoriye ihtiyaç duyulmaksızın, menfaatler dengesine uygun çözümler geliştirilebileceğinin İsviçre'deki hakim öğreti tarafından da kabul edildiği yönünde bkz. **BernKomm/MÜLLER**, Art. 1, Rn. 396. Bu yöndeki bir karar için bkz. BGE 129 III 320 Bkz. www.bger.ch (Erişim tarihi: 29/12/2023). Öte yandan *Gauch/Schluep/Schmid* ise teorisinin, öğreti tarafından ilkesel şekilde reddedilmesini eleştirmektedir. Öncelikle, fiili sözleşme ilişkilerinin, sözleşmenin kurulması çerçevesinden değerlendirilmesi yazarlara göre yanlış bir bakış açıdır. Zira sorun, bir sözleşmenin, hukuk sisteminin öngördüğü sözleşme akdetme düzeninin dışında kurulup kurulamayacağı değildir. Mesele, sözleşme niteliğini haiz olmayan birtakım ilişkilerin, sanki sözleşmeymiş gibi değerlendirilip; bunlara sözleşmesel sonuçların bağlanabilmesi meselesidir. Burada karşımıza, bir hukuki ilişkinin hangi şartlarda sözleşmesel sorumluluğa tabi olabileceği ve bu durumun hangi gerekçelerle ve hukuki imkânlarla sağlanabileceği sorusu çıkmaktadır. Bu sorunun cevabı verilirken fiili sözleşme ilişkilerinden yararlanılması ise mümkündür. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn.1192-1194.

⁴⁰⁷ İsviçre yasa koyucusunun OR Art. 320/III bakımından bu yönde davrandığı yönünde bkz. **BernKomm/MÜLLER**, Art. 1, Rn. 401; **GIGER**, s. 106. İlgili izahat, çalışmamızın devamında açıklandığı için tekrara düşmemek adına burada yer verilmemiştir. Açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2.

⁴⁰⁸ 'Esnek hükümsüzlük' kavramı, Almanca'da 'flexible Nichtigkeit' şeklinde ifade edilmektedir.

⁴⁰⁹ Modern hükümsüzlük teorilerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **AKBULUT**, s. 52 vd.; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 647; **GÜRAL**, s. 91 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 588 vd.

⁴¹⁰ Esnek geçersizlik olarak da adlandırılan bu teori çalışmamızda terim birliğini sağlamak adına esnek hükümsüzlük olarak adlandırılmıştır. Fakat çalışmanın genelinde olduğu gibi geçersizlik ve hükümsüzlük eş anlamlı kullanılmaktadır.

⁴¹¹ **AKBULUT**, s. 62; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 589; Benzer yönde bkz. **BELSER**, s. 441. Klasik butlan yaptırımının yetersiz kaldığı alanlarda esnek hükümsüzlük değil, teleolojik redüksiyona başvurma daha yerinde olduğuna dair bkz. **NOMER**, Borçlar, N. 39.4.

⁴¹² **BELSER**, s. 441.

beklenemeyeceği, bu sebeple bir çözüm yolu bulunması gerektiği ve esnek hükümsüzlük görüşünün buna cevap verdiği dile getirilmiştir⁴¹³. Zira kesin hükümsüzlük son derece ağır bir yaptırımdır ve ancak kanunda açık bir düzenleme mevcutsa yahut kanunun amacı bunu gösteriyorsa bu müeyyideye başvurulmalıdır⁴¹⁴. Kaldı ki her durum için genel geçer bir geçersizlik kuralı öngörmek isabetli değildir ve başka bir yaptırımın uygulanması mümkünse, bu hâlde ilgili yaptırım tercih edilmeli, kesin hükümsüzlüğe tevessül edilmemelidir⁴¹⁵. Yine esnek hükümsüzlük, kesin hükümsüzlüğün dar ve sert yaklaşımını ortadan kaldıran ve kesin hükümsüzlük ile düzeltilebilir hükümsüzlük arasında farklı kademelerde hükümsüzlük hallerinin oluşmasını sağlayan bir rol oynamaktadır⁴¹⁶.

Tanımı yahut özellikleri bakımından yeknesak bir kabulün bulunmadığı⁴¹⁷ esnek hükümsüzlüğü kendi içinde mutlak esneklik ve sınırlı esneklik şeklinde bir ayrımla inceleyen bir görüş⁴¹⁸ mevcuttur. Mutlak esneklik taraftarlarına göre kanunda bir kesin hükümsüzlük tanımı bulunmamaktadır ve hukuk düzeni içinde tek bir kesin hükümsüzlük tipi de yoktur⁴¹⁹. Bu nedenle her ihlâl bakımından o ihlâlin gerçekleştiği özel hükmün amacı incelenmeli ve uygun olan hükümsüzlük tipi olaya uygulanmalıdır. Sınırlı esneklik⁴²⁰ ise, temelde kesin hükümsüzlüğü karine olarak kabul etmektedir. Bir diğer anlatımla, bir sözleşme hukuka aykırı ise öncelikle gidilmesi gereken yol TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük olmalıdır. Fakat farklı bir yaptırımın varlığı iddia ediliyorsa, bu hâlde ilgili hâlin kesin hükümsüzlük karinesini çürütebilecek nitelikte olduğu ortaya konmalıdır.

⁴¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 589. Bu yönde bkz. BELSER, s. 441.

⁴¹⁴ AKBULUT, s. 62, 63; BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 55-57.

⁴¹⁵ BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Rn. 55; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rn. 433; OFK/DASSER, Art. 20, Rn. 9 vd. Ayrıca bkz. Claire HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR., Stämpfli & Cie AG, 1984, s. 48 (Nichtigkeit).

⁴¹⁶ ANTALYA, BG 1,1, N. 648. Esnek hükümsüzlüğün, geçersizliğe dayanabilecek kişi yönünden de sınırlama getirmesi hakkında bkz. OFK/DASSER, Art. 20, Rn. 10.

⁴¹⁷ AKBULUT, s. 63.

⁴¹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 589.

⁴¹⁹ Görüşe dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. AKBULUT, s. 61 vd.; BELSER, s. 441 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 589 vd.

⁴²⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 591 vd.

Bir başka görüş⁴²¹ ise esnek hükümsüzlüğü, hükümsüzlüğün tek tip olamayacağı kabulünden hareketle açıklamaktadır. Buna göre, kesin hükümsüzlüğün daha ağır yahut daha hafif çeşitleri bulunmaktadır ve örneğin yazılmamış sayılma, kesin hükümsüzlükten ağır, yokluğa yaklaşan bir yaptırımdır. Kanunun amacına bakılarak hangi hükümsüzlük türünün bir yaptırım olarak belirlendiği saptanmalıdır. Bahse konu görüş, hükümsüzlüğün tespitinde kanunun amacının değerlendirilmesine ilişkin bu bakış açısını, esnek geçersizlik olarak ifade etmektedir.

Hükümsüzlüğe ilişkin nispeten yeni yaklaşımlar mevcut olmakla birlikte kesin hükümsüzlüğün esas olduğunun altını çizen yazarlar da bulunmaktadır⁴²². Zira aksi hâlde her durum için ayrı bir yaptırım sisteminin kabulü karmaşaya yol açar ve bu da hükümsüzlük sisteminin temel yapısına aykırıdır. Bu yazarlara göre geçerlilik şartlarının eksikliği doğrudan kesin hükümsüzlüğe neden olur ve hâli hazırda kanun koyucu, farklı bir yaptırımı tercih ettiği haller için özel düzenlemeler yapmıştır. Yine de kesin hükümsüzlüğün doğrudan uygulanmasının adaletsizliğe yol açması gündeme gelebilir. Bu durumda yapılması gereken, bunun sonuçlarının daraltılmasıdır.

2. Sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanması

Sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde ortaya çıkan durumu anlamlandırmak üzere başvuru yöntemlerinden biri de esnek hükümsüzlük görüşüdür. Kesin hükümsüzlüğe özgü birtakım özelliklerin sürekli sözleşmeler bakımından uygun olmadığı kanaatiyle esnek hükümsüzlük fikri savunulmuştur.

Bu görüş taraftarları, kesin hükümsüzlüğün *ex tunc* etkisinin esnek hükümsüzlük ile aşılabileceği kanaatindedirler⁴²³. Buna göre sürekli borç doğuran sözleşmelere dair kanun koyucunun temel bakış açısından hareket edilmeli⁴²⁴ ve ifa edilmeye başlanmış bu gibi sözleşmelerin geçersizliği bakımından, hükümsüzlüğün klasik sonucundan uzaklaşılmalıdır⁴²⁵.

⁴²¹ ANTALYA, BG 1,1, N. 647 vd.

⁴²² AKBULUT, s. 75 vd. Benzer yönde ve özellikle esnek hükümsüzlükten beklenen yararın hakkın kötüye kullanılması yasağı yahut *culpa in contrahendo* ile sağlanabileceği yönünde bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 49a.

⁴²³ ANTALYA, BG 1,1, N. 752; BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 55 vd.

⁴²⁴ ANTALYA, BG 1,1, N. 752.

⁴²⁵ BELSER, s. 442, 443; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 593.

Böylece, sözleşme kurulduğu andan itibaren hükümsüz sayılmaz. Hükümsüzlük, yerine göre geçersizliğin ileri sürüldüğü, yerine göre ise bir mahkeme tarafından karar altına alındığı andan itibaren etkili olmak üzere⁴²⁶, ileriye etkili şekilde yürürlük kazanır⁴²⁷. Esnek hükümsüzlük teorisi, hükümsüzlüğün, en baştan tesir etmesi gerektiği kabulünü ve etki tarihini değiştirmektedir⁴²⁸. Kanun koyucunun amacı veya sosyal adaletin sağlanması düşüncesiyle, hükümsüzlüğün geleneksel yorumundan ayrılmaktadır⁴²⁹. Böylece sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından ortaya çıkan durumu, hükümsüzlüğün sonuçları açısından değerlendirmektedir. Teori, genel geçer kesin hükümsüzlük anlayışından sapılmasının yerinde ve gerekli olduğunu savunmaktadır. Bu sapma sayesinde kesin hükümsüzlüğün geleneksel sonuçları, sürekli sözleşmelerde tatbik edilmemektedir.

Kanun koyucunun amacının esnek hükümsüzlüğe götürdüğü hususlara örnek olarak öğretide TBK m. 350 vd. gösterilmiştir⁴³⁰. Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin çeşitli durumlarda (TBK m. 350, 351, 352) geçersizliği hüküm altına alacak olan mahkemedir. Bu hâlde kira sözleşmesi ancak dava yoluyla sona erdirilmekte ve hükümsüzlük, kararın verildiği veya kesinleştiği andan itibaren etkili olmaktadır⁴³¹. Yine, ileride ayrıntılı şekilde açıklayacağımız TBK m. 394/III'ün mehzazını teşkil eden OR Art. 320/III de esnek hükümsüzlüğe örnek olarak gösterilmektedir⁴³².

Esnek hükümsüzlük görüşü, kesin hükümsüzlüğü karine olarak kabul etmemesi ve her hükmün amacı kapsamında farklı geçersizlik sonuçlarını doğurması nedeniyle eleştirilmiş ve bu durumun karışıklığa yol açacağı, hükümsüzlük sistemi ile örtüşmeyeceği belirtilmiştir⁴³³. Ayrıca, kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarını hafifletme amacı güden gerek esnek hükümsüzlük gerek öğretide ileri sürülen diğer modern hükümsüzlük teorilerinin amacının ortak olduğu ifade edilmiştir. Buna göre esas gaye, ihlale uğrayan hükmün normun koruma

⁴²⁶ BELSER, s. 442, 443; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 593.

⁴²⁷ BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 57; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rn. 433.

⁴²⁸ BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 57; BELSER, s. 442, 443.

⁴²⁹ ANTALYA, BG 1,1, N. 752.

⁴³⁰ ANTALYA, BG 1,1, N. 753.

⁴³¹ ANTALYA, BG 1,1, N. 753.

⁴³² BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 56.

⁴³³ AKBULUT, s. 75.

amacıdır. Zayıf taraf korunarak menfaat dengesi ve sözleşme adaleti sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu da kesin hükümsüzlük öngören hükmü hafifletmek maksadıyla sınırlandırılarak yapılmaktadır. Bu sebeple, birden fazla hükümsüzlük teorisi ile birden fazla hükümsüzlük çeşidinin gündeme getirilmesine gerek olmaksızın teleolojik redüksiyon yöntemi ile amaçlanan şeyin gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir⁴³⁴.

C. Kanun Boşluğu ve Amaca Uygun Sınırlandırma⁴³⁵ Görüşü

1. Genel olarak

Hukuk düzeni içerisinde, herhangi bir olaya uygulanması için doğrudan veya dolaylı olarak bir hükmün bulunmadığı hâllere kısaca kanun boşluğu denir⁴³⁶. Kanun boşluğu, gerek çeşitleri gerek tasnifi bakımından, öğretide birçok biçimde incelenmiştir⁴³⁷. Çalışmamız bakımından önem arz eden kısım ise açık⁴³⁸– örtülü boşluk şeklindeki ayırımda yer alan örtülü boşluklardır⁴³⁹.

⁴³⁴ **AKBULUT**, s. 75, 76.

⁴³⁵ ‘Amaca uygun sınırlandırma’, ‘teleolojik redüksiyon’ kavramı, Almanca’da ‘teleologische Reduktion’ şeklinde ifade edilmektedir. ‘Teleolojik redüksiyon’, ‘hükmün amaca uygun sınırlanması’ yahut ‘restriksiyon’ şeklindeki kullanımlar için bkz. **AKBULUT**, s. 79; **Çiğdem KIRCA**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *AÜHFD*, C. 50, 2001/1, s. 98; **SEROZAN**, *Medeni*, I § 5 N. 40a vd. (Medeni). *Amaçsal sınırlandırma* kavramı için bkz. **O. Gökhan ANTALYA**, *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi*, Cilt: II Hukuk Metodolojisi, Seçkin Yayınları, 2021, N. 1082 vd. (Metodoloji); **ANTALYA/TOPUZ**, N. 904 vd.

⁴³⁶ **ANTALYA**, *Metodoloji*, N. 896; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 840; **SEROZAN**, *Medeni*, Bölüm I § 5 N. 27.

⁴³⁷ Bu hususta ayrıntılı inceleme için bkz. **ANTALYA**, *Metodoloji*, N. 896 vd.; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 840 vd.; **Seyfullah EDİS**, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Dördüncü Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993, s. 132 (Medeni); **SEROZAN**, *Medeni*, Bölüm I § 5 N. 27 vd.

⁴³⁸ Açık boşluk, kanunun, olaya uygulanabilir bir hüküm ihtiva etmemesi hâlidir. Öyle ki olumlu yahut olumsuz yani karşıt anlamdan uygulanabilecek bir düzenlemenin dahi mevcut olmaması durumunda ortada açık boşluk bulunmaktadır. Bkz. **AKBULUT**, s. 84; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 884 vd.; **ANTALYA**, *Metodoloji*, N. 1037 vd.; **SEROZAN**, *Medeni*, Bölüm I § 5 N. 28 vd.

⁴³⁹ Örtülü boşluk doktrinde çeşitli biçimlerde isimlendirilmektedir. Bunun bir sebebi, hangi tür boşluk olduğu hususunda ileri sürülen fikirlerdir. Zira örtülü boşluğu gerçek olmayan boşlukla eş mânâda kullananlar olduğu gibi gerçek olmayan boşluğun bir alt türü olarak kabul edenler de vardır. Başka bir görüş ise örtülü boşluğun da gerçek bir boşluk olduğunu kabul etmektedir. Tüm görüşlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. **AKBULUT**, s. 79 vd. Gerçek olmayan veya örtülü veya istisnai boşluk şeklindeki kullanım için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, N. 897, gizli boşluk şeklindeki kullanım için bkz. **DOĞANAY**, s. 104. Ayrık ya da istisna boşluğu şeklinde de adlandırılabileceği şeklinde bkz. **SEROZAN**, *Medeni*, Bölüm I § 5 N. 38.

Örtülü boşluk hâlinde esasen kanunda bir hüküm mevcuttur⁴⁴⁰. Fakat bu hükmün uygulanması, kanunun özüne uygun düşmemektedir⁴⁴¹. Kanun bir düzenleme ihtiva etmesine rağmen bu düzenleme yetersizdir ve mevcut ihtiyaçlara cevap olamamakta, uygulanması ise rahatsız edici sonuçlara mahal vermektedir⁴⁴². Ayrıca yasa koyucu soyut bir düzenleme yaparak bazı somut durumları atlamış ve istisnalara yer vermemiştir⁴⁴³. Açık kanun boşluğu hâlinde hukuk kuralı fazla dar biçimde düzenlenmiştir ve bu nedenle somut olayda uygulanabilecek hüküm bulunamamaktadır. Örtülü boşlukta ise kural o denli geniş biçimde düzenlenmiştir ki somut olay nezdinde sınırlandırılması gerekmektedir⁴⁴⁴.

Bahse konu geniş tutulmuş kuraldaki örtülü boşlukların, *amaca uygun sınırlama* yahut diğer bir ifadeyle *teleolojik redüksiyon* (restriksiyon) yöntemi ile doldurulabileceği ileri sürülmektedir⁴⁴⁵. Böylece kuralın tüm uygulama alanı bakımından sınırlandırılması yahut istisnai bir durumun eklenmesi gündeme gelmektedir⁴⁴⁶. Bir diğer anlatımla teleolojik redüksiyon, son derece geniş tutulmuş olan hükmün, somut olaya uygulanamaması nedeniyle ortaya çıkan örtülü boşluğunun doldurulması için, amacına uygun şekilde sınırlandırılmasıdır⁴⁴⁷.

Teleolojik redüksiyon yönteminin dayanağı hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır⁴⁴⁸. Bu husustaki bir görüş⁴⁴⁹ TMK m. 1'den hareket etmektedir⁴⁵⁰. Bu görüşe

⁴⁴⁰ Örtülü boşluğun esasen kanun boşluğu değil kanun sakatlığı anlamına geldiği yönünde bkz. **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1061; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 890. Kural aksaklığı olarak niteleyen görüş için bkz. **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5 N. 38.

⁴⁴¹ **AKBULUT**, s. 100; **EDİS**, Medeni, s. 134.

⁴⁴² **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1063; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 891.

⁴⁴³ **AKBULUT**, s. 100.

⁴⁴⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 613; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5 N. 38.

⁴⁴⁵ Buradaki boşluğun kuralda değil esasen kuralın ayrıştığına dair bkz. **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5 N. 38. Kuralın amacının, onun dar ya da geniş yorumlanmasını gerektirmesi hâlinde, kural metninin; hükmün amacı ile sınırlandırılması yahut düzeltilmesinin amaçsal sınırlandırma teşkil ettiği yönünde bkz. **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1083.

⁴⁴⁶ **KIRCA**, s. 99. Kuralın amacının, uygulanma alanını sınırlandırmasını gerektirmesinin genellikle kanun koyucunun özensiz hareketinden kaynaklandığına dair bkz. **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1085.

⁴⁴⁷ Kavrama ilişkin tanımlar için bkz. **AKBULUT**, s. 101; **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1096; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 912; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5 N. 40a.

⁴⁴⁸ Amaçsal sınırlandırmanın Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde tartışmalı olduğuna dair bkz. **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1086.

⁴⁴⁹ **AKBULUT**, s. 94 vd.; **KIRCA**, s. 101 vd.

⁴⁵⁰ Örtülü boşluğu, gerçek olmayan boşluk ile eş tutmayan bu fikir uyarınca bunların eş tutulması hâlinde örtülü boşluğun daha az değerli görünmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu nedendir ki örtülü boşluk da aslında bir gerçek boşluk olarak kabul edilmelidir. Denebilir ki açık boşluk ile örtülü boşluk arasında niteliksel bir fark yoktur.

göre örtülü boşluğun doldurulması için TMK m. 2'nin, yani hakkın kötüye kullanılması yasağının yardımına ihtiyaç bulunmamaktadır⁴⁵¹. Yargıç, boşluğu, hükmün *ratio legis*'i doğrultusunda doldurmalıdır. Böylece hükmün özünün bunu gerektirmesi nedeniyle, tüm uygulama alanı bakımından sınırlanması, yahut istisnai bir durumun eklenmesi gerekmektedir⁴⁵². Fakat bazı hâllerde ortada örtülü bir boşluk bulunmasa da kuralın somut olaya uygulanması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bu durumda TMK m. 2/II'ye başvurulması önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁵³.

Bir diğer görüş ise⁴⁵⁴, TMK m. 2/II'yi dışlamamaktadır. Öğretide *Antalya*, amaçsal sınırlandırmanın, kuralın amaçsal yorumla uygulanması ve amaçsal düzeltme şeklinde ortaya çıktığını ifade etmektedir⁴⁵⁵. Buna göre, kanunun amacı ile metni arasında, kanunlaştırma faaliyeti sırasında bir “*anlamın bütünlüğü yanlışlığı*” ortaya çıkabilir. Bu hâlde TMK m. 1/I uyarınca, kanunun yasal amacı ve değer yargısı esas alınır ve kuralın sözü, özü ile düzeltilir⁴⁵⁶. Amaçsal düzeltmede ise kanunun amacı ile sözü çelişmektedir ve bu nedenle kuralın amacına uygun olarak düzeltilmesi gerekmektedir⁴⁵⁷. Böylece hükmün amacından hareketle, adil kapsamıyla uygulanması sağlanır ve bu anlamda amaçsal sınırlandırma, hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünüm şeklidir⁴⁵⁸. Doktrinde *Serozan* da örtülü boşlukları TMK m. 1 kuralı çerçevesinde ele alanların, TMK m. 2/II sınırlamasından kurtulmuş oldukları için daha

Kanunun amacına bakıldığında, açık boşluklarda sözcüklerin çok dar ve eksik olduğu görülmektedir. Örtülü boşluklarda ise amaca uygun bir değerlendirme yapıldığı vakit bu anlamın çok geniş tutulduğu görülmektedir. Bkz. **KIRCA**, s. 99.

⁴⁵¹ Böylece hem sorunun çözümü hızlanacak hem de hakkın kötüye kullanılması şartlarının varlığını arayarak, örneğin büyük bir adaletsizliğin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırmasına girmeye gerek olmayacaktır. Bkz. **AKBULUT**, s. 114-116. Yine bu görüş, kanun koyucunun istisnai durumu her nasılsa atladığı ve bu nedenle hükmün sözünün; özü, amacı ve değerleriyle uyumadığı her hâli, gerçek/gerçek olmayan boşluk ayrımı gözetmeksizin örtülü boşluk olarak değerlendirmiştir. Bkz. **AKBULUT**, s. 99.

⁴⁵² **KIRCA**, s. 99.

⁴⁵³ **KIRCA**, s. 103, dn. 71.

⁴⁵⁴ **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1099; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 913; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5 N. 40.

⁴⁵⁵ **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1087.

⁴⁵⁶ **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1088.

⁴⁵⁷ **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1096.

⁴⁵⁸ **ANTALYA**, Metodoloji, N. 1098, 1099. Yazar ayrıca, amaçsal sınırlandırmanın zorunluluktan kaynaklanan hâllerde ve istisnai olarak uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Benzer yönde *Serozan*, yargıcın aksak kuralı düzeltmesinin, açık boşluğu doldurmasına benzemediğini ve örtülü boşluk doldurmanın gerçekten de ivedi ve son çare olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5 N. 47a.

geniş yürekli bir tavır alabileceklerini ifade etmektedir⁴⁵⁹. Fakat yazara göre TMK m. 2'ye dayanılması, esasen örtülü boşlukların doldurulmasında daha dikkatli davranılması kaygısından, zira kanunda yer alan bir kural açıkça düzeltilmektedir. Bu anlamda TMK m. 2/II, söz konusu kural düzeltme bakımından bir *frenleme fonksiyonu* üstlenmektedir. Örtülü boşluğun somut olaya özgü bir istisna hükmüyle doldurulması, açık bir adaletsizliğin varlığı hâlinde mümkündür ve hâkimin de her aksaklıkta, örtülü boşluğu rahatça doldurma faaliyetine girişmekten imtina etmesi ve dikkatli davranması gerekmektedir⁴⁶⁰.

2. Sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanması

Sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğünün sonuçlarının yarattığı adaletsiz durumu *düzeltilmek* için amaca uygun sınırlamadan yararlanabileceği ileri sürülmektedir⁴⁶¹. Bu teori sayesinde, kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarını yumuşatmak için ileri sürülen çeşitli modern geçersizlik teorilerinin, esasen, ihlâl edilen hükmün anlam ve amacı doğrultusunda kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının sınırlandırılmasından başka bir şey olmadığı ifade edilmektedir⁴⁶². Zira ihlâl edilen hükmün anlamı ve gayesi, hükümsüzlüğün sonuçlarının ne şekilde sınırlandırılacağını göstermektedir.

Amaca uygun sınırlama yapılmasını gerektirecek kanun boşluğunun var olduğu kanaati, temelde kanunun kesin hükümsüzlüğe ilişkin kuralının etkisiyle alâkalıdır. Zira bu fikre göre, hüküm, geçersizliğin geçmişe etki etmesi fikrine dayanmaktadır. Kanun koyucu ani edimli sözleşmeleri esas alarak bir düzenleme yapmıştır ve hükümsüzlük hâlinde ifa edilmiş şeylerin

⁴⁵⁹ SEROZAN, Medeni, Bölüm I § 5 N. 48. *Serozan*, boşluk ister açık ister örtülü olsun, yargıcın bunu doldurmak için herhangi bir kanun kuralına başvurmasına gerek olmadığını; TMK m. 1 olmasaydı da açık boşlukların ve TMK m. 2 olmasaydı da örtülü boşlukların doldurulacağını ifade etmektedir. Zira boşlukların doldurulması Anayasa ve eşitlik ile hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Bkz. SEROZAN, Medeni, Bölüm I § 5 N. 43 vd.

⁴⁶⁰ Ayrıntılı bilgiler için bkz. SEROZAN, Medeni, Bölüm I § 5, N. 42 vd.

⁴⁶¹ AKBULUT, s. 76, dn. 233; İstŞerhi/SEROZAN, m. 1, N. 100; SEROZAN, Medeni, Bölüm I § 5 N. 41; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 169; StaudingerKomm-FISCHINGER/HENGSTBERGER, BGB § 134, N. 130. Kısmi hükümsüzlük bakımından aynı yönde bkz. Herbert ROTH, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch -Buch 1: Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139-163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), 2020, BGB §139, N. 15 (StaudingerKomm/ROTH). Hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuç doğurduğunu düzenleyen TBK m. 394/III'ün, temelde, teleolojik redüksiyon çerçevesinde geçersizliğin sonuçlarının *ex nunc* etkiye indirilmesi olduğu yönündeki bir görüş, bu hükmün tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler yönünden genelleştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 28.62.

⁴⁶² AKBULUT, s. 76 vd.

iadesini öngören bir tasfiye sistemi kurmuştur⁴⁶³. Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından bu sistemin adilane sonuçlar yaratmadığı aşîkârdır⁴⁶⁴. O hâlde denebilir ki kanun koyucu bu özel durumu atlamıştır. Daha açık bir ifadeyle, kanunun kesin hükümsüzlüğü düzenleme altına alan hükmü o denli geniş biçimde düzenlenmiştir ki sürekli sözleşmelere ilişkin bu ayrık durum gözden kaçırılmıştır. İşte bu noktada amaca uygun sınırlama teorisi, sürekli borç doğuran bir sözleşmenin geçersizliği hâlinde, adil sonuçların ortaya çıkması için kanunda yer alan hükümsüzlük kuralının sınırlandırılması gerektiği fikrinden hareket eder⁴⁶⁵. Şu kadar ki bahse konu hüküm amaca uygun sınırlandırılmalı, ayrık eklenerek daraltılmalı ve olaya bu hâli ile uygulanmalıdır⁴⁶⁶. Zira yasa koyucu tipik olanı (ani edimli sözleşmeler) esas olarak düzenleme yapmış ve fakat atipik olanı (sürekli borç doğuran sözleşmeler) dikkate almamıştır. Bu nedenle örneğin, hizmet ya da kira gibi ifasına girilmiş sürekli borç doğuran bir sözleşmenin geçmişe dönük tasfiyesi hukuka aykırı sonuçlar yaratacak cinstendir⁴⁶⁷. Yine verilen örneklerden bir diğeri, ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin kurduğu hizmet sözleşmesine ilişkindir⁴⁶⁸. Bu durumdaki birinin kurduğu sözleşmenin hükümsüzlüğünün esas sebebi, aslında bu kimseyi korumak niyetiyledir. Denebilir ki kanun koyucu hükümsüzlük öngören kuralı çok geniş tutmuş ve hizmet sözleşmesine taraf olmuş tam ehliyetsiz kimse için bir ayrıntıya yer vermemiştir⁴⁶⁹. Fakat bu durum, yasa koyucunun korumayı amaçladığı kişi bakımından tam tersi şekilde adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına neden olur⁴⁷⁰. Bu sebeple örtülü bir boşluk söz konusudur ve hâkim ilgili boşluğu, tam ehliyetsiz kişinin yararına olan hâllerde bu işlemi geçerli sayarak doldurmalıdır⁴⁷¹.

⁴⁶³ Kanun koyucunun tavrı bakımından bkz. **BROX**, s. 240, 241; **DOĞANAY**, s. 101; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 56. Benzer açıdan bkz. **BaslerKomm-ZELLWEGER/GUTKNECHT**, vor Art. 1-40f, Rn. 29; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.25; **OETKER**, s. 426. Alman ve İsviçre mevzuatlarının sürekli edimli sözleşmeleri yeterince dikkate alan hükümler barındırmadığı yönünde bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 275.

⁴⁶⁴ **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41d.

⁴⁶⁵ **AKBULUT**, s. 76 vd.; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41d.; **StaudingerKomm-FISCHINGER/HENGSTBERGER**, BGB § 134, N. 130.

⁴⁶⁶ Yöntem için bkz. **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 40a.

⁴⁶⁷ **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41d.

⁴⁶⁸ **KIRCA**, s. 103; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41a.

⁴⁶⁹ Yazarlar bu örneği TBK m. 394/III kanuna eklenmeden önce vermişlerdir.

⁴⁷⁰ **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41a.

⁴⁷¹ **KIRCA**, s. 103-104; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41a.

Hükümsüzlüğü düzenleyen kuralların mevcut durumunun, ayırık olan sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından değerlendirilmesi ve amaca uygun sınırlandırılmasıyla, geçmişe etki yerini geleceğe etkiye bırakır. Böylece ifasına başlanmış sürekli sözleşmeler bakımından, hükmün amaca uygun sınırlandırılması sayesinde hükümsüzlüğün sonuçları sınırlandırılmış ve *ex nunc* etkili hâle getirilmiş olur⁴⁷².

D. Benimsediğimiz Görüş

Sürekli borç doğuran sözleşmelerde hükümsüzlüğün sonuçlarının etkisini klasik hükümsüzlükten uzaklaştırmak bakımından, yukarıda da açıkladığımız şekliyle birden fazla teori ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin dayandıkları gerekçeler birbirinden farklı olsa da temel gayeleri, geçersizliğin *ex tunc* etkili hüküm ve sonuçlar doğuran tesirini kırmak ve sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü bir hükümsüzlük düzeni geliştirmektir. Geniş anlamda hükümsüzlüğün bu biçimde etki etmesi gerektiğine dair bu ortak gaye ise esasen ifasına başlanmış sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımındandır⁴⁷³. Zira ifa edilmeye başlanmamış bir sözleşmenin hükümsüz olması ve bunun geçmişe etkisi esasen sorun yaratmamaktadır⁴⁷⁴. Bu nedenle sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün, sözleşme ifa edilmeden önce anlaşılması hâlinde *ex tunc* etkiyi işletmek mümkündür.

İfasına başlanmış sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğünün sonuçlarının *ex nunc* etkili şekilde tesir etmesini sağlayan hukuki çözüm ise kanaatimizce, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan ve hukuk hayatımıza 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile giren bir yasal düzenlemeye dayanmaktadır. Yani temelde, sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğüne dair durumun çözümü, kanuni bir düzenlemedir. Türk Borçlar Kanunu m. 394'ün üçüncü fıkrası

⁴⁷² **AKBULUT**, s. 219, 220; **SEROZAN**, Dönme, s. 169.

⁴⁷³ **AKYİĞİT**, s. 38; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 752; **AYDINLI**, İnceleme, s. 312; **Christof BURRI**, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags: Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, Schulthess, 2010, Rn. 360; **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 212; **PREIS/TEMMING**, Rn. 962; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 62; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41d.; **SEROZAN**, Dönme, s. 167.

⁴⁷⁴ İfasına başlanmamış bir sürekli sözleşmenin hükümsüzlüğü, o sözleşmenin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesine engel değildir. Bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 46. Benzer açıklamalar için bkz. **Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL**, İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Onuncu Bası, Beta Yayınları, 2022, s. 98 vd.

olarak yasa koyucu tarafından kanuna eklenen bu düzenleme, görüşümüze göre tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük sorununa cevap vermektedir. İlerleyen bölümde⁴⁷⁵ bu fikrimize dair ayrıntılı bir izahat yapıldığından tekrara düşmemek adına burada daha fazla açıklama yapmıyoruz.

⁴⁷⁵ Bkz. aşağı. İkinci Bölüm, I, B, 3.

İKİNCİ BÖLÜM

HÜKÜMSÜZLÜĞÜN SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE GENEL GÖRÜNÜMÜ

I. HÜKÜMSÜZLÜK DÜZENİ BAKIMINDAN TBK m. 394/III

Sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü ve bunun etkileri bakımından 6098 sayılı Kanun'a eklenen m. 394/III önemli sonuçlar doğurmaktadır. Hükmün, hizmet sözleşmesi bağlamında ortaya çıkardığı neticeler sarihtir. Fakat bu sonuçlar, hizmet sözleşmesi bakımından olduğu kadar diğer sürekli sözleşmeler ve özellikle çalışma konumuzu da teşkil eden eser ve vekâlet sözleşmeleri nezdinde önem taşımaktadır. Bu bölümde, hükmün genel olarak sürekli sözleşmeler bakımından neticelerine yer verilecek ve devamında sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğüne dair genel açıklamalar yapılacaktır. Hükümsüzlük hâllerinin hizmet, eser ve vekâlet sözleşmeleriyle alâkalı özel sonuçları ise bir sonraki bölümde incelenecektir.

A. TBK m. 394/III ve Mehaz OR Art. 320/III'ün Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 394, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 314. maddesine⁴⁷⁶ tekabül etmektedir. Hali hazırda üç fıkradan oluşan hükmün eski kanundaki karşılığı iki fıkradan oluşmaktadır. Çalışmamız itibariyle özellik arz eden son fıkrası ise yenidir.

Hükmün mehzasını, gerekçede de açıkça ifade edildiği üzere OR Art. 320⁴⁷⁷ oluşturmaktadır. Bu hükmün üçüncü fıkrası da tarihsel olarak ilk iki fıkradan sonra kanuna eklenmiştir. 1971

⁴⁷⁶ eBK m. 314: "Hilafına bir hüküm bulunmadıkça, hizmet akdi hususi bir şekle tabi değildir.

Ezcümle hizmet muayyen bir zaman için kabul edilmiş olur ve işin iktizasına göre o hizmet ancak ücret mukabilinde yapılabilirse, hizmet akdi inikad etmiş sayılır".

⁴⁷⁷ OR Art. 320: "1 Wird es vom Gesetz nicht anders bestimmt, so bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form.

2 Er gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.
3 Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem

revizyonuyla 320. maddeye eklenen⁴⁷⁸ ve 1972 yılında yürürlüğe giren⁴⁷⁹ üçüncü fıkra, sürekli borç doğuran sözleşmenin hükümsüzlüğünün *ex tunc* etkili sonuçlar doğurması endişesi nedeniyle ihdas edilmiştir⁴⁸⁰. Zira hükmün varlığından önce hizmet sözleşmesinin geçersizliği hâlinde işçi, sebepsiz zenginleşme yahut haksız fiil hükümlerine dayanarak bedel talebinde bulunuyordu⁴⁸¹.

Hükmün üçüncü fıkrasının 6098 sayılı Kanun'a eklenmesi, eski kanun döneminde ileri sürülen öğreti görüşleri ve mahkeme uygulamasının pozitif bir dayanağa kavuşması olarak nitelendirilmektedir⁴⁸². Hükmün gerekçesinde⁴⁸³ de bu hususa değinilmiş, öğreti ve

Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages vom einen oder andern aufgehoben wird'.

⁴⁷⁸ **BaslerKomm-ZELLWEGE/GUTKNECHT**, Einleitung vor Art. 1 ff., Rn. 132. Ayrıca bkz. Bundesgesetz über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) (Vom 25. Juni 1971), https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1971/1_1421_1449_1097/de (Erişim Tarihi: 30/7/2024).

⁴⁷⁹ **BURRI**, Rn. 371.

⁴⁸⁰ Yasa tasarısı ve OR Art. 320/III'ün gerekçesi için bkz. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) (Vom 25. August 1967), https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1967/2_241_249_177/de (Erişim Tarihi: 30/7/2024).

⁴⁸¹ **BURRI**, Rn. 372; **Ullin STREIFF/Adrian von KAENEL/Roger RUDOLPH**, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Schulthess Verlag, 2012, Art. 320, N8.

⁴⁸² **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 283; **Başak GÜNEŞ/Faruk MUTLAY**, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 30, 2011, s. 237.

⁴⁸³ “818 sayılı Borçlar Kanununun 314 üncü maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 393 üncü maddesinde, genel hizmet sözleşmelerinin kurulması düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 314 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan “B. Teşekkülü / I. Umumiyet itibariyle” şeklindeki ibare, Tasarıda “B. Kurulması” şeklinde değiştirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, hizmet sözleşmesinin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, özel bir şekle bağlı olmadığı belirtilmiştir. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde “İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir.” denilmekle birlikte, ikinci fıkrasında, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu öngörülmüştür. Yine, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, çıraklık sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması aranmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında bir kimsenin, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görmesi ve bu işin de işveren tarafından kabul edilmesi durumunda da aralarında hizmet sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı belirtilmektedir. Böylece, taraflar arasındaki fiili hizmet ilişkisi de, fıkra da açıklanan koşullarla, hizmet sözleşmesi sayılacaktır.

Maddenin son fıkrasında, öğreti ve uygulamada da benimsendiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilmeye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür.

Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu

uygulamada benimsenmiş olan görüşün kanunlaştırıldığı ifade edilmiştir. Sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde, hükümsüzlüğe dair borçlar hukuku sisteminin kabul ettiği genel sonuçlarda farklılığa gidilmesi yönündeki gerekliliği kabul eden kanun koyucu, bu yönde bir hüküm ihdas etmiştir.

B. TBK m. 394/III'ün Sürekli Borç Doğuran Sözleşmelerdeki Hükümsüzlüğe Etkisi

Türk Borçlar Kanunu m. 394, esasen Türk Borçlar Kanunu'nun ikinci kısım, altıncı bölümünde yer almaktadır. Hizmet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen bu hükmün çalışmamız bakımından özellik arz eden üçüncü fıkrası, hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün etkisini düzenlemektedir. Kanaatimizce bu fıkra yalnızca hizmet sözleşmeleri bakımından değil bilâkis tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü açısından sonuç doğurmaktadır. Burada akla, özel nitelikli bir hükmün bu biçimde genele sirayet edebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu gelebilir. Bu soruların cevaplanması için evvelâ kanun koyucunun *ratio legis*'inin, hükmün teorik temelini ve devamında da hükmün yarattığı bu geniş etkinin incelenmesi gerekir.

1. Kanun koyucunun amacı

Sözleşmeler hukuku bakımından gerek hükümsüzlük gerek temerrüt gibi birçok konu ve bunlar için getirilmiş kurallar bulunmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu, bu gibi sözleşmeler hukukuna ilişkin meselelere dair ihdas ettiği hükümlerde ani edimli sözleşmeleri temel alan bir bakış açısıyla hareket etmiş⁴⁸⁴ ve bu nedenle ilgili dönemde sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından bu meselelerin nasıl çözüleceği tartışma konusu olmuştur⁴⁸⁵. Bir diğer ifadeyle

hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320 nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan "iyiniyetle işgörme" koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir". Bkz. <https://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-394> (Erişim Tarihi: 1/8/2024).

⁴⁸⁴ Kanun koyucunun bakış açısı yönünden bkz. **BROX**, s. 240, 241; **DOĞANAY**, s. 101; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 92; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 56. Benzer açıdan bkz. **BaslerKomm-ZELLWEGER/GUTKNECHT**, vor Art. 1-40f, Rn. 29; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.25; **OETKER**, s. 426. Alman ve İsviçre mevzuatlarının sürekli edimli sözleşmeleri yeterince dikkate alan hükümler barındırmadığı yönünde bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 275.

⁴⁸⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, IV.

denebilir ki, 818 sayılı Kanun döneminde yasa koyucunun *ratio legis* esasen ani edimli sözleşmeler odaklıdır.

6098 sayılı Kanun'da ise sürekli borç doğuran sözleşmelere dair özel düzenlemeler yapılmış ve çeşitli hükümlerde sürekli sözleşme düzeni gözetilmiştir. Örneğin TBK m. 126, “*Sürekli Edimli Sözleşmelerde*” kenar başlığını taşımakta ve sürekli borç doğuran sözleşmelerde borçlu temerrüdüne dair bir kural ihdas etmektedir⁴⁸⁶. Yine aşırı ifa güçlüğü'nün düzenlendiği m. 138'de, sürekli borç doğuran sözleşmeler genel düzenlemeden ayrıştırılmış ve sürekli sözleşmelerde dönme hakkı yerine sözleşmenin feshi hakkının kullanılacağı kuralı getirilmiştir⁴⁸⁷. İşte TBK m. 394/III de esasen kanun koyucunun hükümsüzlük bakımından eski anlayışından ayrıldığını göstermektedir. Zira geçersiz bir sözleşmenin geçmişe etkili sonuçlar doğurarak ortadan kalkması, ani edimli sözleşmelere özgü bir sonuç olup tarafların sözleşme öncesi duruma dönmesi anlayışından hareket eder. Fakat defaatle belirttiğimiz⁴⁸⁸ gibi sürekli borç doğuran sözleşmelerde durumun bu biçimde cereyan etmesi adaletsiz sonuçlara neden olur. Anılan durum çeşitli çözüm arayışlarına neden olmuş ve kanun koyucu m. 394/III'ü ihdas etmiştir. Her bir normun bir *ratio legis* bulunmakta olup, bunlar kamusal gereksinimler nedeniyle ortaya çıkmakta ve toplumsal düzenin adaletli şekilde yürütülmesini sağlamaktadırlar⁴⁸⁹. 818 sayılı Kanun döneminde mevcut olmayan bu kuralların 6098 sayılı Kanun ile hukuk dünyamıza eklenmiş olması, yasa koyucunun sürekli borç doğuran sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerden ayırma ve bu düzenin sağlanması gayesinin bir sonucudur⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ TBK m. 126: “*İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir*”.

⁴⁸⁷ TBK m. 138/II (son cümle): “*Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır*”.

⁴⁸⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.

⁴⁸⁹ **Ahmet TÜRKMEN**, “Theodor Kipp’in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözülemediği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler”, MÜHF-HAD, C. 28, S. 2, 2022, s. 1072.

⁴⁹⁰ Özellikle kira ve hizmet gibi sözleşmelerde kanun koyucunun amacı ve sosyal adalet düşüncesinin etkisiyle, hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuçlar doğurduğu yönündeki fikir için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 752.

2. TBK m. 394/III'ün teorik temeli

TBK m. 394/III'ün temelinde yer alan teorinin izahı, her şeyden evvel OR Art. 320/III ile arasındaki ifade farklılığına değinmeyi gerektirir. Zira her ne kadar hükmün hareket ettiği esas açısından bir farklılık yaratmasa da kuralın ifadesinin ne gibi anlamlar doğuracağını açıklanması gerekir. Buna göre, TBK m. 394/III uyarınca hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, “*geçerli bir hizmet sözleşmesinin*” bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Hükmün mehzazında ise bu cümlelerin ilgili kısmı “*wie aus gültigem Vertrag*” biçiminde ifade edilmiştir. Yani, taraflar arasındaki ilişkinin, *geçerli bir sözleşmeymiş gibi*⁴⁹¹ anlamlandırılması ve tarafların yükümlülüklerini buna uygun şekilde yerine getirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. İki kural arasındaki bu nüans ilk bakışta çok büyük bir farkmış gibi görünmese de esasında geçersizliğin ileri sürülmesinden önceki zaman diliminde, sözleşmenin durumuna dair yapılacak yorumları etkilemektedir. TBK m. 394/III, hizmet sözleşmesinin ortadan kaldırılacağı ana kadar, sözleşmenin, geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağını düzenlemiştir. Hükmün gerekçesinde ise, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilinceye kadarki ilişkinin ifa tarzı, “*geçerli bir sözleşme varmışçasına*” şeklinde kaleme alınmıştır. Gerekçedeki bu kullanım, esasen bu süreçteki sözleşmenin geçerli olmadığını ve fakat *geçerliymiş gibi* bazı sonuçların doğacağını ifade etmektedir. İlgili sebeple denebilir ki TBK m. 394/III'ün lafzı, bu anlamda hem mehzaz hüküm hem de gerekçeyle uyumlu değildir.

⁴⁹¹ Hükmün çevirisini, “...sözleşme taraflardan birisince ortadan kaldırılincaya kadar her iki taraf da iş ilişkiden doğan yükümlülüklerini aynen geçerli bir sözleşmeymiş gibi ifa etmekle yükümlüdür” şeklinde ifade eden görüş için bkz. **Gökhan TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, Lykeion Yayınları, 2021, s. 88.

Kanuni düzenlemenin dayanağı bakımından fiili sözleşme ilişkileri doktrini, öğretide⁴⁹² daha fazla taraftar toplayan görüştür⁴⁹³. Bu fikre göre taraflar, fiili çalışma devam ettiği sürece geçerli bir sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler sahip kabul edilmekte ve bu da fiili sözleşme ilişkileri ilkesinin bir görünümünü oluşturmaktadır⁴⁹⁴.

Kuralın temelinde yer alan teorinin fiili sözleşme ilişkileri değil teleolojik redüksiyon olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır ki Türk hukuku bakımından bu görüş, hükmün yürürlükteki lafzı bakımından da dile getirilmektedir⁴⁹⁵. Kanaatimizce hükmün lafzı, teleolojik redüksiyondan ziyade fiili sözleşme ilişkileri teorisini destekler bir anlatım tarzı benimsemiştir. Zira *geçerli bir hizmet sözleşmesi* ifadesi, bu ilişki ortadan kalkıncaya değin geçerli bir sözleşmenin varlığına vurgu yapmaktadır. Oysa ortada geçerli bir sözleşme yoktur, geçerliymiş gibi davranılan, geçersizliğin sonuçlarının sınırlandırıldığı bir sözleşme vardır⁴⁹⁶. İsviçre

⁴⁹² ANTALYA, BG 1,1, N. 1044; **BaslerKomm-ZELLWEGER/GUTKNECHT**, Art. 1 ff., Rn. 132; **BernKomm/MÜLLER**, Art. 1, Rn. 401; **Manfred REHBINDER/Jean-Fritz STÖCKLI**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Stämpfli Verlag, 2010, Art. 320, Rn. 45 (**BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**); **Peter BÖHRINGER/Roger MÜLLER/Peter MÜNCH/Alex WALTENSPÜHL**, Prinzipien des Vertragsrechts, 4. Auflage, Schulthess, 2020, § 8, Rn. 8.21; **BURRI**, Rn. 379; **CHK-KUT/BAUER**, OR 1, Rn. 64; **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, N. 1835 (Özel Hükümler); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 1545, 1546; **GIGER**, s. 106; **KOLLER**, AT, Rn. 13.200; **Lukasz GREBSKI**, OFK- Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Hrsg: von Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2023, Art. 320, Rn. 10 (**OFK/GREBSKI**); **Wolfgang PORTMANN/Isabelle WILDHABER/Roger RUDOLPH**, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Auflage, Dike Verlag AG, 2024, Rn. 127 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 964, dn. 21. Bu yönde bkz. **Cem AKBIYIK**, “Ayrıntılı ve güzel düzenlenmesine rağmen hizmet sözleşmesinin uygulama alanı dar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, 2005, s. 83; **BELSER**, s. 440. TBK m. 394/III yürürlüğe girmeden önce OR Art. 320/III bakımından bu görüşte bkz. **İbrahim AYDINLI**, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, 2004, s. 46, dn. 143 (Sosyal Temas). TBK m. 394/III’ün fiili hizmet ilişkisini, hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi kılan bir düzenleme olduğu yönünde bkz. **Turgut ÖZ**, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 83 (Yeni). TBK m. 394/III ile birlikte katılma kuramının yasal bir dayanağa kavuştuğu yönünde bkz. **Tankut CENTEL**, “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, TİSK Akademi, 2011/II, s. 13-14.

⁴⁹³ Ayrıca bkz. TBK m. 394/II gerekçesi şöyledir: “*Maddenin ikinci fıkrasında bir kimsenin, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görmesi ve bu işin de işveren tarafından kabul edilmesi durumunda da aralarında hizmet sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı belirtilmektedir. Böylece, taraflar arasındaki fiili hizmet ilişkisi de, fıkra da açıklanan koşullarla, hizmet sözleşmesi sayılacaktır*”. Bkz. <https://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-394> (Erişim Tarihi: 1/8/2024).

⁴⁹⁴ **BaslerKomm-ZELLWEGER/GUTKNECHT**, Einleitung vor Art. 1 ff., Rn. 132; **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 45. Sözleşmenin kendi içinde geçersiz ise de başlangıçta geçerli bir sözleşme gibi muamele gördüğüne dair bkz. **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 126, 127.

⁴⁹⁵ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 363. Ayrıca bkz. **AKBULUT**, s. 220; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 524.

⁴⁹⁶ “*TBK md. 394/ III’ün ifadesi de dikkate alınarak; böyle bir hizmet sözleşmesinin geçersiz olmadığını kabul etmenin, hükümsüzlük teorilerinin özüne uygun düşmeyeceği yönünde olacaktır. Bu tür sözleşmeler baştan*

doktrinde de OR Art. 320/III'ü teleolojik redüksiyon çerçevesinde izah edenler bulunmaktadır⁴⁹⁷. Buna göre hükümde, geçersizliğin sonuçları, amaca uygun sınırlanarak *ex nunc* etkiye indirgenmektedir⁴⁹⁸. OR Art. 320/III doğrudan geçerli bir ilişkiden söz etmemiş, *geçerli bir sözleşmeymiş gibi* tarafların yükümlülüklerini yerine getirmesinden bahsetmiştir. Mehaz hükmün lafzında, geçersiz bir sözleşmenin varlığına ve fakat buna *geçerli bir sözleşmeymiş gibi* muamele edilerek hükümsüzlüğün sonuçlarının sınırlandırıldığına işaret eden bir ifade tarzı benimsenmiştir. Bu ifade şekli, sözleşmenin ilgili süreçte geçerli sözleşmelerle arasında bir fark olduğuna dikkat çekmekte ve bunun yanında bahse konu geçersizliğin de farklı anlaşılması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu açıdan denebilir ki TBK m. 394/III'ün lafzının mehaz hükümle tam olarak uyumlu olması, daha tercih edilebilir bir ifade tarzı olurdu. Fakat var olan hâlinin de kanaatimizce mehaz hükümle beraber anlamlandırılması ve değerlendirmelerin bu şekilde yapılması gerekir⁴⁹⁹. Yine de tüm bu tartışmalar sonunda denebilir ki esasen hükmün teorik temelini ne olduğu sorusunun cevabı, sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileriye etkili sonuç doğurması bakımından pratik olarak bir farklılık yaratmamaktadır.

3. TBK m. 394/III'ün geniş etkisi

Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin üçüncü fıkrası, sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğü bakımından getirilmiş ilk ve tek düzenlemedir. Hüküm, hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğü açısından öğreti ve uygulamanın takip ettiği çözümün pozitif dayanağı olarak nitelendirilmektedir⁵⁰⁰. Kuralın benimsediği çözüm, hem ileriye etkili sona erme ilkesinin yasal bir düzenleme olarak hukuk hayatında yer alması hem de tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere sirayet etmesi anlamında son derece mühimdir. Bu sebeple kuralın hem hizmet sözleşmesi bakımından – hükmün metnine dair eleştirilerimizi saklı tutarak – önem

geçersiz olmakla birlikte; yukarıda saydığımız nedenlerle ve özellikle işçinin korunması amacı gereği, "geçerli bir sözleşme gibi" hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır". Bkz. AKBULUT, s. 211.

⁴⁹⁷ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 28.62. OR Art. 320/III'te, hizmet sözleşmesinin geçersizliğin sonuçlarının amaca uygun şekilde *ex nunc* etki ile sınırlandırıldığı yönünde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 163.

⁴⁹⁸ AKBULUT, s. 210-212 vd.

⁴⁹⁹ Geçersizliğin ileriye etkili sonuçlar doğurmasının, fiili sözleşme ilişkileri yerine geçersizlik yaptırımının sonuçlarının amaca uygun sınırlanması (teleolojik redüksiyon) teorisi çerçevesinde açıklanmasının daha uygun bir teorik temel oluşturduğuna dair bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 363.

⁵⁰⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 283; GÜNEŞ/MUTLAY, s. 237.

doğurduğunu hem de sürekli sözleşmelerin hükümsüzlük düzeni açısından geniş bir etki yarattığını ve hükmün genelleştirilebileceğini düşünüyoruz.

TBK m. 394/III'ün (OR Art. 320/III) genelleştirilmesi gerektiğine dair görüş, İsviçre⁵⁰¹ ve devamında bu görüşe atıfla Türk⁵⁰² öğretisinde ileri sürülmüş ve kuralın tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere etki edebileceği ifade edilmiştir⁵⁰³. Buna göre TBK m. 394/III'ün (OR Art. 320/III) öngördüğü hükümsüzlük düzeni, diğer sürekli borç doğuran sözleşmelere de uygulanabilir. Böylece sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde, fiili sözleşme ilişkileri dahil olmak üzere, bir teoriye tevessül etmeye gerek kalmamaktadır⁵⁰⁴. Her ne kadar görüşler, TBK m. 394/III'ün (OR Art. 320/III) genelleştirilmesine değinse de bunun nasıl sağlanacağına dair ayrıntılı bir açıklama ihtiva etmemektedirler. Kanaatimizce hükmün geniş bir etki yaratarak sürekli sözleşmelerin hükümsüzlük düzenine tesir etmesi, TMK m. 5 aracılığıyla mümkündür.

TMK m. 5'e göre “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*”⁵⁰⁵. Hükümden de anlaşılabacağı üzere bu

⁵⁰¹ **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, vor Art. 23-31, Rn. 7; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.28.; **BernKomm/MÜLLER**, Art. 1, Rn. 405; **OFK/DASSER**, Art. 31, Rn. 21; **Nina REISER**, *Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR*, Schulthess Verlag, 2012, Rn. 47; OR Art. 320/III'ün hizmet sözleşmesinde işçinin ücret hakkının korunması amacını taşıdığına, hükmün fiili bir iş sözleşmesine sebebiyet verdiğine ve benzer bir fiili sözleşmenin kira gibi sürekli sözleşmelerde de gündeme geldiğine dair bkz. **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 129.

⁵⁰² **ALTINOK ORMANCI**, s. 163; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1044; **ÖZEN**, *Kredi*, s. 180-181, dn. 310. *Antalya'ya göre, “Bu düzenleme tüm fiili sürekli borç ilişkisi kıyasen uygulama alanı bulabilecek bir hükümdür. Ancak bu hükmün diğer fiili sürekli sözleşmelere uygulanabilmesi için zayıf durumda bulunan tarafın hizmet ediminde bulunan gerekir”*. TBK m. 394/III'ün, borçlar hukukunun genel hükümleri ile bağdaşmadığı yönünde bkz. **KILIÇOĞLU**, *Özel*, s. 402.

⁵⁰³ Öğretide *Koller*, OR Art. 320/III'ün sosyo-politik nedenlerle yürürlüğe girdiğini ifade ederek, kural olarak diğer sürekli borç doğuran sözleşmelerde bu türden bir korumaya ihtiyaç olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre Art. 320/III, bu biçimde bir kabulde genelleştirilerek diğer sürekli borç doğuran sözleşmelere etki edemez. Bu nedenle bu sözleşmelerdeki hükümsüzlüğün de kural olarak ileriye etkili sonuçlar doğuracağı söylenemez. Bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.198, 14.28. Yazara göre OR Art. 320/III'ün öngördüğü etki, ancak sınırlı durumlarda başka sözleşmelere uygulanabilir. Bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 14.28; **KOLLER**, Band II, Rn. 11.49.

⁵⁰⁴ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.28.

⁵⁰⁵ Bu konuyla alakalı ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, N. 244 vd.; **Derya ATEŞ**, “Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medeni Kanunun 5inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması”, İHM, C. 77, S. 2, 2019, s. 669 vd. (MK 5); **EDİS**, *Medeni*, s. 243 vd.; **Osman Berat GÜRZUMAR**, “Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004, s. 105 vd.; **Mustafa DURAL/Suat SARI**, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, 2021, s. N. 730 vd.; **M. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS**, *Medeni Hukuk Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar*, On İki Levha Yayınları, 2023, N. 205 vd.

düzenlemeyle kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun bir hükmünün, özel hukukun diğer alanlarına uygulanması imkânını getirmiştir⁵⁰⁶. Çalışmamız özelinde ise bu imkân, Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin üçüncü fıkrasının tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük rejimine uygulanmasıdır⁵⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu'na ait bir hükmün, diğer ilişkilere uygulanabilmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. Bunlar, temelde, mevzubahis durum için kanunda özel bir hüküm bulunmaması ve uygulanacak hükmün, tatbik edilecek özel hukuk meselesinin kendine özgü yapısına uygun düşmesidir⁵⁰⁸. Bu noktada, evvelâ, TBK m. 394'ün, özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmiş olmasının, TMK m. 5'in⁵⁰⁹ '*Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri*' ifadesine uygun düşüp düşmediği değerlendirilmelidir. Gerçekten de düzenleme, hizmet sözleşmeleri başlığı altında genel hizmet sözleşmesi ayırımında yer alıp *kurulması* kenar başlığını taşımaktadır. Bu anlamda hükmün genel bir nitelik taşımadığı ileri sürülebilir. Fakat TMK m. 5'teki ifadede, kuralın, kanunun genel hükümler kısmında düzenlenmiş olmasından bahsedilmemektedir⁵¹⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri yahut özel borç ilişkileri kısmında düzenlenen herhangi bir hüküm, niteliği itibarıyla genel nitelik⁵¹¹ teşkil edebiliyorsa, bu durumda TMK m. 5'in tatbik edilmesi mümkündür⁵¹². Bu hususta çoğunlukla vekâletsiz işgörme hükümleri örnek

⁵⁰⁶ TMK m. 5'in esasen açıklayıcı nitelik taşıdığı, bu kanuni düzenleme olmasaydı dahi hakimın TMK m. 1/I gereği genel hükümleri uygulamak zorunda olduğu ve bu nedenle hükmün esasen var olan durumu tekrar ettiği yönünde bkz. **DURAL/SARI**, N. 740. *Gürzümar*'a göre, hüküm işlevsiz değildir ve mevcut olay için doğrudan uygulanacak bir yasal düzenlemenin bulunmadığı hâllerde, TBK; TMK ve TTK'da bulunan genel nitelikli bir hükmü olaya uygun düştüğü ölçüde uygulamak yönünde hâkime görev yüklemektedir. Daha açık bir anlatımla hâkim, TMK m. 1/II uyarınca bir kanun boşluğundan bahisle örf adet hukukuna başvurması ve burada da çözüm yoksa hukuk yaratması şeklinde gerçekleşecek silsileye yönelmeden önce nitelikli bir araştırma yapmalı ve kıyasa uygun bir hüküm olup olmadığını kontrol etmelidir. Bkz. **GÜRZÜMAR**, s. 156.

⁵⁰⁷ **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, vor Art. 23-31, Rn. 7; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.28. Aksi yönde bkz. **KOLLER**, Rn. 13.198, 14.28; **KOLLER**, Band II, Rn. 11.49.

⁵⁰⁸ **ANTALYA/TOPUZ**, N. 259; **ATEŞ**, MK 5, s. 682; **DURAL/SARI**, N. 742 vd.; **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 208-211.

⁵⁰⁹ Hükmün tarihi gelişimine dair mehzaz kanunla karşılaştırmalı biçimde ayrıntılı bilgiler için bkz. **ATEŞ**, MK 5, s. 672 vd.; **GÜRZÜMAR**, s.105 vd.

⁵¹⁰ **ANTALYA/TOPUZ**, N. 268; **İhsan ERDOĞAN/Dilşad KESKİN**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Gazi Yayınevi, 2020, s. 190.

⁵¹¹ **ATEŞ**, MK 5, s. 675.

⁵¹² **ANTALYA/TOPUZ**, N. 268; **ERDOĞAN/KESKİN**, s. 190.

gösterilmektedir⁵¹³. Zira kanunun özel hükümler kısmında düzenlenmesine rağmen, bu kurallar genel nitelik taşımaktadır.

Hükümün genel nitelik taşıyıp taşımadığı incelenirken genelleştirilebilecek nitelikte olup olmadığının araştırılması gerekir⁵¹⁴. Bu noktada gerek kanun koyucunun *ratio legis* gerek hükmün uygulanma kabiliyetinin genelleştirilebilmesi değerlendirilebilir⁵¹⁵. Bunların yanında “bazı hallerde özel hükümlerden birer uygulama şeklini genel ilkeler çıkarmanın kabil olduğu”⁵¹⁶ da söylenebilecektir. Ayrıca, kanunun özel hükümlerinden olmasına rağmen, örneğin satış sözleşmesine ilişkin birtakım kuralların, uygun düştüğü ölçüde diğer mevzularda da uygulanabileceği öğretide kabul edilmektedir⁵¹⁷. Buna göre, TBK m. 213/II ve III’de yer alan düzenlemelerde, satış sözleşmesi bakımından giderim borcunun fark teorisine göre hesaplanacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı kabul TBK m. 236’da da açıkça dile getirilmiştir. Satış sözleşmesinde fark teorisinin kabul edildiği bu hükümlerin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının müspet zararı bakımından yapılacak hesapta kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵¹⁸. Yani kanunun özel borç ilişkileri

⁵¹³ ANTALYA/TOPUZ, N. 268; ATEŞ, MK 5, s. 675, dn. 14.

⁵¹⁴ Kanunun genel hükümler kısmının sürekli borç doğuran sözleşmelere özel bir hüküm ihtiva etmemesi nedeniyle özel hükümler bölümünün daha da önem kazandığı ve bu bölümün, bilhassa yasal olarak düzenleme altına alınmamış birtakım sürekli sözleşmelere de uygulanabilecek, genelleştirilebilecek nitelikte prensipleri içerdiği yönünde bkz. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rn. 92.

⁵¹⁵ Bu hususa benzer bir gelişim olarak BGB § 314 örnek verilebilir. Hüküm, sürekli borç doğuran sözleşmelerin haklı nedenle feshini düzenlemektedir ve BGB’nin eski versiyonunda bu düzenlemenin karşılığı yer almamaktadır. Fakat öğretide, bu hükmün esasen eskiden var olan bir uygulamayı kurallaştırdığı ve yeni bir ilke yaratmadığı ifade edilmektedir. BGB § 314 gibi sürekli sözleşmelerin haklı nedenle feshini düzenleyen genel bir hüküm var olmadığı dönemde de içtihat hukuku BGB § 626’yı esas alarak sürekli sözleşmelerde haklı nedenle feshin varlığına kanaat getirmekteydi. BGB § 626 ise aslında hizmet sözleşmesinde haklı nedenle feshi düzenleyen daha özel bir hükümdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reinhard GAIER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht- Allgemeiner Teil II, Red: Wolfgang KRÜGER, 9. Auflage, C. H. Beck, 2022, § 314, Rn. 1 (MüKoBGB/GAIER, BGB § 314).

⁵¹⁶ Tandoğan bu ifadeyi 818 sayılı Kanun’da yer alan ve özel hüküm niteliğinde olan m. 188 ve 212’deki fark kuramı metodunun diğer alelade satımlar ve kalan tüm karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere uygulanabileceğini ifade etmek için kullanmıştır. Bkz. Halûk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 146 (Cilt I/1).

⁵¹⁷ EREN, Genel Hükümler, N. 3496.

⁵¹⁸ EREN, Genel Hükümler, N. 3496; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 1315. Fark kuramının ticari satışlar dışında da uygulanabilmesinin ihtiyaçlara cevap verdiği ve bu uygulamanın önünde büyük bir engel bulunmadığı yönünde bkz. TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 146; Halûk TANDOĞAN, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ajans- Türk Matbaası, 1961, s. 520 (Mesuliyet). 818 sayılı Kanun döneminde bu hükümler ticari satış bakımından getirildiği için ilgili dönemde esas tartışmanın ticari satış ve ticari olmayan satış bakımından yapıldığı ve 6098 sayılı Kanun’da bu metotların tüm satış sözleşmeleri için getirilmesi nedeniyle bu tartışmanın büyük ölçüde önemini kaybettiği yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 1315.

kısımında yer alan ve satış sözleşmesine özgü bir durumu düzenleyen kuralının, tüm iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Anılan gerekçelerle, TBK m. 394'ün, tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük düzeni bakımından sonuç doğurabilmesi, bir diğer anlatımla genel nitelikli kabul edilmesi⁵¹⁹, TMK m. 5⁵²⁰ çerçevesinde mümkündür.

TBK m. 394/III'ün, tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlük düzeni için sonuç doğurabilecek genel niteliğine dair açıklamalardan sonra, TMK m. 5'te yer alan şartlar incelenmelidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, bu şartlar, çözülmesi gereken mevzu için kanunda özel bir hüküm bulunmaması ve uygulanacak hükmün, tatbik edilecek özel hukuk meselesinin kendine özgü yapısına uygun düşmesidir. TBK m. 394/III, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde uygulanacak hüküm olarak, diğer sürekli borç doğuran sözleşmelerin yapısına uygun düşmektedir. Zira hüküm, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü bakımından getirilmiş tek kuraldır ve ortaya koyduğu *ex nunc* etkili sona erme düzeni, tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanabilir cinstendir. Anılan gerekçelerle, TBK m. 394/III'ün, sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde uygulanması ve kuralın öngördüğü sonucun bu gibi sözleşmelere tatbik edilmesi mümkündür.

Anılan nedenlerle, gerek 6098 sayılı Kanun'un ruhu gerek yukarıda izah edilen çözüm, TBK m. 394/III'ün diğer tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere teşmilini mümkün kılmaktadır. Hizmet sözleşmesi bakımından doğrudan uygulama alanı bulan hüküm, kalan sürekli sözleşmeler nezdinde de uygulanmalı ve böylece bu sözleşmelerin hükümsüzlüğünün kural olarak *ex nunc* etkili sonuçlar doğuracağı kabul edilmelidir.

Bu noktada, önemle belirtilmelidir ki, TBK m. 394/III'ün temel alındığı görüşümüz bakımından, ortaya çıktığını savunduğumuz etki, iki yönlü şekilde genişlemektedir. Buna göre ilk olarak, TBK m. 394/III tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından kural olarak sonuç doğurmakta ve ileriye etkili sona erme düzenini dizayn etmektedir. Hükmün geniş etkisinin ikinci ayağını ise iptal edilebilirlik dahil tüm geçersizlik hâllerine tesir etmesi

⁵¹⁹ Kanunun özel hükümler kısmında düzenlenmiş bir hükmün genel nitelikli sayılabilmesi hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, N. 268 vd.

⁵²⁰ TMK m. 5'in genel nitelikli atfı olarak, özel hukuk ilişkilerinde TBK ve TMK'nın genel nitelikli hükümlerinin uygulanacağını düzenlediğine dair bkz. **ANTALYA**, Metodoloji, N. 946.

oluşturmaktadır⁵²¹. Bir diğer anlatımla TBK m. 394/III, *tüm hükümsüzlük düzeni* bakımından temel bir anlayış getirmektedir. Zaten TBK m. 394/III'te de *geçersizlik* ifadesi kullanılmış, kesin hükümsüzlük; kısmi hükümsüzlük, iptal yahut başkaca bir sınırlandırıcı tabire yer verilmemiştir. Anılan nedenle, hükmün sürekli borç doğuran sözleşmelere etkisi kural olarak hem sözleşmelerin tamamı hem de tüm hükümsüzlük düzeni bakımındandır⁵²².

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında⁵²³ bu yönde bir çözümün kabul edilebileceğini ileri sürmüştür⁵²⁴. Karara göre, yasa koyucu sürekli sözleşmeleri doğrudan dikkate alarak genel bir düzenleme yapmamıştır. Fakat hizmet sözleşmesi için getirilen OR Art. 320/III'te, geçersizliği ileri sürülünceye kadar, sürekli borç doğuran bir sözleşmenin geçerliymiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir. Kanun koyucunun bu ilkeyi açık bir şekilde diğer sürekli sözleşmeler açısından öngörmemiş olması, OR Art. 320/III'te yer alan bu ilkenin diğer sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından genelleştirilmesini engellememektedir. Anılan nedenle hüküm, tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler nezdinde uygulanabilir kabul edilmelidir.

II. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Hükümsüzlük, öğretide çok çeşitli şekillerde tasniflere konu olmuş bir meseledir⁵²⁵. Biz çalışmamızda hükümsüzlüğü bir çatı kavram olarak kullanmaktayız⁵²⁶. Daha açık bir ifadeyle, kesin hükümsüzlük ya da iptal edilebilirlik gibi hâller de dahil olmak üzere geçersizlik bahsine ilişkin hususları hükümsüzlük/geçersizlik şemsiyesi altında değerlendirmekteyiz⁵²⁷.

⁵²¹ Bu yönde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 3.28.

⁵²² Aksi yönde bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 13.198 vd.; **KOLLER**, Band II, Rn. 11.49 vd.

⁵²³ Karara ilişkin ayrıntılar için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, II, B, 3, a.

⁵²⁴ BGE 129 III 320, www.bger.ch (Erişim tarihi: 29/12/2023). Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1475 vd.; **WYSS/von der CRONE**, s. 35 vd. Benzer sonuçlar için bkz. BGE 132 III 242, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 27/03/2024).

⁵²⁵ Hükümsüzlük, klasik ve modern yaklaşımlar çerçevesinde çeşitli incelemelere konu olmaktadır. Bkz. **AKBULUT**, s. 23 vd.; **ANTALYA**, BG 1,1, N. 664 vd.; **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 55; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1044; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 580.

⁵²⁶ Bu şekilde kullanan yazarlar için bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 20; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1044; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 40; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 580.

⁵²⁷ Hükümsüzlük şemsiyesi altında incelenecek çeşitli ayrımlara tabi geçersizlik yaptırımlarının yanına yokluğun da dahil edilip edilemeyeceği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce yokluk, hükümsüzlük üst başlığında değerlendirilebilir. Ancak çalışmamız bakımından özellikli bir durum içermediğinden

A. Kesin Hükümsüzlükte

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi, sözleşmenin kesin hükümsüzlük sebeplerini düzenlemektedir. Gerek bu şartlar ile bunların ayrıntıları ve gerek hükümde yer almayan hususların sözleşmenin geçerliliği bakımından doğurduğu sonuçları daha önce izah ettiğimizden⁵²⁸ burada ayrıntılara girmeyeceğiz. Bu üst başlık altında, öncelikle, kesin hükümsüzlüğün etkisi ve hükümsüzlük sebebinin ortadan kalkması ihtimalini değerlendireceğiz.

1. Kesin hükümsüzlüğün etkisi

Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün sürekli sözleşmeler açısından en belirgin sonucu – daha önce de defaatle belirttiğimiz üzere – hükümsüzlüğün sonuçlarının kural olarak ileriye etkili olmasıdır. Zira sürekli sözleşmeler, yapıları itibariyle ileriye etkili bir sona erme düzenine ihtiyaç duymaktadır.

Ani edimli sözleşmelerin aksine sürekli sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü geçmişe etkili sonuçlar doğurmaz, sözleşme ortadan kaldırılincaya kadar *geçerli bir sözleşmymiş gibi* hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözleşmenin geçersizliğinin *ex nunc* etkili sonuçlar doğurmasının bir neticesi olarak, sözleşme ortadan kaldırılincaya dek ifa edilmiş edimin geri verilmesi, kural olarak gündeme gelmemektedir. Taraflar, ifasına girişilmiş edimlerin iadesini talep edememekte ve adeta *gelecek zaman için* sözleşmeyi sona erdirebilmektedir⁵²⁹. Böylece birbirinin karşılığını oluşturan edimler, lehine ifa edilen tarafta kalmakta ve bahse konu edimin alacaklısı bunu kural olarak karşı tarafa verme zorunluluğu taşımamaktadır.

Kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının geleceğe etkili tesir etmesi içinse sözleşmenin ifasına başlanmış olması gerekmektedir. Sürekli borç doğuran sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğünün ayrıca incelenmesinin ve bunun özellikli sonuçlar doğurmasının yegâne sebebi, sözleşmenin

bu yaptırım ayrıca incelenmemiştir. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 656 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1042 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 578; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 541 vd.

⁵²⁸ İlgili açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II.

⁵²⁹ **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, Rn. 31.29.

ifa edilmiş olmasıdır⁵³⁰. Fakat ifade edilmelidir ki bu şart, yalnızca kesin hükümsüzlük bakımından değil, hükümsüzlük çatısı altında ortaya çıkabilecek tüm hükümsüzlük hâlleri bakımından caridir.

Sözleşmenin ifasına başlanmış olmasının önemi, esasen sözleşmenin yapısıyla alâkalıdır. İfasına başlanmamış bir sürekli sözleşme bakımından herhangi bir geçersizlik nedeninin varlığı, o sözleşmenin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesine engel değildir⁵³¹. Bu anlamda, henüz asli edim ifa edilmeye başlanmadığı sürece hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuçlar doğurmasında bir sakınca yoktur⁵³². Zira sözleşme yanları, bilhassa iade düzeni bakımından sıkıntı yaratacak bir ilişkiye henüz girişmemiştir. Tarafların ifaya girişmiş olması hâlinde ise sürekli sözleşmelerde hükümsüzlük düzeninin farklı biçimde değerlendirilmesini gerektiren hâl vuku bulmuş demektir. Daha önce de izah ettiğimiz üzere bu andan sonra gerek sözleşmenin yapısı gerek tarafların ilişki durumu ve bilhassa da edimlerin niteliği, ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi tüm ilişkinin geriye döndürülmesine imkân vermemektedir. Bu nedenle hükümsüzlüğün etkisinin ileriye dönük olması noktasında, ifa aşamasına girmiş bir sürekli sözleşmenin varlığı aranmaktadır.

2. Kesin hükümsüzlüğün etkisi bakımından özel durumlar

Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olan durumlar daha önce de izah edildiği gibi çok çeşitli hâllerde karşımıza çıkabilir. Bu başlık altında, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olan bu olgular arasında bir ayrıma gidilip gidilemeyeceği irdelenecektir. Daha açık bir anlatımla, kesin hükümsüzlüğe neden olan sebepler arasında, geleceğe yahut geçmişe etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmak bakımından bir *hiyerarşi* olup olmadığı incelenecektir.

⁵³⁰ AKYİĞİT, s. 38; ANTALYA, BG 1,1, N. 752; AYDINLI, İnceleme, s. 312; BURRI, Rn. 360; GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 212; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rn. 792; PREIS/TEMMING, Rn. 962; SEROZAN, Medeni, Bölüm I § 5, N. 41d.; SEROZAN, Dönme, s. 167; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 569.

⁵³¹ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 46. Benzer açıklamalar için bkz. TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 98 vd.

⁵³² BURRI, Rn. 360; GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 211; SEROZAN, Dönme, s. 174. Benzer açıklamalar için bkz. TUNÇOMAĞ, s. 167.

Kesin hükümsüzlüğün hangi nedenden kaynaklandığı, kural olarak sözleşmelerin hükümsüzlüklerinde bir derecelendirmeye sebep olmaz⁵³³. Başka bir ifadeyle, kesin hükümsüzlük nedenlerinden birinin varlığı hâlinde, bunun ne olduğu önem arz etmeksizin yaptırım, kesin hükümsüzlük olmaktadır. Örneğin kamu düzenine aykırılık içeren bir sözleşmenin geçersizliği, kişilik haklarına aykırılık içeren bir sözleşmeden kategorik olarak daha fazla öneme sahip değildir. Fakat hükümsüzlüğün *ex nunc* etkisi bakımından birtakım geçersizlik hâllerinin ayrıştırılması gerektiği, bu durumlarda hükümsüzlüğün *ex nunc* etkili sonuçlar doğurmayacağı ileri sürülmüştür. Örneğin hizmet sözleşmesi bakımından öyle hâller vardır ki bu emsallerde hizmet sözleşmesinin varlığı, hukuk düzeninin temel felsefesiyle çatışma halindedir⁵³⁴. Bu nedenle sözleşmenin geçersizlik sebebinin kamu düzenini ağır biçimde ihlal etmediği hâller bakımından hükümsüzlüğün geleceğe etkili olması kabul edilmeli ise de kanuna ve ahlâka aykırılığın mevcut olduğu, yani kamu düzeninin ağır ihlâli bulunan durumlarda, bu ayırık durumu ileriye sürme imkânının olmadığı ifade edilmektedir⁵³⁵. Kamu düzeninin ağır şekilde ihlâl edildiği hâller bakımından verilen tipik örnek ise sözleşmenin konusunu, fuhuş; kaçakçılık gibi özellikle suç teşkil eden fiillerin oluşturmasıdır⁵³⁶. Bu gibi

⁵³³ TBK m. 27/I'in, sözleşme özgürlüğüne aykırılık olarak belirlediği hâllere ilişkin olarak bir öncelik ve aralarında bir farklılık yaratmadığı ve hepsini eşdeğer düzenlemeler olarak saydığı yönünde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1993.

⁵³⁴ **AKYİĞİT**, s. 39.

⁵³⁵ **AKYİĞİT**, s. 39; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 568.

⁵³⁶ **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 735, 736; **Öner EYRENCİ**, “Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im türkischen Recht”, Mängel des Arbeitsvertrages, Hrsg: von Münir EKONOMİ/Manfred REHBINDER, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Verlag Stämpfli & Cie, 1983, s. 116; **Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN/Esra BASKAN**, İş Hukuku, On Birinci Baskı, Beta Yayınları, 2024, s. 117; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 568; **Ünal NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku- Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Beta Yayınları, 2014, s. 245; **Başak OZAN ÖZPARLAK**, Türk İş Hukukunda İşe Alım ve İş Sözleşmesinin Kurulması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2013, s. 217; **Ercüment ÖZKARACA/Canan ÜNAL**, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, MÜHF-HAD (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan), C. 20, S. 1, 2014, s. 384; **SEÇER**, Çocuk ve Genç s. 1443; **Polat SOYER**, “İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri (1991), Mess Yayın, 1993, s. 3, 4 (Karar Değerlendirme); **SÜMER**, s. 65; **Sarper SÜZEK**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan), C. 20, S. 1, 2014, s. 139, 140 (Geçersizlik); **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 99-100; **İştar URHANOĞLU CENGİZ**, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBBD, Y. 24, S. 98, Ocak- Şubat 2012, s. 223, 223 (Çocuk ve Genç).

hukuka aykırılığın kabul edilemez seviyede olduğu ihtimallerde⁵³⁷, kesin hükümsüzlüğün en baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurması gerektiği ifade edilmektedir⁵³⁸. Fakat örneğin küçüklerin ve kadınların çalıştırılması yasaklarına aykırılık, kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının geleceğe etkili şekilde tesir etmesine engel olmamalıdır⁵³⁹. Yahut yabancılara yönelik çalışma yasaklarına aykırılık bakımından, akdedilmiş hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili sonuçlar doğurması gerektiğini ileri süren yazarlar olduğu gibi, bu durumun kamu düzenini ağır biçimde ihlâl etmediğini ve bu nedenle geçersizliğin geleceğe etkili hüküm ve sonuçlarını doğurması gerektiğini ifade eden görüş sahipleri de bulunmaktadır⁵⁴⁰.

TBK m. 394/III'ün yasallaşmasına değin öğretide yukarıda anıldığı şekliyle birtakım ayrımlara gidilmiştir. Sözleşmenin geçersizliğinin ileriye etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından yeknesak bir tutum sergilenmemiş ve ilgili sonuç her bir hükmün anlamı ve koruma amacına göre değerlendirilmiştir⁵⁴¹. Buna göre normun koruma amacı, işçiye değil de bilâkis üçüncü kişiler yahut kamu düzenine yönelikse, bu hâlde kesin hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuçlar doğurması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁴².

⁵³⁷ Ahlâka aykırı bir hizmet sözleşmesinin yokluk yaptırımına tabi olması gerektiği yönünde bkz. **MUSTAFA ÇENBERCİ**, 1475 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Sevinç Matbaası, 1972, s. 51.

⁵³⁸ **AKYİĞİT**, s. 39; **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 735, 736; **AYDINLI**, İnceleme, s. 313; **Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, C. 15, Özel S., 2013, s. 508; **EYRENCİ**, 116; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 117; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 495; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 568; **NARMANLIOĞLU**, s. 245; **Arthur NIKISCH**, Arbeitsrecht I. Band – Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1961, s. 216 (Arbeitsvertragsrecht); **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 384; **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk ve Genç, s. 223; **SÜMER**, s. 65; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 139, 140; **SOYER**, Karar Değerlendirme, s. 3, 4; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 99-100; **Kenan TUNÇOMAĞ**, İş Hukuku Cilt I, Dördüncü Bası, 1986, s. 170 vd. (İş Hukuku); **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 92. Benzer yönde bkz. **REİSOĞLU**, Hizmet, s. 139. Kural olarak bu fikirde olmasına rağmen *Seçer*, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin mağdur olmaması adına somut olayın koşullarının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **SEÇER**, Çocuk ve Genç s. 1443.

⁵³⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 568.

⁵⁴⁰ Çalışma izni ve çalışma yasaklarına aykırılık ve bu hususta öğretide yer alan görüşler bir sonraki bölümde ayrıntılı biçimde değerlendirilmiştir. İlgili açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 1, (ii).

⁵⁴¹ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 364. Örneğin hizmet sözleşmesinin geçerliliğini, çeşitli gerekçelerin bu yaptırımı gerektirip gerektirmemesi ekseninde inceleyen *Çenberci*, geçersizlik sonucu doğuran bazı durumlar bakımından da *ex nunc* yahut *ex tunc* etkili sona erme değerlendirmesine gitmiştir. Yazar, bahse konu durumlar açısından nihai kanaati belli bir esasa bağlamanın güç olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **ÇENBERCİ**, s. 47-53.

⁵⁴² Hükmün ihdasından önce bu görüşte bkz. **ÇENBERCİ**, s. 52, 53; **EYRENCİ**, s. 113 vd.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III'ün hukuk hayatına dahil olmasından sonra da geçersizlik sebebine göre *ex tunc* yahut *ex nunc* etkinin benimsenmesi gerektiğini ileri süren görüşler⁵⁴³ hizmet sözleşmesi bakımından savunulmaya devam etmiştir. Buna göre, hizmet sözleşmesinin konusunun ahlâka veya hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olması ya da suç teşkil etmesi hâlinde, geçersizliğin *ex tunc* etkili sonuçlar doğurması gerektiği ifade edilmektedir. Zira bu durumlarda normun koruma amacı işçinin korunmasından ziyade genel ahlâk veya kamu düzeninin selâmetidir. Benzer şekilde bir başka görüş⁵⁴⁴ de hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğüne neden olan durumun bazen bir hizmet ilişkisinin bile geçersizliğine neden olacağını ifade etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, hizmet ilişkisinin kurulmasını hizmet sözleşmesinin kurulmasından ayıran⁵⁴⁵ bu fikir⁵⁴⁶, sözleşmenin geçersizliğine sebep olan durumun önemine binaen, bunun geçerli bir hizmet ilişkisine dahi sebebiyet veremeyeceğini ve bu hizmet ilişkisinden sözleşmesel hakların zuhur etmesinin, hukukun temel ilkelerine aykırı olacağını dile getirmektedir. Buna örnek olarak da konusu veya amacı ahlâka aykırı, ceza hukuku normunu ihlal eden, kamu yararı için konulmuş bir çalışma yasağının⁵⁴⁷ taraflarca bilindiği yahut tarafların anlaşarak muvazaaya sebebiyet verdikleri ihtimaller sayılmıştır⁵⁴⁸. Bu görüş sahipleri, TBK m. 394/III'ün, geçersiz bir hizmet sözleşmesinin varlığına rağmen, geçerli bir biçimde doğmuş hizmet ilişkisinin varlığı hâlinde uygulanabileceğini belirtmektedir.

Kesin hükümsüzlüğün etkisine dair toptan bir kabulle hareket eden görüşlere doğrudan katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Bunun ilk sebebi, kesin hükümsüzlük gerekçelerine daha ilkesel bir açıdan bakılmasının gerekmesi nedeniyle. Yasa koyucu kesin hükümsüzlük sebepleri bakımından bir ayırım yapmadığı gibi, bunlardan birinin diğerine üstün olduğu

⁵⁴³ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366; ÖZKARACA/ÜNAL, s. 384; SÜZEK, Geçersizlik, s. 139; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 99-100.

⁵⁴⁴ CENTEL, s. 14; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 99 vd. Hükümün ihdasından önce bu yönde bkz. AKYİĞİT, s. 39; NIKISCH, Arbeitsvertragsrecht, s. 216, 217. Hukuka, ahlâka ve adaba aykırı bir davranıştan, fiili bir sözleşme ilişkisi doğamayacağı yönündeki benzer görüş için bkz. KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 749.

⁵⁴⁵ Yazar, hizmet ilişkisi ve hizmet sözleşmesi ayırımı bakımından katılma görüşünün, TBK m. 394/III'ün esasını oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. CENTEL, s. 13-14.

⁵⁴⁶ CENTEL, s. 13-14; NIKISCH, Arbeitsvertragsrecht, s. 216; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 99; Sabahattin YÜREKLİ, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 109 (Hizmet).

⁵⁴⁷ Kamu yararının ağır bastığı birtakım hâllerde, eğer sözleşmenin ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesi, ilgili yasağın konuluş amacını ortadan kaldıracak nitelikte ise bu durumda hizmet sözleşmesinin geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesi gerektiğine dair bkz. MÜKoBGB/SPINNER, BGB § 611a, Rn. 557.

⁵⁴⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 99, 100.

yönünde bir kabul de bulunmamaktadır. Geçersizlik nedenleri arasında bir derecelendirme yapmak, başka bir söyleyişle, birtakım geçersizlik hâllerini diğerlerinden daha *geçersiz* saymak kanaatimizce isabetli değildir. Bu sebeplerden birinin diğerine üstün olması sonucunu doğuracak bu türden külli bir ayırım, hükmün ihdas sebebine aykırıdır. Kesin hükümsüzlüğe sebep olan olguların hepsi, hukuk düzeni bakımından kabul edilemez durumların bir yansımasıdır. Ayrıca, normun koruma amacından yola çıkarak, işçinin değil üçüncü kişilerin yahut kamu düzeninin korunması amacı güden durumlarda da yine toptan bir kabulle hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuçlar doğurduğunu söylemek yerinde değildir. Zira bu durum evvelâ TBK m. 394/III'ün uygulama alanını daraltır. Kesin hükümsüzlüğe sebep olan birçok durumda kamu düzeninin korunması önem taşımaktadır. Hükmün etkisini değiştiren bu gibi bir kabul, kesin hükümsüzlüğün *ex nunc* etkisinin muğlak bir zeminde uygulanmasına ve hatta neredeyse uygulanamamasına neden olur.

Kesin hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuçlar doğurmasının, fiili hizmet ilişkisi ekseninde incelenmesi de yine kanaatimizce uygun değildir. Zira bir sözleşmenin kurulmasını sağlayan şey, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıdır ve geçerlilik yahut geçersizlik temelde bu olgularla ve bu süreçle alâkalıdır⁵⁴⁹. Oysa bu görüş nezdinde geçersizlik atfedilen husus fiili hareket, eylemdir. Bir kimsenin eyleminin geçerliliği şeklinde bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Anılan gerekçeyle hizmet ilişkisinin geçersizliği ekseninde bir inceleme yapılması kanaatimizce mümkün değildir.

Kesin hükümsüzlüğün etkisine dair toptan bir kabulle hareket eden görüşlere doğrudan katılmama yönündeki kanaatimizin bir diğer gerekçesi, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü ve bunun etkisinin, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlük düzeninden ayrı düşünülememesidir. Zira kanun koyucunun *ratio legis*, sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından bir ayırım yapmaktır. Pek tabii m. 394/III, hizmet sözleşmesi açısından, işçinin korunması ilkesinden de hareket etmektedir⁵⁵⁰. Fakat ilgili hükmün tek koruma amacı işçinin

⁵⁴⁹ Bir sözleşmenin geçersizliğinin incelenebilmesi için temel şart, ortada bir sözleşme, yani karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmasıdır. Bkz. **KELLER/SCHÖBI**, s. 140; **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 122. Öneri ve kabul bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. **İpek SAĞLAM**, “TBK m. 3-4”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019 (İstŞerhi/SAĞLAM).

⁵⁵⁰ **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 129.

korunması değil, aynı zamanda sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük düzeninin dizaynıdır⁵⁵¹. Anılan sebeple, geçersizlik nedenlerini toptan bir ayrıma tabi tutmak hükmün ihdas gayesine de aykırıdır. Zira sözleşmenin sona erme düzeni bakımından adaletli sonuçların doğması önem teşkil etmektedir. Bu bakımdan kuralın ileriye etkili sona erme olduğu unutulmamalı ve fakat açıktır ki birtakım hâllerde adaletin teşkili sağlanmalıdır. Konusu suç teşkil eden bir sözleşmenin taraflarının çıkar elde etmesi bu duruma emsal gösterilebilir. İlgili hâlde, adalet ve düzenin sağlanması amacıyla kabul edilen sözleşmenin güçsüz olan yanının korunması yahut ileriye etkili sona erme ilkeleri, bahse konu amacın ötesine geçen bir *haksızlığın* zuhur etmesine sebep olabilir. Örneğin bir klinik sahibi işveren ile istihdam ettiği doktor arasındaki hizmet sözleşmesi, kaçırılan kimsesiz çocukların organlarının yasa dışı alınmasına ilişkin olabilir⁵⁵². Sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileriye etkili şekilde sonuç doğurması gerekliliğinin temelinde yatan adaleti sağlama amacının tesisi bakımından bu durum, hukuk düzeninin korumayı arzu ettiği haddi aşmaktadır. Fakat yine de ahlâka aykırı her türlü durum için bu tespiti yapmak mümkün değildir. Örneğin bir şirketin muhasebe departmanında istihdam edilen işçi, esasen şirketin suç teşkil eden faaliyetleri bakımından gerekli işlerini biraz da şirket sahiplerinden çekindiği için yerine getiriyor ve bunun yanında suç teşkil etmeyen başkaca iş ve işlemleri de yapıyor olabilir. Bu durumda tarafların amacının ahlâka aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz olan hizmet sözleşmesinin ileriye etkili şekilde sona ermesi kabul edilebilir bir durum teşkil etmektedir⁵⁵³. Anılan gerekçelerle, kesin hükümsüzlük sebepleri arasında en baştan bir ayrıma gidilerek kesin hükümsüzlüğün etkisi belirlenmemelidir. Kural, ileriye etkili sonuçlar doğuran sona ermedir. Fakat sayılan örneklerdeki gibi birtakım hâllerde, sözleşmenin taraflarının çıkar elde etmesi, ileriye etkili sona erme ile amaçlanan adalet duygusunun önüne geçebilir. Bu durumda kuraldan ayrılmak mümkün ise de bunun ancak istisnai bir nitelik teşkil edeceği söylenmelidir.

⁵⁵¹ Hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün *ex nunc* etkisinin, işçinin korunması ilkesinin yanında ve en az bunun kadar önemli olan, sözleşmenin sürekliliğiyle de alakalı olduğu yönünde bkz. **GÜNEŞ/MUTLAY**, s. 237; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 513 vd.; **SEÇER**, Çocuk ve Genç, s. 1440; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 136.

⁵⁵² Benzer şekilde kaçakçılık yahut sahte para basmak gibi faaliyetleri yerine getirmesi için bir kişinin istihdam edilmesinin, ahlâka aykırı bir sözleşme ortaya çıkaracağı yönünde bkz. **de BEER**, s. 50.

⁵⁵³ Bilhassa işçinin korunması ilkesi nedeniyle geçmişe yönelik etkiler doğuran kesin hükümsüzlüğün somut olay bakımından değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **SEÇER**, Çocuk ve Genç, s. 1443.

3. Kesin hükümsüzlüğe sebep olan durumun ortadan kalkması

Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olan durumun sözleşmenin ifası sırasında ortadan kalkması gündeme gelebilir⁵⁵⁴. Örneğin akıl sağlığı yerinde olmayan bir tam ehliyetsiz sözleşmenin devamında sağlığına kavuşabilir⁵⁵⁵ yahut yaşı nedeniyle sözleşmenin tarafı olması imkânı olmayan bir küçük, ergin hâle gelebilir. Bu hâllerde sürekli borç doğuran sözleşmenin kuruluşu esnasında mevcut olan bir hükümsüzlük sebebi sözleşme ifa edilmeye devam edilirken sona ermiş olmaktadır. Sebep ortadan kalktıktan sonra kesin hükümsüzlük iddiasının ileri sürülebilmesi bilhassa hizmet sözleşmesi özelinde tartışılmıştır. Bu durumda, bir fıkreye⁵⁵⁶ göre, yaş küçüklüğü nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürme imkânı, kanunen işçinin çalışma yaşına gelmesi anına kadardır. Bu zaman diliminden sonra, sözleşmenin kuruluşu sırasında işçinin yaşının küçük olduğunun ileri sürülmesi ve sözleşmenin sona

⁵⁵⁴ Kesin hükümsüzlüğe sebep olan durumdan ayrı olarak, kesin hükümsüzlüğe sebep olan hükmün yürürlükten kaldırılması da gündeme gelebilir. Kural olarak sözleşmenin geçerliliği, kurulduğu andaki kurallara göre tespit edilmektedir. Fakat yine de bu durumdaki bir sözleşmenin akıbeti bakımından iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, karar anında hükümsüzlüğe neden olan kuralın yürürlükten kalkması, sözleşmenin geçerli sayılmasını gerektirmektedir. Bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 32.09. Bu konudaki diğer görüşe göre ise sözleşmenin akdedildiği andaki geçersizlik yaptırımı, emredici hükmün yürürlükten kalkması ile ortadan kalkmaz. Bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 16; **HUGUENIN**, Obligationenrecht, Rn. 397. İkinci görüşü desteklemekle beraber, geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı sayılması gerektiği yönünde bkz. **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 64.

⁵⁵⁵ Kesin hükümsüzlük sebebinin ortadan kalkmadığı bir aşamada, bu hükümsüzlüğü ileri sürmek dürüstlük kuralı uyarınca mümkün olmayabilir. Yargıtay'ın da bu yönde değerlendirmeler yaptığı bir tüketici kredisi sözleşmesi kararı bulunmaktadır. Sözleşmeye konu olayda kişi akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanmış ve vesayet altına alınmıştır. Sonrasında banka ile iki ayrı tüketici kredisi sözleşmesi yapmış ve geri ödeme sırasında bu kimsenin ehliyetsizliği nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğü ileri sürülmüştür. Yargıtay her ne kadar dosyayı tekrar yerel mahkemeye gönderse de ehliyetsizliğin sözleşmenin ifası sırasında ileri sürülmesi hususunda hakkın kötüye kullanılması değerlendirmesi yapmıştır. Bkz. "...Yukarıda yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, temyiz gücünden yoksun kişinin fiilleri ve bu arada tasarrufu kural olarak-kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere-butlan ile maluldür. Şu halde, kural olarak butlan, ilgili olan herkes tarafından her zaman (bir süre sınırlaması olmaksızın) ileri sürülebilir. Zira, bu hukuki durum, taraflarca ileri sürülmesi gereken bir def'i olmayıp, itiraz niteliğindedir. Bu nedenle, yargılama sırasında taraflarca ileri sürülmesi bile, hakim bu durumu kendiliğinden göz önüne almak zorundadır. İşlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi, somut olay bakımından dürüstlük kuralına aykırı olmamalıdır. Zira, hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırı ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, dikkate alınmaz". Yargıtay HGK. E. 2012/1059, K. 2013/98, T. 14/2/2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 26/9/2024).

⁵⁵⁶ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 377, 378; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 271; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 569; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 399; **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 128; **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk ve Genç, s. 223; **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 94; **Frank VISCHER/Roland M. MÜLLER**, Der Arbeitsvertrag, Vierte, erweiterte Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, §9, Rn. 63; **Frank VISCHER**, "Der Arbeitsvertrag", Schweizerisches Privatrecht VII/1, Hrsg: Max GUTZWILLER/Hans HINDERLING/Arthur MEIER-HAYOZ/Hans MERZ/PAUL PIOTET/Roger SECRÉTAN/Werner von STEIGER/Frank VISCHER, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1977, s. 333.

erdirilmesi mümkün değildir. Ayrıca sözleşmenin, işçinin yaşının küçük olduğu döneme tekabül eden kısmının geçersiz olduğu da yine ileri sürülemez⁵⁵⁷. Hükümsüzlüğün ileri sürülmesi ve sözleşmenin sona erdirilebilmesi için hükümsüzlük sebebinin mevcut olması gerekir⁵⁵⁸. Bir diğer deyişle, sebep ortadan kaldırıldığında hükümsüzlük giderilmiş olur⁵⁵⁹. Kesin hükümsüzlüğün düzelmemesi kural olsa da işçi işveren ilişkileri bakımından bilhassa işçiyi korumak amacıyla getirilmiş sözleşme yapma yasaklarına aykırılıkta, bu durumun farklılaştığı ve geçersizliğin *iyileştigi* ileri sürülmektedir⁵⁶⁰.

Aksi yöndeki ve kanaatimizce daha isabetli olan görüşe göre⁵⁶¹ ise kesin hükümsüzlük sebebinin ortadan kalkması, sözleşmenin geçersizliği bakımından bir değişiklik yaratmaz. Zira kesin hükümsüzlük, zamanla; tarafların ifasıyla yahut bu örnekte olduğu gibi küçüğün kanunun aradığı yaşa ulaşmasıyla geçerli hâle gelmez⁵⁶².

Yargıtay tarafından verilen bir kararda⁵⁶³, işçi on bir yaşında işe başlatılmış ve yirmi beş yaşında iken hizmet sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiştir. Yüksek mahkeme ise işçinin çalışmaya başladığı yaşın kanunen belirlenen sınırın altında olduğuna ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Hatta bu geçersizliğin geçmişe etkili sonuçlar doğurduğu hüküm altına alınmıştır⁵⁶⁴. Karar metninde davalı işverenin hükümsüzlük iddiasına

⁵⁵⁷ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 399.

⁵⁵⁸ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 399; PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, Rn. 128.

⁵⁵⁹ PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, Rn. 128.

⁵⁶⁰ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 377, 378.

⁵⁶¹ SEÇER, Çocuk ve Genç s. 1440.

⁵⁶² SEÇER, Çocuk ve Genç s. 1440. Bu noktada, esasen kanuni bir düzenlemesi olmayan ve fakat öğretilde ileri sürülen tasdik kurumu gündeme gelebilir. İlgili hususa dair ayrıntılar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 581 vd. İşçinin hizmet sözleşmesinin devam etme imkânından yoksun kalmaması için tasdik yolunun tercih edilebileceğine dair bkz. AKBULUT, s. 212.

⁵⁶³ Karara ilişkin incelemeler için bkz. ÖZKARACA/ÜNAL, s. 400 vd.

⁵⁶⁴ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 71. maddesinde, on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu, ancak, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Bu kurala göre çalışma yaşının alt sınırı on dört yaş olarak belirlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.04.1991 tarihli ve 1991/9-107 esas sayılı kararında da belirtildiği üzere, on dört yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulma imkanı bulunmaktadır. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde yapılan iş sözleşmesi 4857 sayılı Kanun’un kapsamı dışında kalacaktır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, mahkemece hizmet süresinin 31.10.1996-14.09.2010 tarihleri arasında belirlenmesi isabetsizdir”. Yargıtay 22. HD. E. 2012/16405, K. 2013/11851, T. 21/5/2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 26/9/2024).

dayandığı yönünde bir bulgu yer almamaktadır. Mahkeme re'sen bu incelemeyi yapmış ve sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu hüküm altına alarak doğru bir sonuca ulaşmıştır. Ancak karar, TBK m. 394/III yürürlüğe girdikten sonra verilmiş olmasına rağmen, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün sonuçlarının geçmişe etkili olduğu kabulünden hareket edilmiştir. Bu açıdan isabetsiz olması bir yana, hizmet sözleşmesi bakımından bu hükmün öncesinde de var olan anlayış çerçevesinde⁵⁶⁵, kesin hükümsüzlüğün *ex tunc* etkili sonuç doğurmadığı açıktır. Anılan gerekçeyle karar, bu yönüyle isabetsizdir⁵⁶⁶.

4. Kısmi hükümsüzlükte

a. Genel olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*”⁵⁶⁷. *Favor negotii* ve *favor contractus* ilkesinden hareket eden kanun koyucu⁵⁶⁸, sözleşmeyi mümkün mertebe ayakta tutma çabasının bir sonucu olarak, hükümsüzlüğün yalnızca sözleşmenin bir kısmını etkilemesi hâlinde, diğer kısmın ayakta kalmasını ve hükümlerini doğurmasını öngörmüştür⁵⁶⁹. Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından bu durum ayrıca mühimdir. Zira istikrar önemli bir sözleşmesel özellik olarak

⁵⁶⁵ Bu hususa dair ayrıntılar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I, B, 1.

⁵⁶⁶ Bu yönde bkz. ÖZKARACA/ÜNAL, s. 401.

⁵⁶⁷ Geniş anlamda içerik sakatlığına sebep olan şekle aykırılık, irade sakatlıkları, fiil ehliyeti eksikliği ve muvazaa gibi hâller bakımından TBK m. 27/II'nin kıyasen uygulanacağı ve sözleşmenin bir kısmına sirayet etmiş bu durumların kısmi hükümsüzlüğe sebebiyet vereceği yönünde bkz. BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s. 104, 105; KIRKBEŞOĞLU, s. 186, 187. Bu yönde bkz. GÜMÜŞ, Genel, s. 246.

⁵⁶⁸ OR Art. 20/II'nin (TBK m. 27/II) emredici olmadığı yönünde bkz. BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 68; BernKomm/KRAMER, Art. 19-20, Rn. 330; OFK/DASSER, Art. 20, Rn. 26.

⁵⁶⁹ ANTALYA, BG 1,1, N. 2069; İstSerhi-ERGÜNE/KURŞUN, N. 74; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 598. Buna ek olarak, tarafların; sözleşmenin geçersiz olan hükümleri hariç kalan kısmını kabul etmesi gerekliliği nedeniyle hükmün ikinci fıkrasının ahde vefa ilkesine de karşılık geldiği yönünde bkz. HÜRLIMANN, Rn. 11. Alman hukukunda ise durum tam tersidir. BGB § 139'a göre, sözleşmenin geçersiz olan kısımları olmaksızın da sözleşmenin akdedileceği anlaşılmadıkça sözleşmenin tamamı geçersiz kabul edilmektedir. Bu hâliyle hüküm, ‘*utile per inutile non vitiatur*’ yani faydalı olanın faydasız olan nedeniyle bozulmaması ilkesinden uzaklaşmış ve geçerli olan hükümlerin muhafazası yerine genel bir geçersizlik karinesi tercih edilmiştir. Ayrıntılar için bkz. MüKoBGB/BUSCHE, § 139, Rn. 1 vd.

karşımıza çıkmaktadır⁵⁷⁰ ve bu da sözleşmenin ayakta kalarak hükümlerini doğurmaya devam etmesini gerektirmektedir. Anılan nedenle sürekli borç doğuran sözleşmeler nezdindeki kısmi hükümsüzlük, bu sözleşmelerin ilgili niteliği gözetilerek uygulanmaktadır⁵⁷¹. Böylece sözleşme, mümkün mertebe *yaşamaya* devam etmektedir.

Sürekli borç doğuran bir sözleşmenin bir kısmına sirayet etmiş geçersizliğin, kesin hükümsüzlüğe sebebiyet vermesi de mümkündür. Zira, tarafların ilgili kısım olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyecekleri söylenebiliyorsa, bu durumda sözleşmenin tamamı kesin hükümsüzdür. Kural olarak kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi içinse, hükümsüz olan kısım olmasaydı da tarafların, sözleşmenin varlığının korunması yönünde bir farazi iradesinin⁵⁷² olduğunun söylenebilmesi gerekir. Tarafların farazi iradesine ilişkin bu koşul kısmi hükümsüzlüğün subjektif şartı olarak nitelendirilmektedir⁵⁷³. Kısmi hükümsüzlüğün objektif şartları ise sözleşmenin bölünebilmesi ve açıktır ki geçersizliğin sözleşmenin bir kısmına sirayet etmesidir⁵⁷⁴.

b. Türleri

Kısmi hükümsüzlüğün türleri kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte öğretide, ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimaller değerlendirilmiştir. Bu türlerin, basit kısmi hükümsüzlük, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, genişletilmiş kısmi hükümsüzlük ve düşey kısmi hükümsüzlük şeklinde tasnif edildiği söylenebilir⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 107 II 216 künyeli kararını bu yönde yorumlayan bir görüş için bkz. **HUGUENIN**, Nichtigkeit s. 50 vd.

⁵⁷¹ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 130, 131.

⁵⁷² Bu iradenin nasıl tespit edileceği hakkında bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2097, 2098; **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 62-64; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 348 vd.; **HÜRLIMANN**, Rn. 196 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 599.

⁵⁷³ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 689; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 189.

⁵⁷⁴ Kısmi hükümsüzlüğün özellikleri ve şartlarına dair ayrıntılı açıklama için bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 29 vd.; **İstSerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 76 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 111 vd. Hükümsüzlük anlaşmasının yapılmamış olması da şartlardan biri olarak sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 68; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 34; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 330, 331; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 695, 696; **HÜRLIMANN**, Rn. 165 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 600 vd.

⁵⁷⁵ Kısmi hükümsüzlüğün türlerine ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2080 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 203 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 601 vd.

Basit kısmi hükümsüzlük⁵⁷⁶, bir sözleşmede yer alan geçersiz kısmın çıkarılmasından sonra, kalan bölümün bağımsız olarak ayakta kalabilmesi hâlinde gündeme gelmektedir⁵⁷⁷. Sözleşmenin kalanı geçerliliğini korumaya devam eder ve hiçbir değişikliğe uğramadan varlığını sürdürür. Hükümsüz sayılan kısmın yerine başka bir kural getirilmesi mümkün olmadığından, bu kısmın objektif esaslı noktalara ilişkin olması durumunda akdin tamamı kesin hükümsüz olur⁵⁷⁸.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük⁵⁷⁹ ise en temel mânâsıyla sözleşmedeki geçersiz kısım sebebiyle oluşan boşluğun doldurulmasıdır⁵⁸⁰. İlgili boşluğun doldurulacağı ikame kuralın kaynağı yasa hükmü yahut tarafların farazi iradesi olabilir⁵⁸¹. Bu tamamlama işlemi için evvelâ kanuna bakılmakta ve burada emredici bir hükmün bulunması ihtimalinde ilgili boşluk bu hükümle doldurulmaktadır. Kanunda yedek hukuk kuralı bulunması durumunda ise bu hükmün sözleşmenin kalanıyla uyum içinde olması şartıyla, boşluk, bu kural ile doldurulur. Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan boşluğun emredici hüküm yahut yedek hukuk kuralıyla doldurulamaması ihtimalinde ise artık hâkim, tarafların ortak farazi iradesini dikkate alarak bu işlemi gerçekleştirir⁵⁸². Bu noktada, boşluğun emredici hükümle doldurulması hâlinde tarafların aksi yöndeki iradeleri dikkate alınmamakta ve tam hükümsüzlüğün ortaya çıkması engellenmektedir⁵⁸³.

Genişletilmiş kısmi hükümsüzlük ve düşey kısmi hükümsüzlük olarak ifade edilen hâller de yine öğretilerde kısmi hükümsüzlük kapsamında değerlendirilmektedir. Sözleşmenin geçersiz

⁵⁷⁶ Yatay kısmi hükümsüzlük şeklindeki kullanım için bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 204.

⁵⁷⁷ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2081; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 353; **HÜRLIMANN**, Rn. 192; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 89; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 204. **Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, 1996, s. 25 (Kısmi Hükümsüzlük).

⁵⁷⁸ **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 89.

⁵⁷⁹ OR Art. 20/II’nin (TBK m. 27/II) temelde basit kısmi hükümsüzlüğü düzenlemesi nedeniyle, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün, kuralın eksikliği kapattığı yönünde bkz. **GAUCH**, Teilnichtigkeit, s. 97.

⁵⁸⁰ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2082; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 362; **GAUCH**, Teilnichtigkeit, s. 97; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 90; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 209; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmi Hükümsüzlük, s. 26.

⁵⁸¹ **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 362; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 210.

⁵⁸² **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2089 vd.; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 90; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 211 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmi Hükümsüzlük, s. 26 vd.

⁵⁸³ **HÜRLIMANN**, Rn. 286 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 212. Bu yönde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2087.

kısımının, geçerli olan diğer birtakım bölümlerini hükümsüz hâle getirmesi olarak ifade edilen⁵⁸⁴ genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğün kendi başına bir kısmi hükümsüzlük türü olduğunu ifade edenler⁵⁸⁵ olduğu gibi bunun değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir alt türü olduğunu dile getirenler⁵⁸⁶ de bulunmaktadır. Yine kanunun herhangi bir konuda bir had belirlediği durumlarda bu haddin aşılması hâlinde düşey kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁵⁸⁷.

c. Kısmi hükümsüzlüğün etkisi

Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıkardığı sonuçlar, sözleşmenin istikrar unsuru ile yakından alâkalıdır. Zira sözleşme taraflarının temeldeki iradesi, kurulan ilişkinin fassız biçimde sürdürülmesi ve ayakta tutulmasıdır. Bu da sözleşmenin bir kısmına sirayet etmiş bir geçersizliğin doğrudan kesin hükümsüzlüğe neden olmaması ve hukuki işlemin geçerli olan kısmının varlığını sürdürmesi prensibi ile uyumludur. Yani denebilir ki geçersiz olan kısma rağmen tarafların sözleşmeyle bağlı kalma isteklerinin araştırıldığı farazi iradenin varlığı, sürekli borç doğuran sözleşmelerde diğer sözleşmelere göre bir nebze daha yoğundur. Örneğin, tarafların, geçersiz sayılan kısım olmadıkça sözleşmeyi kurmayacağı yönündeki farazi iradesinin hizmet sözleşmesi bakımından dikkate alınması güçtür⁵⁸⁸. Fakat yine de hükümsüz olan kısmın akıbeti ve geçersiz hükümlerin yerinin doldurulup doldurulamayacağı ve eğer doldurulması mümkün ise bunun uygulanış biçimi önem arz etmektedir.

Yukarıda da açıklandığı gibi geçersiz kısmı olmaksızın sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilecek kabiliyeti barındırması ihtimalinde, geçersiz kısmın tamamlanmasına ilişkin çözüm, ortada hangi tür bir kısmi hükümsüzlük olduğuyla alâkalıdır. Bilindiği üzere basit kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olması durumunda ilgili kısmın geçersizliğiyle yetinilmekte ve

⁵⁸⁴ KIRKBEŞOĞLU, s. 215; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmi Hükümsüzlük, s. 32.

⁵⁸⁵ İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN, N. 93; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmi Hükümsüzlük, s. 32 vd.

⁵⁸⁶ KIRKBEŞOĞLU, s. 218.

⁵⁸⁷ HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 225 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s. 219 vd. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak kanun boşluğunun doldurulması (TMK m. 1/II) şeklinde ifade eden ve *dikey değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* kavramı ile niteleyen görüş için bkz. GÜMÜŞ, Genel, s. 258. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olarak nitelendiren görüş için bkz. BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s. 169; GAUCH, Teilnichtigkeit, s. 97; HÜRLIMANN, Rn. 261 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 607, 608.

⁵⁸⁸ Bu hususla alakalı ayrıntılı bilgiler için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I, C, 1, b.

sözleşme kalan hükümleriyle varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Örneğin, eser sahibi ile yayımcının taraf olduğu bir yayım sözleşmesinde⁵⁸⁹, eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarının da yayımcıya devredildiği yönündeki sözleşme kaydı geçersizdir. Zira manevi haklar doğaları gereği devredilemez ve mirasa konu edilemezler⁵⁹⁰. Bu durumda ilgili hüküm geçersiz olacak ve fakat şartları münasipse sözleşmenin kalanı geçerliliğini koruyacaktır.

Kısmi hükümsüzlükte, her ne kadar geçersiz kısım olmadan sözleşmenin yapılamayacağını ileri sürülmesi sözleşmeyi kesin hükümsüz hâle getirecek ise de bu iddianın çeşitli sebeplerle dikkate alınmaması mümkündür. Zorunlu kısmi hükümsüzlük olarak da adlandırılan bir ihtimalde, sözleşmeyi kesin hükümsüzlükle malûl duruma getirecek iddianın ileri sürülmesi, kanunen yahut dürüstlük kuralı nedeniyle engellenmektedir⁵⁹¹. Daha açık bir anlatımla, sözleşme taraflarının bu yöndeki farazi iradelerinin varlığı araştırılmamaktadır⁵⁹². Zorunlu kısmi hükümsüzlük, basit kısmi hükümsüzlük yahut değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük hâlinde ortaya çıkabilir. Burada önem arz eden husus kısmi hükümsüzlük olgusunun zorunlu hâle gelmesidir, ortaya çıkan kısmi hükümsüzlük türü ise somut olayın şartlarına göre değişiklik gösterebilir.

Zorunlu kısmi hükümsüzlüğün basit kısmi hükümsüzlük biçiminde ortaya çıkmasına avukatlık sözleşmesi⁵⁹³ örnek gösterilebilir⁵⁹⁴. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (AvK)⁵⁹⁵ m. 163/II'nin son cümlesine göre “*Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz*”. Bu düzenlemeye göre avukatlık sözleşmesinde yer alan bir hükmün geçersizliği hâlinde taraflar, sözleşmenin tamamının geçersizliğini ileri sürememektedir. Yine bir başka zorunlu kısmi hükümsüzlük örneği kira sözleşmeleri açısından

⁵⁸⁹ Sözleşmenin sürekli borç doğuran niteliğine dair bkz. **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 46; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 27.

⁵⁹⁰ **ÖZTÜRK**, s. 7.

⁵⁹¹ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 206.

⁵⁹² **Andreas ABEĞG**, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts Ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Schulthess, 2004, s. 203; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 206.

⁵⁹³ Avukatlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş özel bir türüdür. Buna ve hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara dair ayrıntılı bilgiler için bkz. **Özcan GÜNERGÖK**, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 23 vd.

⁵⁹⁴ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 207.

⁵⁹⁵ RG. T. 7/4/1969, S. 13168.

ortaya çıkmaktadır. TBK m. 340'a⁵⁹⁶ göre, kira sözleşmesiyle bağlantılı sözleşmeler geçersizdir ve kira sözleşmesi, bağlantılı sözleşme yasağını ihlâl eden hüküm hariç varlığını korur. İlgili durum zorunlu kısmi hükümsüzlüğü ortaya çıkarmaktadır⁵⁹⁷.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıkması ihtimalinde, hükümsüz sayılan sözleşme kısmındaki boşluğun evvelâ varsa emredici bir hükümle yahut sözleşmeyle uyumlu olması şartıyla yedek hükümle ve eğer bunlar yoksa tarafların farazi iradesine göre doldurulması gerektiğinden daha önce bahsedilmişti. Konumuz bakımından özellik arz eden durum, kanunun belirli bir had belirlediği sözleşmeler bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira bu hâllerde haddi aşan kısım açısından ortaya çıkan kısmi hükümsüzlük türüne dair öğretide çeşitli fikirler mevcuttur. Öncelikle belirtilmelidir ki kanunun belli bir had belirlediği, bilhassa kira sözleşmesine ilişkin birtakım hâller bakımından da sözleşmenin tamamının geçersizliği ileri sürülememekte ve bu durum da zorunlu kısmi hükümsüzlüğe örnek gösterilmektedir⁵⁹⁸. TBK m. 344'ün kira sözleşmesinin yenilenmesi hâlinde uygulanacak artış oranına dair bir sınır belirlemesi ve bu sınırın aşılması hâlinde ortaya çıkan durum böyledir⁵⁹⁹. Fakat ortaya çıkan kısmi hükümsüzlük türünü, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yahut düşey kısmi hükümsüzlük (indirim yaptırımı) çatısı altında değerlendiren görüşler mevcuttur⁶⁰⁰. Düşey kısmi

⁵⁹⁶ TBK m. 340: “Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir”.

⁵⁹⁷ **İNCEOĞLU**, Cilt II, s. 56; **Murat İNCEOĞLU/Ece BAŞ**, “Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı”, İÜHF, C. LXX, S. 2, 2012, s. 177.

⁵⁹⁸ **Burak ÖZEN**, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, MÜHF-HAD (Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı), C. 22, S. 3, 2016, s. 2037 (Kira). Aynı şekilde, 7409 sayılı Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun getirdiği ve Türk Borçlar Kanunu'na eklenen geçici madde 1 ile konut kiralari bakımından yapılacak kira artışı bakımından %25lik bir üst sınır getirilmiş ve ilgili hüküm 11/6/2022 ilâ 1/7/2024 arasında yenilenen konut kiralariına uygulanmıştır. İlgili hükmün de zorunlu kısmi hükümsüzlük yarattığına dair bkz. **İlhan HELVACI**, Borçlar Hukuku Dersleri 9. Hafta 2. Ders Notu, <https://www.ilhanhelvacidersleri.com/borclar-hukuku-genel-hukumler/borclar-hukuku-genel-hukumler-dersleri/borclar-hukuku-genel-hukumler-9-hafta-2-ders/borclar-hukuku-genel-hukumler-9-hafta-2-ders-notu> (Erişim Tarihi: 23/8/2024).

⁵⁹⁹ **ÖZEN**, Kira, s. 2037.

⁶⁰⁰ Bu iki görüşün ayrıldığı temel husus, hukuka aykırılık içeren hükmün kendi içinde bölünüp bölünemeyeceği meselesinden kaynaklanmaktadır. Zira sözleşmenin bir kısmındaki hükümsüzlük kısmi hükümsüzlüğe sebep olsa da sözleşme hükmünün kendi içinde düşey bir biçimde bölümlere ayrılması ve kanunun sınır getirdiği kısmından yukarıya yahut aşağısının geçersiz sayılarak caiz olan kısmının varlığını sürdürdüğü fikri, herkesin üzerinde uzlaştığı bir mesele değildir. Örneğin yasa koyucunun bedelin artırımına dair oransal sınır belirlediği bir sözleşme açısından, bu oranın üzerinde bir artırımın kararlaştırılması hâlinde, kanunun belirlediği sınırı aşan kısmın geçersiz ve kanunen en yüksek belirlenmiş kısmın geçerli kabul edileceği düşüncesi, esasen hükmün kendi içinde bölünebileceği ve sınırın üzerindeki bölümün geçersiz sayılacağından hareket eder. Oysa bu gibi durumlarda

hükümsüzlük fikrine⁶⁰¹ göre geçersiz olan hükmün kendi içinde bölündüğü alt anlaşmalardan kanuni haddi aşan kısmın *törpülenmesi* gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunen izin verilen sınırı ihlâl eden hükmün, ihlâli gerçekleştiren kısmı geçersiz sayılırken caiz olan kısmı varlığını korumaya devam etmektedir. Böylece yenilenen kira dönemindeki kira artışı bakımından bir sınırlama getiren TBK m. 344'e aykırı olan kira sözleşmesi hükmü, kanunda belirtilen sınıra kadar *budanmakta* ve artış oranı, bu sınır üzerinden yapılmaktadır⁶⁰². Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük görüşü⁶⁰³ bakımından ise hükmün tamamen geçersiz olduğu ve geçersiz hükmün yerini pozitif kuralda öngörülen düzenlemenin kendiliğinden aldığı kabul edilmektedir.

Geçersizliğin basit kısmi hükümsüzlük yahut değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teşkil etmesi hâlinde geçersiz sayılan kısım bakımından hükümsüzlüğün etkisinin ne olduğunun irdelenmesi gerekir. Zira bu durumda doğrudan geleceğe etkili sonuçlar doğuran bir hükümsüzlükten bahsetmek, her zaman mümkün değildir. Mevzunun sarıh biçimde izah edilebilmesi için hizmet sözleşmesinden bir örnek verilebilir. Buna göre bir fabrikada çalışan işçinin, fazla çalışma yapması hâlinde fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağı düzenlemesi içeren bir sözleşme hükmünün geçersiz olduğu aşikârdır. Bu durumda geçersiz olan ilgili hükmün yerini TBK m. 402/I'de bulunan emredici hüküm alır ve işveren, fazla çalışma yapan işçiye, çalışmasıyla orantılı olarak normal çalışma ücretini, en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlü olur. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğe örnek olan bu durumda ilgili hükmün geçersizliği bakımından genel kuraldan ayrılmak gerekir. Bu hususa dair ayrıntılı izahı ilerleyen bölümlerde yaptığımızdan⁶⁰⁴ burada tekrara düşmemek adına aynı açıklamaları yinelemeyeceğiz. Fakat kısaca denebilir ki kısmi hükümsüzlüğün sürekli borç doğuran bir sözleşmeye etkisi tespit edilirken, sözleşmenin, taraflar arasında varlığını sürdürmeye devam ettiği gerçeği yadsınamaz. Bu gibi bir durumda, kısmi hükümsüzlüğün zamansal etkisinin, normun yorumundan

değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bulunduğunu kabul edenlere göre bahse konu hükmün kendi içinde bölünme imkânı yoktur. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 163 vd.; **HÜRLIMANN**, Rn. 261 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 220 vd.

⁶⁰¹ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 220 vd.

⁶⁰² **Murat AKDİ**, “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m.344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler”, SÜHFD, C. 11, S. 1, Temmuz 2023, s. 380.

⁶⁰³ **ÖZEN**, Kira, s. 2038.

⁶⁰⁴ Açıklamalar için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, I, C, 1, b.

çıkarılması gerektiğini ileri süren fikre⁶⁰⁵ kanaatimizce üstünlük tanınmalıdır. TBK m. 402 işçinin emeğini korumayı amaçlamaktadır. Bu durumda ilgili sözleşme normunun sebep olduğu kısmi hükümsüzlüğün geleceğe etkili sonuçlar doğurması, o ana kadar kendisine fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçinin mağduriyetine sebep olur. Bu nedenle bu gibi bir hâlde *ex tunc* etki kabul edilmeli ve işçinin geçmiş dönemde yaptığı fazla çalışmaların ücreti kendisine ödenmelidir.

5. Sözleşme süresinin hükümsüzlük bağlamında incelenmesi

Sürekli borç doğuran sözleşmelerin zamanla ilişkisine binaen sözleşmede yer alan süre kaydının hükümsüzlük açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekir⁶⁰⁶. Sözleşmenin süresi taraflarca belirlenmiş olabileceği gibi herhangi bir belirleme yapılmaması da mümkündür. Örneğin, çok uzun veya açıkça sonsuza kadar sürecek şekilde yahut herhangi bir sona erme zamanı belirlenmemiş bir sözleşme akdedilmiş olabilir⁶⁰⁷. Belirli ve belirsiz süreli sözleşme farkı burada ortaya çıkmaktadır. Buna göre belirli süreli sözleşme, sona erme düzeni belli olan sözleşmeyi ifade eder⁶⁰⁸. Sözleşmenin ne kadar süre boyunca yürürlükte kalacağını doğrudan tespit edilebilmesi önemli olmaksızın, sözleşmenin ne zaman ortadan kaldırılacağına dair bir hüküm barındırması, onu belirli süreli olarak nitelemek için yeterlidir⁶⁰⁹. Bu anlamda ifade edilmelidir ki sonsuza kadar süreceği kararlaştırılan sözleşmeler de belirli sürelidir zira sözleşmenin sona erme düzeni bu ihtimalde de taraflarca kararlaştırılmıştır⁶¹⁰. Belirsiz süreli sözleşmede ise hukuki ilişkinin ne zaman sona ereceğiyle alâkalı bir hüküm bulunmamakta,

⁶⁰⁵ **ABEGG**, s. 226. Bu yazar da çoğu hâlde zorunlu içerik normlarının hükümsüzlüğünün *ex tunc* etkili şekilde tezahür edeceğini belirtmektedir.

⁶⁰⁶ Sürekli borç doğuran sözleşme kavramı her ne kadar uzun süreli sözleşmeler ile aynı anlama gelmese de sürekli borç doğuran sözleşmelerde, sözleşme süresi önem arz etmekte ve bu süre ile süreyi düzenleyen hükmün çalışmamızla sınırlı olacak şekilde incelenmesi gerekmektedir. Uzun süreli sözleşmelere ve bunların sürekli sözleşmeler ile arasındaki farka dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. **USTA**, s. 92 vd.

⁶⁰⁷ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 203.

⁶⁰⁸ **WIESE**, s. 837. Sözleşmenin, süre ve sona erme düzeni bakımından ayrıntılı bir incelemesi için bkz. **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 33 vd.

⁶⁰⁹ **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 20; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 230, 231.

⁶¹⁰ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 230, 231; **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 213, 214. Bitiş tarihi kesin olmayan sürekli borç doğuran sözleşmelerin belirli sayılıp sayılmayacağı ve bu sebeple sonsuza kadar sürmesi kararlaştırılmış sözleşmelerin, ZGB Art. 27 (TMK m. 23) sınırlamalarında olmak kaydıyla, belirli olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 42 vd.

yalnızca sözleşmenin başlangıcı düzenlenmektedir. Bu durum kanun koyucunun bazı belirsiz süreli sözleşmeler için olağan fesih hükümleri düzenlemesine neden olmuştur.

Sözleşmede yer alan süre kaydının geçerliliğine dair ilk inceleme, bir kimsenin ömrü boyunca kararlaştırılan sözleşmelerdir. Bunlar da aslında süre bakımından genel olarak uzun ve fakat kaç yıl süreceği, kişinin mutlak yaşam süresi bilinemeyeceği için kesin olarak tespit edilemeyen sözleşmelerdir. İlk bakışta bu türden bir bağlayıcılığın geçersizliğe yol açması gerektiği düşünülebilirse de buna cevaz veren TBK m. 607 gibi hükümler, aslında sözleşme süresinin her zaman mutlak bağlayıcılık yaratmadığını göstermektedir⁶¹¹.

Bazı uzun süreli ve özellikle sonsuza değin sürmesi kararlaştırılmış sözleşmelerde yer alan yükümlülükler, ağırlığına ve kişiliklerine etkisine göre tarafların özgürlüklerini sınırlamaktadır⁶¹². Bu da kişinin özgürlüğünün hukuka aykırılık teşkil edecek şekilde kısıtlanması anlamına gelebilmektedir. Bununla birlikte istikrar ve kurulduğu andan itibaren kesintisiz biçimde süregelme, sürekli borç doğuran sözleşmelerin yapısal özelliğidir. İşte, sözleşme süresinin bu yapısal özellik ile kişisel özgürlükler arasındaki dengeyi bozması durumunda, ilgili husus genellikle TMK m. 23/II ve ahlâka aykırılık (TBK m. 27/I) kapsamında incelenmektedir⁶¹³. Lâkin sürenin uzunluğu tek başına bir kıstas değildir. Sözleşme süresinin uzunluğu, hukuken kabul edilemeyecek birtakım sonuçlar yaratmalıdır⁶¹⁴. Buna göre, bir sözleşmenin bu kapsamda hukuka aykırı sayılması için sözleşmenin uzunluğu taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünün devri anlamına gelmeli, onu ölçsüz biçimde risk altına sokmalıdır⁶¹⁵. Bir diğer deyişle, sözleşme yanlarından biri, diğerine, ekonomik özgürlüğünün özünü sarsacak şekilde bağlanmalı ve bu kişi adeta kendisine bağlanılan tarafın keyfi iradesine bağımlı bir konuma gelmelidir⁶¹⁶. Bu da uzunluk kriterinin her sözleşme bakımından ayrıca

⁶¹¹ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 261.

⁶¹² **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 209. Sözleşme süresinin sınırlandırılmasının sebeplerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **USTA**, s. 170 vd.

⁶¹³ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 278.

⁶¹⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 576; **USTA**, s. 163. Ayrıca bkz. **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 223, dn. 114.

⁶¹⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 574; **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 222, 223. Benzer yönde bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 278.

⁶¹⁶ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 261; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 576; **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 223; **USTA**, s. 163.

değerlendirilmesini gerektirir⁶¹⁷. Zira sürenin uzunluğu nedeniyle doğmasından çekinilen sakıncalar, her sözleşme tarafı için ortaya çıkacak değildir. Yani denebilir ki sözleşmenin tüm süresinin tarafları ulaştıracağı sonuçlar incelenmelidir⁶¹⁸. Örneğin bir kimsenin, maliki olduğu taşınmazı elli yıllığına kiralaması hâlinde, sözleşmede yer alan süre ziyadesiyle uzundur. Bu süre gerçek bir kişinin taraf olduğu sözleşme bakımından kelepçeleme anlamına gelebilir. Fakat kiraya verenin, kira sözleşmeleri kuran bir şirket olması hâlinde durum yeniden değerlendirmeye muhtaçtır zira bir tüzel kişinin bu sürede yaptığı sözleşmenin ekonomik olarak onu bağımlı hâle getirmeyeceği ileri sürülebilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında yaptığı değerlendirmede, sözleşme taraflarından birinin tüzel kişi olması hâlinde, tüzel kişiliğin amacı çerçevesinde kurulan uzun süreli bir sözleşmenin kişi özgürlüğüne müdahale teşkil etmeyeceği kanaatine ulaşmıştır⁶¹⁹.

Uzun süreli sözleşmelere bakış açısı böyle olmakla beraber, sonsuza dek devam edeceği kararlaştırılan sözleşmelere çok daha mesafeli yaklaşıldığının altının çizilmesi gerekir⁶²⁰. Ayrıca ifade edilmelidir ki sürekli borç doğuran sözleşmeler kendi içinde bir sona erme düzenine sahip olmadığından, bu sözleşmelerin belirsiz süreli olarak kurulması da sonsuza dek devam etmeleri tehlikesi yaratmaktadır⁶²¹. Bu nedenledir ki olağan fesih, bu tehlikenin engellenmesi amacını taşımaktadır⁶²². Bir görüşe göre sonsuza dek devam etmesi kararlaştırılan

⁶¹⁷ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 254 vd.; **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 574 vd.; **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 222; **Saibe OKTAY**, “Federal Mahkeme'nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 499 (Karar Çevirisi). Her sözleşme bakımından somut olay nezdinde bir inceleme yapılması kanaatine muhalif olarak sözleşmelerin devam edeceği üst sürenin önceden tespit edilmesi gerektiğini savunan görüş ve ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 236 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de somut olay nezdinde inceleme yapılması gerektiği görüşündedir. Özellikle İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch- ZGB) Art. 27'nin doğrudan uzun süreli sözleşmelere karşı bir koruma sağlamaktan ziyade aşırı ve ölçüsüz taahhütlere karşı koruma sağladığı ifade edilmektedir. Bkz. BGE 114 II 159, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 20/8/2024).

⁶¹⁸ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 260, 261.

⁶¹⁹ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 252, 253. Sözleşme süresinin gerçek kişilere nazaran tüzel kişiler yönünden daha esnek değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalar içeren karşı oy yazısı için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2014/11565, K. 2015/8187, T. 11/6/2015, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 4/1/2025). Bu görüşü destekleyen açıklamalar için bkz. **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 229. Özel hukuk kişilerinin idare ile yaptıkları sözleşmeler genel olarak uzun süreli (49 yıl) olmakla beraber, bu kişilerin menfaatlerinin, kişilik haklarına aykırılığı engellediği yönünde bkz. **USTA**, s. 164.

⁶²⁰ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 258. Bu türden sözleşmelerin hukuk düzeni tarafından yasaklanması hususunda bir tartışma olduğu ve genel olarak olumsuz yaklaşıldığı yönünde bkz. **USTA**, s. 127-129.

⁶²¹ **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 216.

⁶²² **DEMİRSATAN**, s. 234; **OETKER**, s. 272; **ÖZEN**, Kredi, s. 313.

sözleşmeler kanun sistematığına aykırıdır⁶²³ ve hatta bu türden sözleşmelerin yapılması yasaktır⁶²⁴. Başka bir görüş⁶²⁵ ise bir sözleşmenin sonsuz süreli olmasının tek başına TMK m. 23/II'ye aykırılık teşkil etmeyeceğini, bunun için hükmün getirdiği diğer sınırların da ihlâl edilmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu türden bir sözleşmenin tarafının gerçek kişi olması hâlinde, sözleşmenin bu kimse bakımından anlam ifade edeceği süre en fazla onun yaşamı boyuncadır ki ömür boyu sözleşmelerin doğrudan TMK m. 23/II'yi ihlâl etmediği kabul edilmektedir. Sonsuz süreli sözleşmeler daha çok ölüm gibi bir olguyla varlıkları sona ermeyen tüzel kişiler açısından önem arz etmektedir. Bu kişilerin çok uzun süreli sözleşmeler kurmakta genellikle menfaatleri bulunmaktadır. Ayrıca sonsuz süreli bazı sözleşmeler yine kanun kaynaklı olabilir ki aynı haklara bağlı borçlar buna emsaldır⁶²⁶.

Sözleşmelerin zamanla olan bağlantılarına dair yapılan bu değerlendirmeler bakımından ortaya çıkan sorulardan ilki, sözleşmede yer alan süre kaydının geçersizliğine hangi olgunun sebep olduğudur. Bu tartışmalar öğretide ayrıntılı biçimde incelendiğinden⁶²⁷ çalışmamızın kapsamı gereği burada ayrıca yer vermeyeceğiz. Fakat süreye dair ortaya çıkan bu hükümsüzlüğün türü ve bunun sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, sürenin, yukarıda anıldığı biçimde özgürlüğü kısıtlayıcı nitelik taşıdığı sözleşmelerin bir bütün olarak kesin hükümsüz sayılması gerektiği, ileri sürülen ilk görüştür⁶²⁸. Bir diğer fikir ise kısmi hükümsüzlükten hareket etmektedir⁶²⁹. Buna göre sözleşmedeki belirli süre hükmünün geçersiz olması hâlinde, yalnızca ilgili kısım hükümsüz sayılmalıdır. Peki süreyle alakalı ortaya çıkan boşluk nasıl

⁶²³ **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 216. İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretisi açısından da aynı hususun geçerli olduğu noktasında bkz. **OKTAY**, Karar Çevirisi, s. 498; **USTA**, s. 129.

⁶²⁴ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 244.

⁶²⁵ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 262 vd.

⁶²⁶ Taşınmaz lehine kurulan irtifak hakları bakımından *propter rem* borcunun olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 259, 260, dn. 763.

⁶²⁷ Bu hususu ahlâka aykırılık kapsamında değerlendiren görüş ve ayrıntıları için bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 257 vd. TMK m. 23/II kapsamında bir değerlendirme için bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 257 vd. Genel bir değerlendirme için bkz. **USTA**, s. 159 vd.

⁶²⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmi Hükümsüzlük, s. 31, 32; **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 225; **USTA**, s. 161. Bu yönde bkz. Yargıtay HGK., E. 2016/922-1030, K. 2020/164, T. 18/2/2020, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 31/12/2024).

⁶²⁹ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 454 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 130 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 576; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 139. Bu hususla alakalı açıklamalar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmi Hükümsüzlük, s. 32; **USTA**, s. 161 vd.

doldurulmalıdır?⁶³⁰ Bu hususla alâkalı iki yol belirlenebilir⁶³¹. Bu yoldan ilki, süre hükmünün geçersizliği nedeniyle oluşan boşluğun, hâkimce, tarafların farazi iradesi çerçevesinde doldurulmasıdır. Buna göre hâkim, eğer tarafların farazi iradesi sözleşmenin belirli süreli kalması yönündeyse ilgili sözleşme için asgari bir süre belirlemeli ve sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini korumalıdır⁶³².

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında⁶³³ bu görüşü destekler nitelikte bir hükme varmıştır. Buna göre, süre sınırı olmayan bir tedarik sözleşmesindeki bahse konu zaman kaydını ZGB Art. 27 (TMK m. 23) bakımından tartışmaya açmış ve kaydın geçersizliğine hükmetmiştir. Devamında ise ilgili durumun kısmi hükümsüzlüğe neden olduğunu ifade ederek, tarafların geçersizliğin farkında olmaları hâlinde bu sözleşmeyi 1973-1993 seneleriyle sınırlı olarak akdedeceklerine karar vermiştir. Böylece sözleşme süresini, tarafların farazi iradesinden hareket ederek yirmi sene olarak belirlemiştir. Süreye ilişkin benzer bir durum bakımından Yargıtay 2015 yılında bir karar vermiştir. Somut olayda, bir şirket hisse devri sözleşmesine ek olarak akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan süre kaydı incelenmiş ve ilgili sürenin ekonomik özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte olması nedeniyle geçersizliğine karar verilmiştir. İlgili çekici kısmı ise kararın karşı oy yazısında yer almakta ve mahkemenin sözleşme süresinin uzunluğuna toptancı bir bakış açısıyla karar vermesi eleştirilmektedir⁶³⁴. Fakat tam burada

⁶³⁰ Bu noktada, sözleşme süresinin kabul edilebilir caiz sınırı aşması hâlinde, sözleşmenin süre hükmü bakımından kısmi hükümsüzlüğünü kabul eden görüşlerden bazıları da kendi içinde hangi tür kısmi hükümsüzlüğün tatbik edileceği hususunda ayrılmaktadırlar. Öğretide *Başpınar*'a göre (Bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 75) sürekli sözleşmelerin zaman yönünden bu biçimde bir bölünebilirliği Alman hukuku bakımından mümkünse de Türk hukuku bakımından imkân dahilinde değildir. Zira, Alman hukukuna göre sözleşmede yer alan süre anlaşması, kendi içinde sakat kısım ile geçerli kısım olmak üzere bölünmektedir. Buna göre sözleşme en fazla kanunların izin verdiği süre kadar yapılabilmektedir. Türk hukuku bakımından ise eBK m. 20/II (TBK m. 27/II) sözleşmenin bir kısmı ifadesini kullanarak sözleşmede yer alan anlaşmayı kastetmektedir. Sözleşme kendi içinde birden fazla anlaşmadan oluşur. Süre de bu anlaşmalardan biridir ve tek bir süreden oluşur. Bu tek kısmın ikiye ayrılıp sakat kısmına butlan uygulanması mümkün değildir. Sözleşmede yer alan süreyi kanuni hadde indirmek yerine, sakat kısım için ikame kural ihdas edilmelidir. Bu gibi bir ihtimalin değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük tatbik edilerek çözülmesi gerektiği yönünde bkz. **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 362; **HÜRLIMANN**, Rn. 261 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmi Hükümsüzlük, s. 32. Buna karşın *Kırkbeşoğlu* ise sözleşmenin süre bakımından bölünebilirliğini kabul etmektedir. Bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 119, 130 vd.

⁶³¹ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 454; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 131; **OKTAY**, Karar Çevirisi, s. 500; **OKTAY**, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 228.

⁶³² Kural olarak bu fikirden hareket eden görüş için bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 454.

⁶³³ BGE 114 II 159, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 20/8/2024). Kararın Türkçe çevirisi ve değerlendirmeler için bkz. **OKTAY**, Karar Çevirisi, s. 489 vd.

⁶³⁴ “...4- Davaya konu somut olayda, davacıların temel faaliyet alanı “A. i. k. s.” olan şirket hisselerini davalı Salih'ten devir alırken, A. ilinde ve kumanyacılık konusunda devreden hissedar Salih'e 12 yıllık rekabet yasağı konulması hususunda anlaştıkları, söz konusu rekabet yasağının yer ve konu itibarıyla içerdiği sınırın BK 19 ve

dikkat edilmesi gerekli bir nokta daha vardır ki o da bu türden bir iddianın ileri sürüldüğü an, mahkemece sözleşmeye biçilen süreden sonra olabilir. Örneğin, yukarıdaki örnekte olduğu gibi mahkemenin sözleşme süresini yirmi sene olarak belirlemesi ve fakat aslında sözleşmenin yirmi ikinci senede dava edilmesi ihtimalinde, son iki sene ifa edilen edimlerin akıbeti ne olmalıdır? Öğretide *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da haklı olarak ifade ettiği üzere bu durumda artık, sürekli borç doğuran sözleşmelerde hükümsüzlüğün *ex nunc* etkisinden hareket edilmelidir⁶³⁵.

Süre hükmünün geçersizliği nedeniyle ortaya çıkan boşluğun nasıl doldurulacağına dair bir diğer fikir ise olağan fesih imkânına işaret etmektedir⁶³⁶. Buna göre süre hükmünün geçersizliği sözleşmenin belirsiz süreli olmasına neden olur ve sözleşmedeki boşluk bir olağan fesih hükmü ile tamamlanır. Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan boşluğun olağan fesih ile doldurulması, olağan feshin emredici olmasından değil ve fakat süre hükmünün geçersizliğinin sözleşmeyi belirsiz süreli hâle getirmesindendir⁶³⁷. Gerçekten de belirsiz süreli sürekli borç

20.maddesine uygun olduğunun aşikar olduğu, diğer taraftan öngörülen 12 yıllık rekabet yasağı süresinin de bu tarz sözleşmelerde makul ve hakkaniyete uygun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu tür sözleşmelerin hizmet sözleşmelerine veya lisans sözleşmelerine ekli rekabet yasakları ile aynı düzlemde düşünülmesi doğru değildir. Zira işletme devirlerinde esasen yapılan ödemenin önemli bir bölümü, işletmenin sahip olduğu müşteri portföyü ve peştemaliyesidir. Somut olayda ise, bir kumanyacılık şirketinde, bir üretim tesisi de bulunmadığı dikkate alındığında, müşteri portföyü ve peştemaliye daha da öne çıkmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, bir anonim şirketin bira ve maden suyunu süresiz olarak tek bir şirketten alma (başka şirketten almama) taahhüdünün geçersiz olduğunu belirtmiş ve sözleşmeye müdahale ederek “süresiz” rekabet yasağını, 20 yıla indirmiştir (İsviçre Federal Mahkemesi/BGE 114 II 159). Bir an için 12 yıllık sürenin makul olmadığı düşünülse dahi, sözleşmenin bu hükmünün geçersiz kılınması ve işletme devreden kişinin rekabet yasağı sözleşmesinden büsbütün kurtarılması, sözleşme ekonomisi ve taraf menfaatleri bakımından sakıncalı ve sözleşme yararına yorum (favor negotii/favor contractus) ilkelerine açıkça aykırı olacaktır (A. Ü., Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 2013, s.212). Somut olayda, davalı Salih'in 21.04.2011 tarihli hisse devrinden hemen sonra, A. ilinde ve kumanyacılık alanında faaliyete girişmiş olduğu dikkate alındığında, rekabet yasağı sözleşmesini ihlal ettiği anlaşılmaktadır.

5- Yerel Mahkemenin, sözleşmenin “mevcut faaliyet ruhsatı süresince” rekabet yasağı içermesi ve uzun süreli olması nedeniyle davanın reddi yönündeki önceki kararı Dairemizce, mevcut faaliyet ruhsatı süresinin araştırılarak tespitinden sonra mevcut sürenin BK 19 ve 20.maddelerine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekçesiyle bozulmuştur. Ancak yerel mahkemece, bu tarz sözleşmeler yönünden 12 yıllık sürenin uzun olup olmadığının tartışılmadığı, bunun yerine sanki sözleşme tarihi itibarıyla 15 yıllık rekabet yasağı varmışçasına değerlendirme yapılarak hüküm kurulduğu, bu haliyle uyulan bozma ilamı doğrultusunda değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır”. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2014/11565, K. 2015/8187, T. 11/6/2015, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 4/1/2025).

⁶³⁵ EREN, Genel Hükümler, N. 1033; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 576. Benzer yönde bkz. OKTAY, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 226, 227.

⁶³⁶ GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 42; OKTAY, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 228; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 139. Bilhassa sonsuz süre kaydı içeren sürekli sözleşmelerde, öncelikle sürenin kabul edilebilir bir sınıra indirilmesi ve sonrasında fesih hakkının hangi tarihten itibaren kullanılabilceği yönünde bir çözüme gidildiği yönünde bkz. KIRKBEŞOĞLU, s. 136. Sürenin kabul edilebilir sınıra indirilmesi hakkında bkz. OFK/DASSER, Art. 20, Rn. 24.

⁶³⁷ OKTAY, Karar Çevirisi, s. 500.

doğuran birtakım sözleşmeler bakımından kanun koyucu, olağan fesih hükümleri ihdas etmiştir ki TBK m. 431 buna örnektir⁶³⁸. Fakat açıktır ki her sürekli sözleşme kanuni tipte değildir ve olağan feshe ilişkin bir kuralı bulunmayabilir. Sürekli borç doğuran sözleşmelere ilişkin genel bir olağan fesih hükmü de mevcut değildir. Ancak bunun için açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmektedir. Zira belirsiz süreli olarak kurulan sözleşmelerin sonsuza değin sürüp gitmeyeceği ve belirli süre sonunda hüküm doğurmak üzere herhangi bir gerekçe belirtmeksizin feshedilebilecekleri kabul edilmektedir⁶³⁹. Bu görüş, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2016 yılında verdiği bir kararda⁶⁴⁰ da benimsenmiş görünmektedir. Kararda belirsiz süreli tek satıcılık sözleşmesinin sona erdirilmesine dair TMK m. 23/II'ye dayanan bir olağan fesih hakkından bahsedilmiş ve tek satıcılık sözleşmesine özgü kanunda düzenlenmiş bir olağan fesih hakkı bulunmadığından, adi ortaklık sözleşmesine özgü hükümden faydalanılabileceği ifade edilmiştir⁶⁴¹.

⁶³⁸ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 133.

⁶³⁹ ÖZEN, Kredi, s. 313. Kanun koyucunun özel olarak herhangi bir kural ihdas etmediği belirsiz süreli sözleşmeler bakımından, olağan fesih düzeninin, kanunda düzenleme altına alınan olağan fesih hükümlerinin kıyası ile sağlanacağı yönünde bkz. KARABAĞ BULUT, Kişilik Hakkı, s. 453; OKTAY, Uzun Süreli Sözleşmeler, s. 231. Olağan fesih düzeninin tesisi için ZGB Art. 27 (TMK m. 23) kuralından yararlanılacağına dair bkz. BernKomm/KRAMER, Art. 19-20, Rn. 88. Bu durumda bir sözleşme boşluğunun gündeme geleceği ve bunun hâkim tarafından, tarafların farazi iradesi doğrultusunda, bir olağan fesih hükmü ihdas edilerek doldurulacağı yönünde bkz. DEMİRSATAN, s. 248 vd.

⁶⁴⁰ Yargıtay 19. HD., E. 2016/5707, K. 2016/12723, T. 28/9/2016, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 4/1/2025)

⁶⁴¹ Kararın ilgili kısmı şöyledir: “Belirsiz süreli tek satıcılık sözleşmesinin TMK'nun 23. maddesi ve TMK'nun 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına uymak suretiyle taraflarca tek taraflı irade beyanıyla ve herhangi bir sebebe dayanmak zorunda olmaksızın ileriye dönük olarak feshi mümkündür. Bu yola olağan fesih yolu denilmektedir. Olağan fesih hakkının nasıl kullanılacağı ve ihbar süresinin nasıl belirleneceği kanunda düzenlenmediğinden, bu konuda sözleşmede de bir hüküm yoksa, süre hakim tarafından belirlenecektir. Tek satıcılık sözleşmesinin adi ortaklığa bazı yönlerden benzerliğine dayanılarak TBK'nun 640. maddesindeki 6 aylık feshi ihbar süresinin bu ilişkide de uygulanması mümkün ise de bu süre somut olayın özelliği bakımından daha da uzun olabilir.

... Bu durumda yerel mahkemece yapılacak iş; taraflar arasında 28.02.2002 tarihinden beri devam eden belirsiz süreli tek satıcılık sözleşmesinin davalı tarafça 21.03.2008 tarihli ihtarname ile sebep gösterilmeden dört aylık süre verilmek suretiyle 22.07.2008 tarihi itibarıyla olağan şekilde feshedildiği, ancak verilen fesih bildirimi süresinin yetersiz olması sebebiyle bu olağan feshin haksız bir fesih olduğu...”.

Kararın çalışmamıza aldığımız ikinci paragrafında olağan fesih hakkından bahseden mahkeme, bu feshin bir sebebe dayanmadığını ve haksız olduğunu belirtmiştir. Feshin bir sebebe dayanması ve haklılığı hususları bilindiği gibi olağanüstü fesihle ilişkilendirilen müesseselerdir. Belirsiz süreli bir sözleşmenin sonsuza kadar devam etmesi riski nedeniyle ortaya çıkan kısmi hükümsüzlük ve buna bağlı boşluk ise somut olayda olağan fesih imkânı getirilmesiyle doldurulmuştur. Bu hususlar açıkça belirtildikten sonra ve bu hususlara rağmen mahkeme, feshin haklılığı yahut haksızlığı tartışmasını yapmış ve bunu da fesheden tarafın uygun bir mehil süresi tanıyıp tanımadığı üzerinden yürütmüştür. Somut olayda verilen mehilin kısa olması nedeniyle yapılması gereken ise esasen mahkemece bu sürenin ne kadar olacağının tespit edilmesidir. Böylece belirlenen süreden daha kısa tanınmış mehil nedeniyle fesih hakkının hangi anda hüküm doğuracağı ve sözleşmenin hangi anda sona ereceği mahkemece saptanmış olacaktır. Kararın değerlendirilmesi bakımından yaptığımız izahı aydınlatıcı nitelikte, sürekli borç

Belirsiz süreli sözleşmedeki olağan feshi düzenleyen hükmün geçersizliği de yukarıda anlatılan hususlara benzer soruları gündeme getirebilir. Sözleşme süresinin düzenlendiği bir hükmü karakteri gereği barındırmayan belirsiz süreli sözleşmenin, olağan feshinin düzenlendiği maddenin geçersizliği nedeniyle bir an için feshedilebilir olmaktan çıkma ihtimali gündeme gelmektedir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına⁶⁴² konu olan olayda, tek satıcılık sözleşmesinde yer alan fesih hükmü, tek satıcının yükümlülüklerini yerine getirmesi hâlinde sağlayıcı tarafından kullanılamaz bir biçimde düzenlenmiştir. İlgili hüküm, sözleşmenin sonsuz süreli olması ihtimalini gündeme getirmektedir⁶⁴³. Zira sağlayıcının olağan fesih hakkını kullanma imkânı, hukuka ve ahlâka aykırı biçimde engellenmiştir (ZGB Art. 27) ve bu da OR Art. 20 (TBK m. 27) bağlamında sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır⁶⁴⁴. İlgili geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan boşluk ise mahkemece evvelâ sözleşme süresinin sekiz sene olarak yeniden belirlenmesi suretiyle doldurulmuştur. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulandığı⁶⁴⁵ olayda mahkeme ilgili boşluğu emredici hükümle yahut yedek hukuk kuralları ile değil, tarafların farazi iradesiyle tamamlamıştır⁶⁴⁶. İlâveten mahkeme, belirli süreli hâle gelen sözleşmenin bu sürenin sonunda taraflarca sona erdirilmemesi hâlinde, artık belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceğini ve bu durumda da tarafların OR Art. 546/I'e (TBK m. 640) kıyasen olağan fesih hakkının olduğunu hüküm altına almıştır. Böylece sürekli borç doğuran sözleşme istikrara kavuşmuştur⁶⁴⁷.

B. İptal Hakkı

doğuran sözleşmeler nezdinde olağan fesih hakkı bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. **DEMİRSATAN**, s. 234 vd.; **ÖZEN**, Kredi, s. 313 vd.

⁶⁴² BGE 107 II 216, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 20/8/2024).

⁶⁴³ **GAUCH**, Teilnichtigkeit, s. 95; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 131.

⁶⁴⁴ **GAUCH**, Teilnichtigkeit, s. 96. Mahkemenin kesin hükümsüzlük yerine kısmi hükümsüzlük kararı vermesinin, sürekli borç doğuran sözleşmenin varlığını koruduğu yönünde bkz. **HUGUENIN**, Nichtigkeit, s. 50, 51. Tarafların, geçersiz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin kurulmayacağı yönündeki farazi iradelerinin dikkate alınmayacağı zira kişiliğin korunmasının emredici olduğu yönünde bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 454.

⁶⁴⁵ **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 455.

⁶⁴⁶ **GAUCH**, Teilnichtigkeit, s. 99.

⁶⁴⁷ **HUGUENIN**, Nichtigkeit, s. 50, 51. Benzer yönde açıklamalar içeren bir karar için bkz. BGE 143 III 480, www.bger.ch (Erişim tarihi: 6/1/2024).

1. Genel olarak

Sözleşmenin hüküm ifade etmesi için irade beyanlarının sağlıklı olması gerekir. Buna aykırılık hâlinde karşımıza çıkan iptal hakkı⁶⁴⁸ ve bu hakka bağlanan sonuçlar öğretide birtakım tartışmalara yol açmıştır. Zira yasal düzenlemelerde bahse konu irade sakatlığına maruz kişinin *sözleşmeyle bağlı olmadığı* ifadesi yer almaktadır. Tartışmalı olan husus ise iptal hakkının kullanılmadığı ve sözleşmeye onay verilmediği dönemdeki askı hâlinin ne şekilde vasıflandırılması gerektiği yönündendir⁶⁴⁹. Bahse konu nitelendirme için özellikle Türk ve İsviçre hukukunda ortaya konan temelde üç görüş bulunmaktadır⁶⁵⁰. Bunlardan ilki ‘*geçersizlik teorisi*’⁶⁵¹, ikincisi ‘*bölünmüş geçersizlik teorisi*’⁶⁵² ve sonuncusu ise ‘*iptal teorisi*’⁶⁵³ biçiminde adlandırılmaktadır⁶⁵⁴.

Geçersizlik teorisine göre sözleşme düzelebilir hükümsüzlükle malûldür⁶⁵⁵. Sözleşme en başından itibaren iki taraf için de geçersizdir ve fakat bu geçersizliği ileri sürme hakkına yalnızca irade sakatlığına düşen taraf sahiptir⁶⁵⁶. İradesi sakatlanan kimse sözleşmeyi onarsa

⁶⁴⁸ İlgili hakkın her iki teori bakımından da ‘*iptal hakkı*’ biçiminde isimlendirilmesinde bir sakınca olmadığı yönünde bkz. **KANIŞLI**, s. 518.

⁶⁴⁹ **KANIŞLI**, s. 518.

⁶⁵⁰ Alman hukukunda iptal hakkı BGB § 142’de düzenleme altına alınmıştır. Hüküm, ‘*iptalin etkisi (Wirkung der Anfechtung)*’ başlığını taşımaktadır. Bkz. **Jan BUSCHE**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 AllgpersönIR – ProstG- AGG, Red: Claudia Schubert, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021, § 142, Rn. 1 vd. (**MüKoBGB/BUSCHE**). Hizmet sözleşmesinin iptali hâlinde, BGB § 142’nin öngördüğünün aksine, iptalin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı yönünde bkz. **PREIS/TEMMING**, Rn. 965.

⁶⁵¹ Bu görüş için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 762; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 890; **GÜNERGÖK/KAYIHAN**, s. 178; **HÜRLIMANN**, Rn. 317; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 587, 588. Öğretide *Gül*’e göre, irade sakatlıkları arasında bir ayrıma gidilmelidir. Buna göre yanılma hâlinde bozulabilir geçerlilik ve korkutma ile aldatma durumunda ise düzelebilir geçersizlik olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **İbrahim GÜL**, İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Yetkin Yayınları, 2020, s. 124.

⁶⁵² Bu görüş için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 379; **von TUHR**, s. 302, 303.

⁶⁵³ Bu görüş için bkz. **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 23, Rn. 10; **Seda BAŞ**, Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yaptırımı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 80; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 23-24, Rn. 379; **BÖHRINGER/MÜLLER/MÜNCH/WALTENSPÜHL**, § 3, Rn. 3.41; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1262; **EREN/DÖNMEZ**, m. 39, N. 5; **HUGUENIN**, Obligationenrecht, Rn. 566, 576; **KANIŞLI**, s. 528; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 1421; **KOLLER**, AT, Rn. 14.23; **ÖZER**, s. 238; **SAK**, Aldatma, s. 147; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 39.07; **Mustafa TİFTİK**, “Borç Sözleşmelerinin İptali”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, S. 3, 2006, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 68.

⁶⁵⁴ **KANIŞLI**, s. 519; **ÖZER**, s. 231, 232. *Kocayusufpaşaoğlu* da gerçek anlamda iptal ve gerçek olmayan anlamda iptal olmak üzere iki şekilde incelemiştir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 586-588.

⁶⁵⁵ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 762 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 587; **KURŞAT**, Hile, s. 63.

⁶⁵⁶ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 892; **KURŞAT**, Hile, s. 63; **ÖZER**, s. 233.

yahut süresi içinde onamama hakkını kullanmazsa, sözleşme geçmişe etkili olarak geçerli hâle gelmektedir⁶⁵⁷. Aksi şekilde sözleşmedeki geçersizlik kesinleşmektedir⁶⁵⁸.

Bölünmüş geçersizlik teorisine göre ise irade sakatlığına uğrayan taraf, en başından itibaren sözleşmeyle bağlı değildir ve sözleşme onun açısından geçersizdir, fakat diğer taraf sözleşmeyle bağlıdır⁶⁵⁹. İradesi fesada uğrayan tarafın iptal beyanıyla birlikte sözleşme ikisi için de baştan itibaren hükümsüz hâle gelmektedir⁶⁶⁰.

Nihayet iptal teorisine göre, irade bozukluğu hâlinde sözleşme geçerlidir, her iki taraf bakımından da hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır⁶⁶¹. Fakat iradesi sakatlanan kişi süresinde kullanacağı iptal hakkı ile sözleşmeyi geçersiz hâle getirebilir, aksi durumda sözleşme geçerli kalmaktadır⁶⁶². Geçerliliğin kesin olmaması nedeniyledir ki bu durumda bozulabilir geçerliliğin bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁶³.

Kanaatimizce irade sakatlığının sözleşmeye etkisi bakımından iptal teorisine üstünlük tanınması gerekir. Her şeyden önce belirtilmelidir ki geçersizlik teorisi uyarınca beyan edilen, kanunun düzenleme şeklinin geçersizlik teorisine daha yakın olduğu ifadesine karşın, kanunda yer alan düzenlemeden anlaşılanın iptal teorisi olduğu da pekâlâ ileri sürülebilir⁶⁶⁴. İptal hakkının kullanılması anına kadar sözleşmenin bozulabilir geçerlilik yahut bir diğer ifadeyle askıda geçerlilik hâli devam eder. Bu hakkın kullanılmasıyla ise mevzubahis geçerlilik durumu son bulur ve kesin hükümsüzlüğe benzer sonuçlar ortaya çıkar⁶⁶⁵.

⁶⁵⁷ ANTALYA, BG 1,1, N. 766; KANIŞLI, s. 522; KURŞAT, Hile, s. 63; ÖZER, s. 233.

⁶⁵⁸ ANTALYA, BG 1,1, N. 766; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 890; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Genel, s. 587.

⁶⁵⁹ KELLER/SCHÖBI, s. 162. Sözleşme irade sakatlığına uğrayan taraf için düzelebilir hükümsüzlük ve karşı taraf içinse bozulabilir geçerlilik teşkil etmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 379; KANIŞLI, s. 525. Bugün artık bu görüşün terk edildiğine dair bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 761.

⁶⁶⁰ ÖZER, s. 234.

⁶⁶¹ KURŞAT, Hile, s. 63; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 39.07.

⁶⁶² HUGUENIN, Obligationenrecht, Rn. 576; KANIŞLI, s. 527; KURŞAT, Hile, s. 63; ÖZER, s. 237.

⁶⁶³ KANIŞLI, s. 526, 527.

⁶⁶⁴ KANIŞLI, s. 529, 530. Çalışma sınırlarımızı aşması sebebiyle, iptal teorisinin savunulma gerekçelerine daha fazla yer vermeyeceğiz. Görüşler ve eleştirilerine ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. İstSerhi/KURŞAT, m. 39, N. 8 vd.; KANIŞLI, s. 528 vd.; ÖZER, s. 238 vd.

⁶⁶⁵ SAK, Aldatma, s. 198.

Tüm bu gerekçelerin yanında sürekli borç doğuran sözleşmeler nezdinde de iptal teorisinin daha yerinde olduğunu belirtmemiz gerekir. Zira karşılıklı menfaatlerin ön plana çıkması ve sözleşme selâmetinin hukuki işlemin ana elementlerinden biri sayılması, sözleşmenin geçerli olduğu ana fikri ile daha uyumludur. Pek tabii iradesi sakatlanan bakımından iptal hakkını ileri sürme ve geçerli bir sözleşmenin geçersiz bir hâle büründürülmesi imkânı mevcuttur. Fakat sözleşmenin sıhhatli bir şekilde var olduğu fikri, sürekli sözleşme bakış açısına daha uygundur.

Hakkın niteliği bakımından yapılan bu değerlendirme sonrasında, bizim de bu çalışma kapsamında benimsediğimiz tasnife göre *hükümsüzlük* üst başlığı altında incelenip incelenemeyeceğine de kısaca değinmek gerekir. Zira iptal edilebilir işlem esasen bu hak kullanılıncaya değin geçerlidir. Bu nedenle iptal edilebilirliğin bir hükümsüzlük türü değil, aksine bunun karşısı olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır⁶⁶⁶. Fakat denebilir ki Türk hukukunda iptal edilebilirlik, hangi görüşün savunulduğu önemli olmaksızın, hükümsüzlük üst başlığı altında incelenmektedir⁶⁶⁷. Gerçekten de bu biçimde incelenmesinde bir beis bulunmamaktadır zira iptal hakkının kullanılması sonrasında işlem hükümsüz hâle gelmektedir. Bu aşamaya kadar işlemin bozulabilir geçerli olması ise ilgili araştırma bağlamında bir sorun teşkil etmemektedir. Hükümsüzlük değerlendirmesiyle amaçlanan, iptal edilmiş işlemdir. Bu inceleme iptal edilebilir işlemle ilgilenmemektedir⁶⁶⁸.

2. Kısmi iptal

İptal hakkı denince akla, genelde sözleşmenin hükümsüzlüğüne götüren tam iptal gelmektedir. Zira irade sakatlıklarına bağlanan hukuki sonuç, onama yahut iptalin seçilmesini gerektirir bir tercihten ibaret görünmektedir⁶⁶⁹. Fakat nasıl ki iptal hakkının kullanılmasıyla sözleşme hükümsüz bir hâle geliyorsa, bünyesinde kısmi hükümsüzlüğü de barındıran kesin hükümsüzlük gibi, iptal hakkının da kısmi iptali barındırması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁷⁰. Böylece bugün öğretilde kısmi iptalin de (*Teilanfechtung*) mümkün olduğu birçok yazar

⁶⁶⁶ Bu değerlendirmelere dair ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞ, s. 26 vd.

⁶⁶⁷ BAŞ, s. 27.

⁶⁶⁸ Benzer yönde bkz. BAŞ, s. 28.

⁶⁶⁹ KANIŞLI, s. 564; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 494.

⁶⁷⁰ Haluk Nami NOMER, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan – Cilt: III, Ed: Atilla ALTOP/Rudolf WELSER/Cüneyt BELLİCAN/Nihal URAL ÇINAR/Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT, Seçkin Yayınları, 2016, s. 523 (İptal).

tarafından kabul edilmektedir⁶⁷¹. Öğretideki baskın görüşe göre bu kabul, TBK m. 27/II'nin (OR Art. 20/II) kıyasen uygulanmasıyla gündeme gelmektedir⁶⁷².

Kısmi iptalin⁶⁷³, kısmi hükümsüzlüğe kıyasen uygulanması gerektiği fikrine göre, iptale dair temel koşulların varlığı yanında, kısmi hükümsüzlük için gerekli şartların da kısmi iptal bakımından aranması gerekir⁶⁷⁴. Buna göre, irade sakatlığına sebep olan hâle ek olarak, TBK m. 27/II'nin uygulanması bakımından gerekli olgular mevcut olmalıdır⁶⁷⁵. Aldatma ve korkutmaya özgü olarak, bu irade sakatlığı hâllerinin fer'i⁶⁷⁶ nitelikte olmasının ise ilave bir şart olarak aranması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷⁷. Ayrıca kısmi iptal de kısmi hükümsüzlük

⁶⁷¹ **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 23, Rn. 11; **BAŞ**, s. 125 vd.; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 23-24, Rn. 409, 410; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1266; **GÜL**, s. 166; **HÜRLIMANN**, Rn. 317 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 443 ve 494, 495; **KANIŞLI**, s. 564 vd.; **KURŞAT**, Hile, s. 88 vd.; **NOMER**, İptal, s. 523 vd.; **OFK/DASSER**, Art. 31, Rn. 20; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 392; **SAK**, Aldatma, s. 199 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 39.08; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 453, 454.

⁶⁷² **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 23, Rn. 11; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 23-24, Rn. 409, 410; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1266; **GÜL**, s. 166; **KANIŞLI**, s. 564 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 344; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 495; **KURŞAT**, Hile, s. 88 vd.; **NOMER**, İptal, s. 523, 524; **OFK/DASSER**, Art. 31, Rn. 20; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 392; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 39.08; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 453, 454. Azınlıktaki görüş ise TBK m. 27/II'nin kıyasen uygulanmasına gerek olmaksızın kısmi iptalin, doğrudan iptal hakkının kendisine ve iradi hükümsüzlük niteliğine dayandığını ifade etmektedir. Bkz. **SAK**, Aldatma, s. 152, 153. Öğretide *Başpınar*, irade sakatlığı hâllerinin de geniş anlamda içerik sakatlığı nedenlerinden olduğunu ifade ederek, kısmi iptalin kısmi hükümsüzlüğe kıyasen değil, doğrudan uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 108.

⁶⁷³ İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda da kısmi iptal kanuni bir düzenlemeye konu olduğuna dair bkz. **NOMER**, İptal, s. 524.

⁶⁷⁴ **BAŞ**, s. 129; **GÜL**, s. 167.

⁶⁷⁵ Aldatılan ya da korkutulanın kısmi iptal beyanı sonrasında, karşı tarafın, kısmi olarak iptal edilen kısım olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceği yönündeki beyanlarının dikkate alınmayacağı ve bu noktada tarafların ortak farazi iradesi şartına bir istisna tanınması gerektiği yönünde bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 347-349; **SAK**, Aldatma, s. 207. Aksi yönde bkz. **KURŞAT**, Hile, s. 89, 90.

⁶⁷⁶ Asli aldatma, aldatma fiili olmasaydı aldatılanın sözleşmeyi hiç kurmayacak olması durumudur. Fer'i (yan) aldatma ise aldatılanın, ilgili sözleşmeyi başka ve daha elverişli şartlarda kurabilecek olmasıdır. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1729, 1730.

⁶⁷⁷ **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 28, Rn. 18; **BAŞ**, s. 141; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 28, Rn. 79; **GÜL**, s. 167; **HÜRLIMANN**, Rn. 327; **KURŞAT**, Hile, s. 90; **SAK**, Aldatma, s. 201. Yani örneğin sözleşmeyi yine kuracağını ve fakat farklı bir tutardan akdedeceğini ileri süren aldatılan, fer'i nitelikteki bu aldatma nedeniyle sözleşmeyi kısmi olarak iptal etme hakkına sahiptir. Fakat asli bir aldatma söz konusu ise bu durumda sözleşme kısmen iptal edilemez. Bu hususta başka bir çözüm önerisi sunarak asli aldatma yahut korkutma hâlinde de kısmi iptalin gündeme gelebileceğine dair aksi yöndeki görüş için bkz. **NOMER**, İptal, s. 531.

gibi çeşitli alt türlere ayrılarak incelenmektedir⁶⁷⁸. Bu türler, basit kısmi iptal; değiştirilmiş kısmi iptal ve genişletilmiş kısmi iptal şeklinde adlandırılmaktadır.

Bu başlık altında dikkat çekmek istediğimiz diğer bir husus ise kısmi iptal ile kısmi hükümsüzlüğün yaptırım olarak ortaya çıkışlarındaki anlayış farklılığıdır⁶⁷⁹. Zira kısmi iptal ile kısmi hükümsüzlüğün meydana geliş şekli değişiklik göstermekte ve her ne kadar kısmi hükümsüzlük için aranan şartlar kısmi iptal bakımından da aransa da iki hükmün bakış açısı temelde ayrılmaktadır. Bilhassa, kısmi hükümsüzlüğün daha *kendiliğinden* meydana gelen yapısı ve kısmi iptalin ise daha *tercihe bağlı* bir seçenek gibi görünmesi bu ayrımda rol oynamaktadır. Bunun için evvelâ iki kurumun düzenlendiği hükümlerin temel mantığı araştırılmalıdır. TBK m. 27'nin ana prensibi, kısmi hükümsüzlüğün temel kural ve kesin hükümsüzlüğün ise istisna olmasıdır⁶⁸⁰. Yani şartları varsa öncelikli olarak kısmi hükümsüzlük yoluna başvurulmalıdır ki *favor negotii* ilkesi de tam buna hizmet etmektedir. Bu nedenle tarafların açık iradesi, bir kısmı sakat olan sözleşmenin kesin hükümsüz olması değilse, bir diğer deyişle tarafların farazi iradesi kesin hükümsüzlük yönünde ise, bu hâlde aksi durumun ispatı bunu iddia eden tarafa düşmektedir⁶⁸¹. Denebilir ki yasa koyucu kısmi hükümsüzlüğün varlığını bir karine olarak düzenlemiştir⁶⁸². Oysa iptal hakkı bakımından böyle genel bir düzenleme yoktur⁶⁸³. Yani iptal müessesesinin tamamını ilgilendiren ve irade sakatlığı içeren bir sözleşmenin kısmen mi yoksa tamamen mi iptal edileceği hakkında doğrudan bir kural getirilmemiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 27/II kıyasen uygulanmak suretiyle kısmi iptal yaptırımı gündeme gelmekte ve sonuçlarını bu minvalde doğurmaktadır. Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından ise bundan sonra TBK m. 394/III devreye girmekte ve kural olarak iptal geleceğe etkili şekilde tesir etmektedir.

⁶⁷⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BAŞ**, s. 132 vd.; **GÜL**, s. 167; **KANIŞLI**, s. 568, 569.

⁶⁷⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **SAK**, Aldatma, s. 204 vd.

⁶⁸⁰ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 106.

⁶⁸¹ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 106.

⁶⁸² **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 91; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 106.

⁶⁸³ Aşırı yararlanma hâlinde edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin istenebilmesinin kısmi iptal teşkil ettiği ve bu durumda kısmi iptalin kanuni bir kural ile doğrudan düzenleme altına alındığı hususunda bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 1307; **NOMER**, İptal, s. 524. TBK m. 34/II'nin açıklamada yanılma bakımından kısmi iptale ilişkin özel bir düzenleme olduğu ve değiştirilmiş kısmi iptal teşkil ettiği yönünde bkz. **NOMER**, İptal, s. 525. Bu hususta doğrudan bir kural olmadığı yönünde bkz. **SAK**, Aldatma, s. 201.

İradesi sakatlanan kişi iptal hakkını kullanmakta serbesttir, bu hakkın kısmi iptal anlamına gelecek şekilde kullanılması da mümkündür. Örneğin yanılma bakımından, TBK m. 34/II'den kaynaklanan karşı hak kullanılmadığı ve tarafların farazi iradesi de bu yönde olduğu müddetçe, yanılanın kısmi iptale başvurmamasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir⁶⁸⁴. Aldatma veya korkutma bakımındansa, bu irade sakatlıklarının asli olması hâlinde, tam iptal hakkının ileri sürülmesi durumunda artık TBK m. 27/II'nin kıyasen uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁶⁸⁵.

3. İptal hakkının kullanılması

a. İptal hakkının kullanılmasının etkisi

İrade sakatlığı hâllerinde iradesi fesada uğramış kimsenin iptal hakkını kullanırken TBK m. 30 ve devamı hükümlerinde yer alan koşulları yerine getireceği ve hakkını ileri süreceği açıktır. Fakat iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkacak olan hükümsüzlüğün etkisinin ne olacağı, kesin hükümsüzlük bahsinde olduğu gibi öğretide ve mahkemeler nezdinde tartışılmıştır. Zira hükümsüzlüğün sonuçlarının ifasına başlanmış sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından geleceğe etkili olması gerektiği fikri⁶⁸⁶, iptal hakkının kullanılması sonucu oluşacak durum için de geçerlidir⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ KANIŞLI, s. 573.

⁶⁸⁵ GÜL, s. 212; HÜRLIMANN, Rn. 328, 329; NOMER, İptal, s. 531, 532; SAK, Aldatma, s. 202.

⁶⁸⁶ Sürekli borç doğuran sözleşmelerin ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesine dair gerekçeler daha önce ayrıntılı şekilde incelendiğinden tekrara düşmemek adına burada yeniden tartışılmamıştır. Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III.

⁶⁸⁷ ALTINOK ORMANCI, s. 164 vd.; ANTALYA, BG 1,1, N. 1741, dn. 172; BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 57; BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, vor Art. 23-31, Rn. 7 vd.; BAŞ, s. 193 vd.; BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 23-31, Rn. 104 vd.; BROX/WALKER, § 18, Rn. 37; CHK-KUT/BAUER, OR 31, Rn. 27; EREN, Genel Hükümler, N. 1276; FREIBERGER, s. 93; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 943 vd.; GÜL, s. 216; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rn. 585; KANIŞLI, s. 576 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 442, 443; KÖROĞLU, s. 230 vd.; KURŞAT, s. 69 vd.; KRAMER, Der Irrtum, Rn. 106; NEUNER, § 41, Rn. 148 vd.; NOMER, Borçlar, N. 58.2; OFK/DASSER, Art. 31, Rn. 21; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 571; ÖZER, s. 268 vd.; REISER, Rn. 47; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 3.28, 39.25; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 57; SEROZAN, Dönme, s. 167. Aksi yönde bkz. KOLLER, AT, Rn. 14.192; POLYDOR-WERNER, s. 17 vd. Öğretide Yıldırım, sürekli borç doğuran sözleşmelerin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesi hâlinde bunun geleceğe etkili sonuçlar doğurması gerektiği yönünde açıklamalarda bulunsa da devamında, sürekli sözleşmelerin iptal edilmesi durumunda geçmişe yahut geleceğe etkili bir sona erme yönünde bir genellemeye gidilemeyeceğini ve her somut olayın şartlarının ve taraf menfaatlerinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. YILDIRIM, s. 246, 247.

İptal hakkının kullanılmasıyla beraber sürekli borç doğuran sözleşmenin ileriye etkili olacak şekilde sona ermesi sonucuna, öğretide çeşitli rotalar takip edilerek ulaşılmıştır. Örneğin ileriye etkili iptal hakkını olağanüstü fesih ile ilişkilendirenler bulunmaktadır⁶⁸⁸. Bu görüşteki yazarlardan birine göre iptal kabiliyeti, sürekli sözleşmeler bakımından zayıflamış ve ileriye etkili sonuçlar doğuran bir hâle bürünmüştür⁶⁸⁹. Bu hâlde, olağanüstü fesihle beraber anılan iptal sebepleri olağanüstü fesih etkisi yaratır ve sözleşme geleceğe etkili şekilde son bulmuş olur⁶⁹⁰. Fakat bu noktada, ileriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkı ile olağanüstü feshin aynı sonuca – *ex nunc* etki – götürmesi her kadar benzer olsa da bu hukuki kurumların gerekçelerinin birbirinden farklı olduğunun unutulmaması gerekir. Bu sebeple örneğin, iptal hakkının kullanılabilmesi için, iptal beyanı sırasında, sebebin mevcudiyetinin yahut bunun sözleşmeyle bağlı kalmama isteğini haklı göstermesinin aranması mümkün değildir⁶⁹¹. Zira bu durumda artık iptal hükümlerinin uygulanması diye bir şeyden söz edilemez ve iptal hakkının, olağanüstü fesihle ikame edilmesi gündeme gelir⁶⁹². Bu nedenle sonuç bakımından olağanüstü fesih şeklinde ifade edilse de mühim olan iptal hakkı sahibinin bu hakkını kullanarak sözleşmeyi ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona erdirmesidir⁶⁹³.

⁶⁸⁸ **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 23-31, Rn. 105; **FREIBERGER**, s. 93; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 942 vd.; **HUGUENIN**, Obligationenrecht, Rn. 585; **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 442, 443; **PREIS/TEMMING**, Rn. 965; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 57. Bahse konu iptal hakkının, değiştirilmiş bir iptal hakkı mı yoksa fesih ile mi inceleneceğinin tartışmalı bir soruyu ortaya çıkardığına dair bkz. **Wolfgang SIEBERT**, Faktische Vertragsverhältnisse Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts, Verlag C. F. Muller Karlsruhe, 1958, s. 92.

⁶⁸⁹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 57.

⁶⁹⁰ **FREIBERGER**, s. 93. Konuyu hizmet sözleşmesi bağlamında inceleyen *Siebert*, fiili adi ortaklık ilişkilerinde de aynı durumun meydana gelebileceğini ve iptale neden olan gerekçelerin olağanüstü fesih etkisi yaratması için olağanüstü feshe sebebiyet verecek ağırlıkta ve önemde olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **SIEBERT**, s. 93. *Seliçi* ise bu gibi bir şartın aranması hâlinde zaten iptal sebebine ihtiyaç kalmayacağını ileri sürerek bu durumda iptal sebeplerinin uygulanmasına yer olmayacağını ve bunun isabetsiz olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 57, 58. İrade bozukluğu sebeplerinin de haklı sebebin yanında bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **FREIBERGER**, s. 93. Haklı sebeple fesih ile iptalin yarışabileceği yönünde bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 164. Bu yönde bkz. **TÜRKMEN**, s. 1079. İptal hakkı ve feshin birbirinin alternatifi olduğu yönünde bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 41.

⁶⁹¹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 57, 58.

⁶⁹² **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 58.

⁶⁹³ “*Esasen ileriye etkili sona erdirme imkânının şu veya bu şekilde ifade edilmesi o kadar önemli değildir. Ancak şu veya bu şekilde ifade ettikten sonra buna hukuki sonuçlar bağlamak sakattır ve bugün terk edilmiş olan kavram hukukçuluğunun da bir örneği olur*”. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 58, dn. 180.

Bahse konu ileriye etkili sona ermeyi fesihle ilişkilendiren yazarlardan bazıları⁶⁹⁴, ileriye etkili iptal hakkı için başvurulması gereken hükmün, yanılma hâlinde TBK m. 34 (OR Art. 25/I) olabileceğine işaret etmekte ve hükmün kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedirler. Buna göre sözleşme bir süredir ifa ediliyorsa, iptal hakkının ileri sürülmesi, sözleşmeyi ileriye etkili şekilde sona erdirmelidir. Zira TBK m. 34 (OR Art. 25/I) uyarınca, ifasına başlanmış sözleşmenin geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesi, dürüstlük kuralına aykırıdır. Fakat irade sakatlıkları yanılmadan ibaret değildir ve bu nedenle, bu hüküm, tüm irade sakatlığı hâlleri için bir çözüm yolu olarak görülebilir⁶⁹⁵. Böylece sürekli borç doğuran sözleşmelerde genel kuralın ileriye etkili sona erme olduğu söylenebilir⁶⁹⁶. TBK m. 34'ün (OR Art. 25/I) tatbikinden hareket etse de bir başka görüş, aldatma ve korkutma hâlleri de düşünüldüğünde, fiili sözleşme ilişkilerinin daha bütüncül bir çözüm teşkil ettiğini ifade etmektedir⁶⁹⁷.

İleriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkı bakımından öğretide bir görüş⁶⁹⁸ dürüstlük kuralından hareket etmektedir. Buna göre irade bozukluklarının giderilmesini düzenleyen eBK m. 31 (TBK m. 39) ani edimli sözleşmeleri esas alan bir tasfiye sistemi kurmuştur. Sürekli borç doğuran sözleşmelerde bu tasfiye sistemi tatminkar sonuçlar ortaya çıkarmaz ve bu nedenle dürüstlük kuralının bunu gerektirmesi hâlinde bu türden sözleşmeler ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde iptal edilmelidir⁶⁹⁹.

⁶⁹⁴ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 31, Rn. 108; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 944; ÖZER, s. 272; REISER, Rn. 47, ayrıca bkz. Rn. 319. Bu hükmü alternatif olarak uygulayan görüş için bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 39.25.

⁶⁹⁵ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 31, Rn. 108.

⁶⁹⁶ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 31, Rn. 108.

⁶⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 944. İleriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkı bakımından fiili sözleşme ilişkileri teorisinin işletilebileceği yönüne bkz. YILDIRIM, s. 245.

⁶⁹⁸ KURŞAT, Hile, s. 72; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 390; TİFTİK, s. 82.

⁶⁹⁹ KURŞAT, Hile, s. 72, 73. Ayrıca bu görüş, sürekli borç doğuran sözleşmelerin iptali bakımından kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu ileri sürmektedir (bkz. Aynı yazar, s. 73). Benzer yöndeki görüşe göre TBK m. 39'a eklenecek bir fıkra ile bu durum düzenlenmelidir. İlgili fıkra, “İfasına başlanmış sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde yanılma halinde sözleşme ile bağlı olmamanın hüküm ve sonuçları ileriye etkili olarak doğar. Aldatma ve korkutmada, aldatılan veya korkutulan taraf, sözleşmenin diğer tarafının aynı zamanda aldatan veya korkutan sıfatını taşıması şartıyla, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ile bağlı olmamanın hüküm ve sonuçlarının geçmişe veya ileriye etkili olarak doğması hususunda seçim hakkına sahiptir” şeklinde olabilir. Bkz. KÖROĞLU, s. 235. De lege ferenda bir çözüm olarak, kanun koyucunun tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü bakımından düzenleme yapması ve ileriye etkili sona ermeyi kural hâline getirmesi gerektiği yönünde bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 56.

İleriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkı bakımından bir görüş⁷⁰⁰ TBK m. 34'ün kıyasen uygulanması yahut hakkın olağanüstü fesihle ilişkilendirilmesine gerek olmadığını ifade etmektedir. İlgili fikre göre borç ilişkisi, tabiatı gereği yahut en azından TBK m. 126'ya kıyasen, ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur.

İleriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkının gerekçesini TBK m. 394/III'ün⁷⁰¹ (OR Art. 320/III) genelleştirilmesi olarak açıklayanlar da bulunmaktadır⁷⁰². Bu görüşe göre kanunun hizmet sözleşmesi bölümünde yer alan ve hükümsüzlüğün sonuçlarının *ex nunc* şekilde tesir etmesini sağlayan bu hükmün genelleştirilmesi ve diğer sürekli borç doğuran sözleşmelerin iptali hâlinde de uygulanması mümkündür.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 129 III 320 künyeli karar⁷⁰³, irade sakatlığının sürekli sözleşmelere etkisi bakımından dönüm noktası olmuştur⁷⁰⁴. Karar, geri dönüşüm işleri yapan bir anonim şirket ile Zürih Belediyesi arasındaki beş yıllık sözleşmede, davalının irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkını kullanmasının etkilerini tartışmaktadır⁷⁰⁵. Sürekli borç doğurma niteliğini haiz sözleşmenin iptali sonrasında ortaya çıkan durumu ve iptalin etkisini değerlendiren mahkeme, iptal yahut geçersizlik teorisinin hangisinin takip edildiğinin önemi olmaksızın genel kuralın *ex tunc* etkili sona erme olduğunu öncelikle ifade etmiştir. Fakat eldeki olayda yer alan sözleşmenin sürekli borç doğurması ve ifasına hâli hazırda başlanmış olması nedeniyle durumun farklılaştığının altını çizmiştir⁷⁰⁶. Zira bu biçimdeki sözleşmelerin *ex tunc*

⁷⁰⁰ GÜMÜŞ, Genel, s. 346, 347.

⁷⁰¹ TBK m. 394/III'ün hizmet sözleşmesi bakımından yalnızca kesin hükümsüzlük hâlinde uygulanabileceği yönünde bkz. GÜNEŞ/MUTLAY, s. 236. TBK m. 394/III'ün hizmet sözleşmesinin iptali hâlinde de tatbik edileceği yönünde bkz. Gizem GÜLER ASLAN, Hizmet Sözleşmesinin Geçersizliği, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2024, s. 81; KILIÇOĞLU, Özel, s. 402, 403; SÜMER, s. 65; TÜRE, İş Sözleşmesi, s. 90.

⁷⁰² BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, vor Art. 23-31, Rn. 7; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 3.28.

⁷⁰³ BGE 129 III 320 Bkz. www.bger.ch (Erişim tarihi: 29/12/2023). Kararın eleştirisi için bkz. KOLLER, Band II, 6.32 vd. ve 11.46 vd.

⁷⁰⁴ BURRI, Rn. 380.

⁷⁰⁵ Kararda rüşvet alan bir kamu görevlisinin aldığı bu rüşvet nedeniyle sözleşmenin akıbeti değerlendirilmiş ve ilgili durumun TBK m. 27 anlamında bir kesin hükümsüzlüğe mi yoksa hata yahut hile nedeniyle iptale mi yol açacağı incelenmiştir. Fakat söz konusu tartışmalar doğrudan çalışmamızı ilgilendirmediğinden burada ayrıntılarına yer verilmemiştir. İlgili hususa dair ayrıntılı bilgiler için bkz. WYSS/von der CRONE, s. 38.

⁷⁰⁶ Kanunda öngörülen sonuçların somut olaya uygun olmaması durumunda mahkemenin yasadaki kurala uymamasının ancak hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlâli hâlinde mümkün olduğu ve ilâveten eldeki olayda

etkili sonuçlar doğuracak şekilde iptal edilmeleri, iade düzeninin sebepsiz zenginleşme uyarınca yerine getirilmesini gerektirir ki bu, ciddi pratik zorluklara⁷⁰⁷ neden olmakta ve yer yer imkansızlaşmaktadır⁷⁰⁸. Anılan nedenle, kısmen yahut tamamen ifa edilmiş bir sürekli sözleşmenin iptali geleceğe etkilidir⁷⁰⁹. Kararda bu doktrin ‘*fesih teorisi (Kündigungstheorie)*’ olarak adlandırılmıştır⁷¹⁰. Yine mahkeme *ex nunc* etkili iptalin kabulü için öğretide de ileri sürülen çeşitli gerekçeleri belirtmiş ve OR Art. 320/III’ün genişletilmiş etkisinin diğer sürekli borç doğuran sözleşmelere de uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bunun yanında kararda, fiili sözleşme ilişkisi doktrininin gerekli olmadığının⁷¹¹ altı çizilmiştir. İlâveten mahkeme, ileriye etkili iptal hakkı bakımından OR Art. 25/I’i işaret eden öğreti görüşlerinin de bulunduğunu ifade etmiştir.

Fakat bir diğer kararında⁷¹² Federal Mahkeme, elindeki olayda her ne kadar TBK m. 27 anlamında bir hükümsüzlük olsa da 129 III 320 künyeli kararına da değinerek ve buna rağmen sürekli borç doğuran sözleşmenin geçersizliği bakımından OR Art. 66 (TBK m. 81) incelemesi yapmıştır. Bu husus öğretide çelişkili bir yaklaşım olarak değerlendirilerek eleştirilmiştir⁷¹³.

Bu husustaki kanaatimizi de daha önce açıklayarak temelde TBK m. 394/III’ün yarattığı etkinin, TMK m. 5 aracılığıyla tüm hükümsüzlük hâllerine teşmilinin sağlanabileceğini ifade etmiştik⁷¹⁴. Buna göre, TBK m. 394/III sürekli borç doğuran sözleşmelerin tamamı bakımından hükümsüzlük düzenini belirlemektedir ve hükmün getirdiği zihniyet hükümsüzlüğün çeşidine göre değişmemektedir. Daha açık bir anlatımla, sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki

aldatma kastıyla hareket eden kişinin hak etmediği bir korumadan, fiili sözleşme ilişkileri doktrini nedeniyle yararlandığına dair bkz. **WYSS/von der CRONE**, s. 42.

⁷⁰⁷ **BeckOGK/MATIES**, BGB § 611a, Rn. 696. Pratik olması nedeniyle *ex nunc* etkili sona ermenin tercih edilmesinin tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1477 vd.; **KOLLER**, Band II, 6.32.

⁷⁰⁸ **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF**, Rn. 93.

⁷⁰⁹ *Ex nunc* etkili iptal yerine vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurulması gerektiği yönünde bkz. **WYSS/von der CRONE**, s. 42-44.

⁷¹⁰ Mahkemenin bu adlandırmasına eleştirel bir bakış açısı ve genel olarak karara dair açıklamalar için bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1476.

⁷¹¹ Mahkemenin, fiili sözleşme ilişkileri teorisi ile irade sakatlığı bulunan bir sözleşmenin fesih anına değin sürdürülmesi arasındaki farkı tam olarak nasıl değerlendirdiğinin karardan net olarak anlaşılamadığı yönünde bkz. **HARTMANN/ARBOR**, s. 1479.

⁷¹² BGE 134 III 438 Bkz. www.bger.ch (Erişim tarihi: 2/9/2024). Karara ilişkin açıklamalar için bkz. **KOLLER**, Band II, Rn. 11.61 vd.

⁷¹³ **BURRI**, Rn. 390 vd.

⁷¹⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I, B.

geçersizliğin etkisini düzenleyen m. 394/III iptal edilebilirlik bakımından da caridir. Bu bakımdan sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptali açıktır ki ileriye etkili sonuçlar doğurmaktadır. TBK m. 394/III'ün genelleştirilmesi ve bu sayede tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından hükümsüzlüğün etkisinin yeknesaklaştırılması, tüm hükümsüzlük düzenini de *geleceğe etki* bakımından yeknesaklaştırmaktadır. Buna göre, sürekli borç doğuran bir sözleşme bakımından iptal hakkının kullanılması, bu sözleşmeyi geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hâle getirirse de bu kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkardığı sonuçlar ileriye etkilidir. Başka bir söyleyişle, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme sona ermekte ve bahse konu geçersizliğin sonuçları iptal anından itibaren tesir etmektedir.

b. İptal hakkının kullanılması bakımından özel durumlar

İradesi fesada uğramış tarafın iptal hakkını kanunda öngörülen şartları sağlayarak ileri sürebileceği tartışmasızdır. Fakat sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona ermesi bakımından birtakım istisnaların varlığı tartışılmaktadır.

İleriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkı bakımından öğretide ileri sürülen ilk istisna⁷¹⁵, irade sakatlığının türüne göre bir ayırım yapmaktadır. Bir görüşe⁷¹⁶ göre, aldatma ve korkutma durumunda, bu fiiller nedeniyle *mağdur* olan sözleşme yanına bir seçim hakkı sunulmalıdır⁷¹⁷. İptal hakkının sözleşmeye etkisinin *ex tunc* şekilde mi yoksa *ex nunc* biçimde mi etki edeceği şeklindeki kararı, iradesi fesada uğrayan taraf vermelidir. Bu hususta iradesi sakatlanan kişinin seçimlik bir hakkı olduğu kabul edilmelidir⁷¹⁸. İradesi sakatlanan kişi sözleşmenin ifa edilmiş

⁷¹⁵ Hollanda hukukunda da kural olarak iptal geçmişe etkilidir. Fakat Yeni Medeni Kanun'un 3. Kitabı'nın 53. maddesinin ikinci fıkrasında bir istisna tanınmış, geçmişe etkili sona erme nedeniyle karmaşık birtakım sonuçlar ortaya çıkacaksa, hâkime iptalin etkilerini kısmen veya tamamen kaldırma yetkisi verilmiştir. Hüküm sürekli sözleşmelerle sınırlı değildir. Bkz. **KRAMER**, Der Irrtum, Rn. 106.

⁷¹⁶ **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 31, Rn. 104 vd.; **KANIŞLI**, s. 580 vd.; **KÖROĞLU**, s. 232 vd. Aldatma ve korkutma hâlinde, iptal hakkının kullanılmasının sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirmesi gerektiği yönünde bkz. **FREIBERGER**, s. 93. Benzer yönde bkz. **REİSOĞLU**, Hizmet, s. 139. Hizmet sözleşmesi bakımından, örneğin işçinin işvereni aldatarak sözleşmenin kurulmasını sağlaması hâlinde, OR Art. 320/III'ün uygulanamayacağı yönünde bkz. **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, Rn. 296; **KILIÇOĞLU**, Özel, s. 403; **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 320, N11. Benzer yönde bkz. **OZAN ÖZPARLAK**, s. 233, 234. Hizmet sözleşmesinin iptali hâlinde sözleşmenin ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesi bakımından bir istisna getirilmesinin uygun olmadığı zira iptali gerektiren gerekçelerin kuraldan ayrılmaya yetecek hukuki ağırlıklarının olmadığı yönünde bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 571, 572.

⁷¹⁷ **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 31, Rn. 106; **YILDIRIM**, s. 245. Benzer yönde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 39.25.

⁷¹⁸ **SAK**, Aldatma, s. 212.

kısmını onaylamaya zorlanamamalıdır⁷¹⁹. Zira kötü bir maksatla hareket eden, karşı tarafı aldatarak yahut korkutarak sözleşme yapmaya ikna eden kimsenin, ifa edilen edimleri iade etmek zorunda kalmaması, onun ödüllendirilmesi anlamına gelebilmektedir⁷²⁰. Oysa bu kimsenin ilgili durumdan faydalanması engellenmelidir. Hukuki anlayış da bunu gerektirmektedir⁷²¹. Fakat üçüncü kişinin aldatması yahut korkutması ihtimalinde, aldatan yahut korkutan sıfatına sahip olmayan sözleşmenin karşı yanının kastî bir fiili olmadığından, iptalin *ex nunc* etkili sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir⁷²². Bu görüş, yanılma durumunu ise yukarıda ileri izah edilen fikirden ayrı tutmaktadır⁷²³. Zira bu durumda ortaya çıkan sakatlıktan hataya düşmeyen taraf da etkilenmektedir. Sürekli borç doğuran sözleşmelerde genel kural ileriye etkili sonuçlar doğuran iptaldir ve *ex tunc* etkili sonuçlar doğuran iptal, ancak, iptal hakkını kullanan tarafın haklı menfaati bunu gerektiriyorsa ve bu durum herhangi bir dezavantaja yol açmıyorsa mümkündür⁷²⁴. Aksi yöndeki görüşe⁷²⁵ göre ise yasa koyucu, korkutma ve aldatma hâli için yanılma ile aynı düzeyde hukuki sonuçlar öngörmektedir. Bu nedenle yanılma ve korkutma durumlarında da iptal, ileriye etkili sonuçlar doğurmalıdır. Kaldı ki çoğu durumda yanılma ve aldatma bir arada bulunduğundan sağlıklı bir tespit yapılamaz ve yasa koyucunun farklılık öngörmediği irade sakatlıkları bakımından bu biçimde ayırık bir durum yaratmak, taraf menfaatleri yahut adil sonuçların meydana gelmesi bakımından uygun değildir⁷²⁶.

Kanaatimizce bu noktada ilk görüşe ağırlık vermek gerekmektedir. Öğretide ileri sürülen bu istisnai durum sürekli borç doğuran sözleşmelerde iptal hakkının sonuçlarının yeknesak olmadığı eleştirisi ile karşılaşılabılır. Zira bu gibi hâllerde, iradesi fesada uğrayan kişiye bir *seçimlik hak* tanımak, genel geçer uygulamadan sapmak gibi görülebilir. Fakat kuralın kendisi sözleşme adaletini sağlamaya çalıştığına göre, bu gibi bir durumun farklı sonuç doğurması somut olay adaleti bakımından gereklidir. Gerçekten de aldatılan yahut korkutulan kimsenin

⁷¹⁹ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 31, N. 107.

⁷²⁰ Benzer yönde bkz. WYSS/von der CRONE, s. 41 vd.

⁷²¹ FREIBERGER, s. 93.

⁷²² KÖROĞLU, s. 234; SAK, Aldatma, s. 212.

⁷²³ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 31, Rn. 108.

⁷²⁴ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 31, Rn. 108.

⁷²⁵ BAŞ, s. 192, 193; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 59, 60.

⁷²⁶ BAŞ, s. 193.

çıkarları, geçmişe etkili sonuçlar doğuran bir iptali gerektiriyor olabilir. Yine karşı yanın iradesini fesada uğratan sözleşme tarafının bundan bir fayda sağlaması fikri de adalet bilincini sarsıntıya uğratmaktadır. Tüm bunların ötesinde, sürekli borç doğuran sözleşmeler, tarafların karşılıklı güveninin son derece önemli olduğu ve bu güvenin gittikçe derinleştiği bir ilişki türü yaratmaktadır. Aldatma ve korkutma gibi hâllerde ise bu güven ilişkisi kurulamamış veya büyük sekteye uğramıştır⁷²⁷. Buna sebep olan tarafın bunun sonuçlarına katlanması gerekir.

İleri sürülen ikinci istisna ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararında⁷²⁸ yer alan karşılıklık (*sinallagma*) incelemesine dayanmaktadır. Mahkemeye göre sürekli sözleşmelerde iptalin etkisi *ex nunc* şekilde gerçekleşmelidir ve fakat irade bozukluğu sözleşmedeki sinallagmayı yani karşılıklık ilişkisini etkilemekteyse, bu durumda artık topyekûn bir *ex nunc* etkili sonuçlar doğuran iptalden bahsedilemez⁷²⁹. Bunun için, iradesi fesada uğramış tarafın yükümlendiği borç, sakatlık nedeniyle niceliksel olarak etkilenmeli ve bu etki nedeniyle, dengenin yeniden kurulması bir gereklilik hâline gelmelidir. Diğer bir deyişle, edimler arasındaki bozulan dengenin yeniden tesisi için OR Art. 20/II (TBK m. 27/II)'de karşılığını bulan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ilkelerinin olaya uygulanması haklı görülmelidir⁷³⁰. Böylece edim ve karşı edim arasındaki dengenin yeniden tesisi, iptalin geçmişe etkili şekilde sonuçlar doğurmasıyla gerçekleştirilmektedir.

Öte yandan, sözleşmenin geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesinin tasfiye sorunlarına yol açmadığı hâllerde de *ex tunc* etkili bir iptal hakkının gündeme gelebileceği öğretide ileri sürülmektedir⁷³¹. Bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira daha önce de izah ettiğimiz üzere, sürekli borç doğuran sözleşmelerin *ex nunc* etkili olacak şekilde sona ermesinin en önemli nedenlerinden biri, geçmişe etkili tasfiyenin bir problem teşkil etmesidir. Anılan gerekçeyle, iptal hakkı bakımından *ex tunc* etkili sona erme, yukarıda izah

⁷²⁷ Benzer yönde ve özellikle kısmi iptal hakkı bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz. SAK, Aldatma, s. 203 vd.

⁷²⁸ BGE 129 III 320 Bkz. www.bger.ch (Erişim tarihi: 29/12/2023).

⁷²⁹ BGE 129 III 320, 7.1.4.

⁷³⁰ Eser sözleşmesi bakımından bkz. Peter GAUCH, Der Werkvertrag, Sechste, überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Verlag, 2019, Rn. 390a (Der Werkvertrag).

⁷³¹ GÜL, s. 219, KANIŞLI, s. 580.

ettiğimiz hâllerle sınırlı olmak üzere bir istisna teşkil etmekteyse de kural, iptal hakkının kullanılmasının geleceğe etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmasıdır.

C. Askıda Hükümsüzlük

Kurucu unsurları mevcut olmakla beraber, hüküm ve sonuçlarını doğurması için kanunen zorunlu olan birtakım olgulardan yoksun hukuki işlemler, tamamlanmamış durumdadır ve bunlara *eksik* yahut *noksan* işlemler denmektedir⁷³². Bu durumda sözleşme kurulmuştur⁷³³ ve fakat tamamlayıcı unsurlarında eksiklik olduğu için ortaya askıda hükümsüzlük yaptırımı çıkmaktadır⁷³⁴. Hukuki işlem, bahse konu eksiklik tamamlanana kadar hükümlerini doğurmamakta lâkin bu sırada henüz kesin hükümsüz de sayılmamaktadır⁷³⁵.

Askıda hükümsüzlüğe sebep olup eksikliği hâlinde tamamlanması beklenen olgular çeşitlilik arz eder. Örneğin sınırlı ehliyetsizin yahut yetkisiz temsilcinin işlemleri böyledir⁷³⁶. Bilindiği gibi, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kendilerini borç altına sokacak hukuki işlemlerinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, yasal temsilcilerinin izni yahut icazetini gerektirmektedir. İşte, yasal temsilcisinin izni olmadan bu türden bir hukuki işleme taraf olan sınırlı ehliyetsizin ilgili işlemi bakımından, yasal temsilcinin rızası eksiktir ve bu tamamlanana kadar işlem askıda hükümsüzdür⁷³⁷. Benzer şekilde vesayet altındaki kişi bakımından, vesayet veya denetim makamının iznini gerektiren hâllerde bu iznin alınması yahut şarta bağlı işlemlerde şartın gerçekleşmesi de işlemin hüküm ifade etmesi için tamamlanması gereken olgulardır⁷³⁸. Onay verilip verilmeyeceğinin bilinmediği dönemde hâkim, noksanlığı re'sen göz önünde bulundurur⁷³⁹.

⁷³² ANTALYA, BG 1,1, N. 795; EREN, Genel Hükümler, N. 1047; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 593; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 554.

⁷³³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 593; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 554.

⁷³⁴ ANTALYA, BG 1,1, N. 795; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 593, 594.

⁷³⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 593, 594.

⁷³⁶ ANTALYA, BG 1,1, N. 797, 798; EREN, Genel Hükümler, N. 1047; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 594; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 556.

⁷³⁷ ANTALYA, BG 1,1, N. 797, 798; EREN, Genel Hükümler, N. 1047; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 594; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 556.

⁷³⁸ ANTALYA, BG 1,1, N. 797, 798; EREN, Genel Hükümler, N. 1047; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 594; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 556.

⁷³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 557.

Bahse konu eksikliğin tamamlanmasıyla beraber işlemin geçerli hâle geleceğine şüphe yoktur⁷⁴⁰. Fakat ilgili noksanlığın giderilememesi durumunda işlem, kesin olarak hükümsüzleşmektedir⁷⁴¹. Bu noktada askıda hükümsüz sürekli borç doğuran bir sözleşmenin durumu, esasen kesin hükümsüz bir sürekli borç doğuran sözleşmeyle benzeşmektedir. Zira askıda hükümsüz olan sözleşmenin hükümsüz hâle gelmesi, *ex nunc* etkili neticeler ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, yasal olarak çalışma yaşına⁷⁴² erişmemiş bir küçüğün yahut kısıtlının taraf olduğu hizmet sözleşmesinde, yasal temsilcinin izninin bulunmadığı dönemde sözleşme, askıda hükümsüzdür⁷⁴³. Yasal temsilcinin sözleşmeye onay vermemesi⁷⁴⁴ hâlinde sözleşme kesin hükümsüzleşir⁷⁴⁵. Fakat burada ortaya çıkan kesin hükümsüzlük, ileriye etkili sonuç doğurmaktadır⁷⁴⁶.

III. TARAFLARIN EX TUNC/EX NUNC ETKİ BAKIMINDAN ANLAŞMASI

Sözleşmenin sona ermesi bakımından *ex tunc* yahut *ex nunc* etki daha önce de ifade ettiğimiz⁷⁴⁷ gibi yalnızca hükümsüzlük hâli bakımından değil, özellikle sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi açısından son derece önemli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu etkiler bilhassa eser sözleşmesi bakımından daha da mühimdir, zira inşaat sözleşmeleri gibi, aylar ve belki de yıllar boyunca süren sözleşmelerin devamı sırasında tarafların durumu, ülkenin ekonomik ve

⁷⁴⁰ Mevzubahis geçerliliğin hangi andan itibaren meydana geleceği hususunda genel geçer bir kural bulunmamakla beraber, özel hukuk kişinin rızasına ilişkin işlemlerde geçmişe etkili olarak, mahkemenin veya kamu idaresinin rızası söz konusu ise ileriye etkili biçimde hüküm ve sonuçlarını doğurduğu kabul edilmektedir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 796; **EREN**, Genel Hükümler, N. 1047; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 594; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 556-558.

⁷⁴¹ **EREN**, Genel Hükümler, N. 1048; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 557.

⁷⁴² Bu hususa dair ayrıntılı bilgiler için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I, C, 1, a, (i).

⁷⁴³ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 524; **Tufan ÖĞÜZ**, “Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, s. 26.

⁷⁴⁴ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 12 kapsamındaki durum için ayrıca bkz. **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 524, 525.

⁷⁴⁵ **GEMİCİ FİLİZ**, s. 612; **ÖĞÜZ**, s. 26; **SEÇER**, Çocuk ve Genç, s. 1444.

⁷⁴⁶ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 524; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 612; **ÖĞÜZ**, s. 26; **SEÇER**, Çocuk ve Genç, s. 1444.

⁷⁴⁷ Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, C, 1.

siyasi konjonktürü değişebilmekte ve bu da tarafların sözleşmeyle bağlı kalma isteğinden uzaklaşmasına sebep olabilmektedir.

Bu başlık altında değinmek istediğimiz husus esasen tarafların sözleşmeye koydukları bir hükümle, sözleşmenin sona ermesi hâlinin tesirinin, geçmişe yahut geleceğe etkili şekilde sonuç doğuracağını kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağıdır. Bu sona erme, geniş anlamda kullanıldığı taktirde çalışmamız özelinde hükümsüzlüğü ve sık rastlanır hâliyle borçlu temerrüdünü karşımıza çıkarabilir. Borçlu temerrüdü bakımından bu durum, sürekli borç doğuran bir sözleşmede borçlu temerrüdü hâlinde alacaklıya, yalnızca dönme hakkının kullanılabilmesini öngören bir hükmün sözleşmeye eklenmesiyle örneklenebilir. Yine hükümsüzlük bakımından ortaya çıkacak misal, sözleşmede yer alan bir hükümsüzlük kuralı ile tarafların, sözleşmenin herhangi bir nedenle kesin hükümsüz olması hâlinde, ileriye veya geçmişe etkili şekilde sona ereceğini kararlaştırmaları ihtimalinde ortaya çıkabilir. Acaba tarafların bu ihtimallerde yer aldığı şekliyle ortaya çıkan sözleşmesel iradesi, onların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde midir ve bunun doğal sonucu olarak bu biçimde bir hüküm sözleşmeye derç edilebilir mi sorularının cevaplanmasını gerektirmektedir.

Bu sorulara cevap vermek için evvelâ tarafların üzerinde anlaşma yapmaya çalıştıkları hükümlerin emredici niteliğinin incelenmesi gerekir. Zira sözleşme özgürlüğü esas olsa da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konulardan biri, yasanın emredici hükümleridir. Borçlu temerrüdü açısından bu husus karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüdün özel sonuçlarını düzenleyen TBK m. 125 ile çalışmamız bakımından önem arz eden ve sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki sonuçlarını düzenleyen TBK m. 126'nın, emredici bir niteliği var mıdır sorusunun sorulmasını gerektirir. Bu hükümlerin emredici niteliği bulunmadığı ve bu hususun hükümlerin özü ve sözünden anlaşıldığı ifade edilmektedir⁷⁴⁸. Bu da sürekli borç doğuran bir sözleşmede temerrüt nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesinin⁷⁴⁹ kararlaştırılabileceğini göstermektedir ki sözleşme özgürlüğü de bu

⁷⁴⁸ TÜMERDEM, s. 275. Aksi yönde bkz. Şeref ERTAŞ, “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Legal Yayıncılık, 2012, s. 310.

⁷⁴⁹ Sürekli borç doğuran bir sözleşmede tarafların sözleşmeyi ifa etmeye başlamadığı aşamada borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının sözleşmeden dönmesi gerektiği zira TBK m. 126'nın ifasına başlanmış sürekli ilişkilerde temerrüdü düzenlediği yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, N. 1717.

anlaşmaya⁷⁵⁰ cevaz vermektedir⁷⁵¹. Bu nedenle taraflar sözleşmede bu hükümlerin aksine bir anlayış benimseyebilirler⁷⁵². Örneğin, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erdirilmesi ihtimalinde, devredilmiş arsa paylarının iadesini öngören bir sözleşme hükmü, aslında sözleşmenin geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona erdirilmesine ilişkindir. Öğretide, tarafların bu biçimde bir kuralı sözleşmeye ekleyebilecekleri dile getirilmektedir⁷⁵³ ki kanaatimizce de hükümlerin niteliği buna cevaz vermektedir. Yargıtay⁷⁵⁴ da bu anlayışa uygun biçimde kararlar vermiştir⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ Tarafların anlaşması dışında bu durumun öncelikle sözleşmesi gibi bir kanuni düzenlemeden de kaynaklanabileceği ve TBK m. 617’de yer alan “*Sözleşme bu sebeplerden birine dayanılarak feshedildiği takdirde kusurlu taraf, aldığı şeyi geri verir ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olur*” kuralının buna örnek olduğu öğretide ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre kanun koyucu burada her ne kadar fesih kavramını kullanmış olsa da anlamı itibarıyla bir dönme hakkından söz edildiği yönünde bkz. **TÜMERDEM**, s. 276, 277.

⁷⁵¹ **TÜMERDEM**, s. 275.

⁷⁵² Sürekli borç doğuran sözleşmelerde tarafların ifaya giriştikten sonra alacaklının dönme hakkını kullanmasının yararsız ve çoğu zaman da mümkün olmadığı yönünde bkz. **BUZ**, Dönme, s. 320; **TÜMERDEM**, s. 275, 276.

⁷⁵³ **Hasan ERMAN**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, 2007, s. 107 (İnşaat Sözleşmesi); **Emrehan İNAL**, Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 168; **Gülay KAHRAMAN**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu, Seçkin Yayınları, 2022, s. 102 (İnşaat).

⁷⁵⁴ “*Sözleşmede müteahhidin edimlerini yerine getirmemesi halinde akdin münfesihi olacağı kabul edilmiştir. Bu takdirde sözleşme ile müteahhide kalması kararlaştırılan dairelerden satılmayanların arsa sahibine ait olacağı gibi, müteahhidin noter senedi ile yaptığı satışların da arsa sahibini bağlamayacağı açıkça belirtilmiştir...*” Yargıtay 14. HD., E. 6447, T. 11/4/1985. Benzer yönde yayımlanmamış bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD., K. 1986/4099, 3/12/1986, kararlar için bkz. **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 107, dn. 125. Yargıtay 15. HD., E. 2003/4795, K. 2004/1968, T. 7/4/2004, karar için bkz. **KAHRAMAN**, İnşaat, s. 102, dn. 491.

⁷⁵⁵ Bu durumun daha ötesinde bir ihtimal olarak ise yine yüklenicinin temerrüdü hâlinde ve sözleşmede bu yönde bir hükmün varlığı aranmaksızın, arsa sahibinin seçimlik hak olarak dönme yerine fesih talep etmesi hâlinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira alacaklı kanuni düzenlemenin aksine bir sonucu sırf menfaatleri bunu gerektiriyor diye talep etmiş olabilir. Bu gibi bir talebin gelmesi hâlinde mahkemenin bu yönde karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Onur ALTINKAN**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Taraflarının Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, 2022, s. 55, 56. Bu yönde bkz. “*Ancak, gerek Dairemiz, gerekse Hukuk Genel Kurulu Kararlarında, akdin ileriye etkili feshedilebilmesi için inşaat seviyesi %90 ve üzeri orana ulaşmış olmalıdır... Bu durumda mahkemece inşaatın gerçekleştirme seviyesi %77,50 olmasına rağmen arsa sahibince kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin ileriye etkili feshini talep ederek dava açtığı bina inşaatının seviyesi itibarıyla 25.01.1984 gün 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında belirtilen oranda yapılmamış olması sebebiyle akdin ileriye etkili feshinin koşulları oluşmamış ise de, Dairemizin 07.04.2004 tarih 2003/4795 Esas ve 2004/1968 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, geriye etkili fesih talep edebilecek olan davacı arsa sahibinin kendi iradesiyle sözleşmenin ileriye etkili feshini talep ettiği durumlarda, imalatın gerçekleştirme seviyesine bakılmaksızın akdin ileriye etkili feshine, sözleşmenin tasfiyesine ve teslimi gereken tarihten ileriye etkili feshin talep edildiği tarihe kadar koşulları gerçekleşmişse gecikme tazminatına ve kendisine ait bağımsız bölümlerin tesbiti isteyebileceğinden arsa sahibine bırakılacak bağımsız bölümlerin tesbitine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur*”. Yargıtay 15. HD., E. 2018/4947, K. 2019/3227, T. 8/7/2019, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/11/2024). “*Dava konusu olayda; inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. İleriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılmayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne var ki davacı kendi istemiyle ileriye etkili*

Söz konusu sözleşmenin hükümsüzlüğü olduğunda ise bu başlık altında cevaplamaya çalıştığımız soru, temerrütteki izlenice takip edilerek yanıtlanmalıdır. Yani hükümsüzlüğün sonuçları bakımından tarafların anlaşma yapıp yapamayacağı irdelenmelidir. Bu sorunun yanıtlanması içinse daha geriden başka bir mevzuya cevap verilmelidir. Bu da acaba, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturan TBK m. 27'nin ihlâli hâlinde ortaya çıkan sonuçları değiştirmek bakımından, tarafların bir özgürlüğü var mıdır meselesidir. Her ne kadar bu sorunun sorulması lüzumsuz addedilebilirse de yanıtının yine de verilmesi gerekir. Bu yanıt şüphesiz ki TBK m. 27'nin emredici nitelikte olduğu ve hükme aykırılık ile bu aykırılığın yarattığı sonuçların taraf anlaşmalarıyla bertaraf edilemeyeceğidir⁷⁵⁶. Aynı durum, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğünün ileriye etkisini düzenleyen TBK m. 394/III bakımından da mevcuttur ve emredici olan bu hükmün aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Anılan gerekçelerle, nasıl ki aslında kesin hükümsüz olan bir sözleşme metninde yer alan ve sözleşmenin geçerli olduğunu belirten bir ifade, sözleşmeyi geçersizlikten kurtarmıyorsa, hükümsüzlüğün sonuçlarının geleceğe yahut geçmişe etkili olması da taraf anlaşmalarıyla değiştirilemez. Örneğin kesin hükümsüz olan bir hizmet sözleşmesi bakımından, tarafların kesin hükümsüzlüğün geleceğe etkili sonuçlar doğurmayacağı yönünde bir anlaşma yapmaları mümkün değildir.

feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir''. Yargıtay 15. HD., E. 2003/4795, K. 2004/1968, T. 7/4/2004, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/11/2024). Aksi yöndeki görüş ise tarafların anlaşması yahut bu yönde özel bir kanuni düzenleme olmaması hâlinde, alacaklının bu yönde bir talep ileri sürmesinin kural olarak mümkün olmadığını belirtmektedir. İnşaat sözleşmeleri ise şartları sağlaması ihtimalinde bu kurala bir istisna teşkil edebilir. Bkz. **TÜMERDEM**, s. 278, 279.

⁷⁵⁶ **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 245, dn. 31; **KAŞAK**, s. 255; **SEROZAN**, Medeni, Bölüm I § 4, N. 10. İrade bozukluğunun giderilmesini düzenleyen TBK m. 39 bakımından aynı yönde bkz. **KAŞAK**, s. 468; **ÖRS**, s. 120.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET, ESER VE VEKÂLET SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğüne aykırılık ve buna mukabil sözleşmenin hükümsüzlüğü sebeplerine ve geçersizlik hâllerinin sürekli borç doğuran sözleşmelere tesiri ile genel sonuçlarına önceki bölümlerde yer verilmişti. Bu bölümde ise sürekli borç doğuran sözleşmeler nezdinde çalışma konumuzu sınırladığımız hizmet, eser ve vekâlet sözleşmelerinin hükümsüzlüğü incelenecektir. Geçersizliğe neden olan durumlar, hizmet; eser ve vekâlet sözleşmelerine özgü bir hususiyet arz etmeleri şartıyla ve ilgili sözleşmenin özellikleri bağlamında izah edilecektir.

I. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Hizmet Sözleşmesinin Özellikleri

Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmının altıncı bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmeleri, kendi içinde çeşitli alt başlıklara⁷⁵⁷ ayrılmıştır. Çalışmamız itibarıyla incelenecek olan ise genel hizmet sözleşmesi başlığı altında düzenlenen, m. 393 ve devamında hüküm altına alınan kısımdır.

Kanunun 393. maddesinde yer aldığı şekliyle hizmet sözleşmesi, “*işçinin işverene⁷⁵⁸ bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Kanuni tanımının ihtiva ettiği unsurları açıklamadan önce, 4857 sayılı İş Kanunu'nda⁷⁵⁹ yer alan iş sözleşmesi⁷⁶⁰ ile hizmet sözleşmesi

⁷⁵⁷ TBK m. 448 ve devamında pazarlamacılık sözleşmesi ve m. 461 ve devamında ise evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir.

⁷⁵⁸ 818 sayılı BK'da işveren değil iş sahibi terimi kullanılmıştır. 6098 sayılı TBK'da işveren teriminin kullanılmasının iş mevzuatına uygunluğu sebebiyle olumlu olduğu yönünde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 965, dn. 25.

⁷⁵⁹ RG. S. 25134, T. 10/6/2003.

⁷⁶⁰ İşK m. 8'de iş sözleşmesi, “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmaktadır.

arasındaki irtibata değinilmelidir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe⁷⁶¹ göre, Türk Borçlar Kanunu tarafından *hizmet sözleşmesi* ve İş Kanunu tarafından *iş sözleşmesi* şeklinde anılan bu iki sözleşme arasında bağlantı bulunduğu muhakkaktır⁷⁶². Fakat mevzubahis iş sözleşmesi ise uygulanması gereken kanun hükümleri öncelikle İş Kanunu’nda yer alan özel düzenlemelerdir. Hüküm bulunmayan hâllerde ise Türk Borçlar Kanunu düzenlemeleri uygulama alanı bulur. Anılan nedenlerle iş sözleşmesi, kendine özgü kuralları olan bir sözleşmedir ve bu yönüyle hizmet sözleşmesinden ayrılmaktadır⁷⁶³. Aksi yöndeki fikre⁷⁶⁴ göre ise iş ve hizmet sözleşmesi aynı kavramlardır. Bu iki sözleşmenin kanuni tanımlarındaki unsurlar aynıdır ve fakat yabancı metin çevirileri sırasında biri hizmet, diğeri ise iş sözleşmesi biçiminde tercüme edilmiştir. Kanaatimizce de bu iki kavram arasında fark bulunmamaktadır. Yalnızca bazı işçiler İş Kanunu’na ve bazı işçiler ise Türk Borçlar Kanunu’na tabi⁷⁶⁵ olarak çalışmaktadır⁷⁶⁶. Anılan nedenle çalışma kapsamında hizmet sözleşmesi ve iş sözleşmesi aynı anlamda kullanılmıştır. Çalışmamız özelinde yer alan TBK m. 394/III ise, İş Kanunu bu hususta özel bir hüküm ihtiva etmediğinden, bir hizmet sözleşmesinin tarafı olan tüm işçiler bakımından sonuç doğurmaktadır⁷⁶⁷.

⁷⁶¹ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 745-746.

⁷⁶² Türk Borçlar Kanunu’nun iki işlevi bulunduğu ve bunlardan birinin, bazı hizmet ilişkilerinin doğrudan Türk Borçlar Kanunu kapsamında yer alması ve diğerrinin ise diğerr iş kanunları kapsamındaki bir sözleşmeye, bu kanunlarda uygulanacak bir hüküm bulunmaması hâlinde Türk Borçlar Kanunu’nun uygulanması olduğu yönünde bkz. **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s. 6.

⁷⁶³ **ÇENBERCİ**, s. 29 vd.; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 746.

⁷⁶⁴ **O. Gökhan ANTALYA**, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (I)”, Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 1-2, Ocak-Nisan 1987, s. 129 (Hizmet Akdi I); **Münir EKONOMİ**, İş Hukuku Cilt I, Üçüncü Bası, Teknik Üniversite Matbaası, 1984, s. 75 (İş Hukuku); **Turhan ESENER**, İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, 1978, s. 129; **OĞUZMAN**, s. 3; **REİSOĞLU**, Hizmet, s. 3 vd.; **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s. 249; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 956, dn. 4. Farklı kanunlar arasındaki aynı türden hukuki işlemler için aynı kavramın tercih edilmesi gerektiği ve bu nedenle 6098 sayılı Kanun’un da iş sözleşmesi kavramını kullanmasının daha yerinde olacağı yönünde bkz. **GÜNEŞ/MUTLAY**, s. 235.

⁷⁶⁵ 6098 sayılı TBK bağlamında çalışan işçilere dair ayrıntılı bilgi için bkz. **AKBIYIK**, s. 82.

⁷⁶⁶ Benzer bir duruma, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’a (RG. T. 20/6/1952, S. 8140) tabi olarak yahut 854 sayılı Deniz İş Kanunu’na tabi olarak (RG. T. 29/4/1967, S. 12586) çalışanlar bakımından da rastlanmaktadır.

⁷⁶⁷ **Arzu ARSLAN ERTÜRK**, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı No: III – Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2011, s. 537; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 970.

Hizmet sözleşmesinin yasal tanımında yer alan bazı özellikleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işçinin, işverenin bir işini görmesi yahut görmeyi vaat etmesidir⁷⁶⁸. Bahis konusu hizmet edimi, işçinin fiziksel yahut zihni bir çabasıyla ifa edilebilir⁷⁶⁹. Hizmet sözleşmesine konu edimleri, üretim yapma; inşa etme gibi aktif faaliyetler yahut koruma amaçlı bekçilik yapma gibi pasif hareketler teşkil edebilir⁷⁷⁰. Bir fiilin hizmet teşkil edip etmediğine ticari hayat ve ekonomik gereklilikler ekseninde karar verilmektedir⁷⁷¹.

Hizmet sözleşmesinin en mühim unsurlarından biri bağımlılıktır⁷⁷². Zira işçi, edimini, işveren ile hiyerarşik bir düzen içerisinde ve ona kişisel; ekonomik ve işyeri düzeni bakımından bağımlı olarak yerine getirir⁷⁷³. Bu bağımlılığın varlığı, akit tarafları arasında güven unsurunun önem kazanmasına ve bunlar arasındaki ilişkinin sözleşmenin devamı cihetinde mühim bir rol oynamasına neden olur.

1. Sözleşmenin sürekliliği

Hizmet sözleşmesinin çalışmamızın bir parçası olmasının en önemli unsuru, şüphesiz sözleşmenin sürekli niteliğidir⁷⁷⁴. Zira hizmet sözleşmesinde yer alan işgörme edimi, sözleşme süresince sürekli biçimde yerine getirilmektedir. Sürekliliğin tespitine dair hangi ölçüt kullanılırsa kullanılsın, sözleşmenin sürekli borç doğuran niteliği kabul edilmektedir⁷⁷⁵.

⁷⁶⁸ Hizmet sözleşmesinin diğer işgörme sözleşmelerinden ayrılmasını sağlamak amacıyla işgörme değil hizmet edimini tercih eden görüş için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 961.

⁷⁶⁹ **O. Gökhan ANTALYA**, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (II)”, Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 3, Temmuz 1987, s. 288 (Hizmet Akdi II); **von TUHR**, s. 45.

⁷⁷⁰ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 747.

⁷⁷¹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 961.

⁷⁷² 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 313 ve devamında düzenlenen hizmet sözleşmesi, “*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder*” biçiminde hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm özel olarak bağımlılık unsuruna yer vermese de öğretide bağımlılık unsurunun hizmet sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden ayırmaya yarayan bir kıstas olduğu yönünde bkz. **ANTALYA**, Hizmet Akdi II, s. 296.

⁷⁷³ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 747; **Frank EMMEL**, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 5 Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge, Hrsg: Michael HOCHSTRASSER/Tina HUBER-PURTSCHERT/Eva MAISSEN, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023, OR 319, Rn. 6 (**CHK/EMMEL**).

⁷⁷⁴ **ANTALYA**, Hizmet Akdi I, s. 135; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 102; **EREN**, Özel Hükümler, N. 1844; **NIKISCH**, Arbeitsvertragsrecht, s. 173; **MüKoBGB/SPINNER**, BGB § 611a, Rn. 11; **OETKER**, s. 152 vd.; **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s. 249; **VISCHER**, s. 284; **VISCHER/MÜLLER**, §1, Rn. 9; Ayrıca bkz. **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 432.

⁷⁷⁵ Sözleşmenin süreklilik karakterinin edim fiili, edim sonucu yahut karakteristik edime göre tespit edilmesi gerektiği şeklinde görüş ileri süren tüm yazarlar hizmet sözleşmesi bakımından sürekli borç doğurma niteliğinin

Tarafların asli edim yükümlülüklerini belirleyen ana bileşen zamandır⁷⁷⁶ ve işçinin tüm ediminin kapsamı, sözleşme süresine göre tayin edilmektedir⁷⁷⁷. İşçi, işgörmeye edimini sürekli biçimde yerine getirdiği gibi işverenin sözleşmesel menfaati de devamlı biçimde sağlanmaktadır⁷⁷⁸. Bu nedenle ifa, borç ilişkisini sona erdirmemektedir⁷⁷⁹. Zira sayılamayacak kadar çok ifa fiili, sözleşmenin devam ettiği süreçte düzenli olarak yerine getirilmektedir. Araya fasılalar girmesi ise hizmetin görülmesi şeklindeki olumlu edimin sürekli niteliğini etkilememektedir⁷⁸⁰. Benzer şekilde ücretin ödenme biçiminin de süreklilik niteliğine etkisi yoktur. Ücret, günlük; haftalık yahut aylık biçimde ya da bunların dışında tarafların anlaştığı bir şekilde ödenebilir⁷⁸¹. Süreklilik niteliğini sağlayan şey, ücret ödeme fiili şeklinde gerçekleşen işveren edimi olmadığından bunun art arda⁷⁸² olması da önem arz etmemektedir.

Hizmet sözleşmesinde sürenin belirli yahut belirsiz olması da sözleşmenin sürekli niteliğini etkilememektedir⁷⁸³. Zira sözleşmenin sürekli niteliği zamanla çokça alâkalı olsa da bu zamanın ne kadar sürdüğü, süreklilik niteliği bakımından önemli değildir. İlâveten, İşK m. 10'da⁷⁸⁴ yer alan sürekli – süreksiz iş ayrımının da ani ve sürekli edimli sözleşme ayrımından farklı olduğunun altının çizilmesi gerekir⁷⁸⁵. Zira hizmet sözleşmesi sürekli yahut süreksiz bir işi konu edinebilir ve fakat bu husus da onun sürekli borç doğuran sözleşme niteliğini değiştirmemektedir.

varlığını kabul etmektedirler. Edim fiili açısından yaklaşan görüş için bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 167. Karakteristik edim açısından yaklaşan görüş için bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 58-59; **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 11 vd. Edim sonucu açısından yaklaşan ve hizmet sözleşmesinin hiç tartışma olmaksızın süreklilik niteliğinin kabul edilmesi gerektiğini belirten görüş için bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 24.

⁷⁷⁶ **MüKoBGB/SPINNER**, BGB § 611a, Rn. 11.

⁷⁷⁷ **ALTINOK ORMANCI**, s. 59.

⁷⁷⁸ **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s. 249.

⁷⁷⁹ Meğerki fesih gibi bir hukuki işlem gerçekleştirilmiş olsun. Bkz. **MüKoBGB/SPINNER**, BGB § 611a, Rn. 11.

⁷⁸⁰ **EREN**, Genel Hükümler, N. 301.

⁷⁸¹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1007.

⁷⁸² **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 24.

⁷⁸³ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 176; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 972.

⁷⁸⁴ İşK m. 10: ‘‘Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir. Bu Kanunun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6 ncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır’’.

⁷⁸⁵ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 972.

2. Tam iki tarafa borç yüklemesi ve emredici yapısı

Hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükler ve işçinin işgörmeye edimi ile işverenin ücret ödeme edimi karşılıklı içerisindedir⁷⁸⁶. Kural olarak işverenin ücret ödeme edimiyle işçinin işgörmeye edimi mübadele içinde olsa da bazı sosyal düşünceler nedeniyle, işçinin çalışmadığı hâlde ücrete hak kazandığı durumlar mevcuttur⁷⁸⁷. Fakat bu durum, sözleşmenin ivazlılık niteliğini değiştirmemektedir. Herhangi bir karşılığı olmaksızın bir işin görülmesinin gündeme gelmesi durumunda ise artık bir hizmet sözleşmesinden değil, vekâlet sözleşmesinden söz etmek gerekir⁷⁸⁸. Bazı durumlarda ise bir hizmet edimi, hukuken borçlu olunmamasına rağmen yerine getirilmiş olabilir. Bu halde artık bir nezaket fiilinden⁷⁸⁹, bir atıftan⁷⁹⁰ bahsedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 972. İşgörmeye asli ediminin karşısında ücret ödeme asli edimi bulunmaktadır. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 333. Alman hukukundaki “iş yoksa ücret de yok (*Ohne Arbeit kein Lohn*)” ilkesi için bkz. MÜKOBGB/SPINNER, BGB § 611a, Rn. 7.

⁷⁸⁷ Örneğin ulusal bayram, genel tatil, hafta tatili ve yıllık ücretli izin gibi hâllerde işçi çalışmasa da ücrete hak kazanmaktadır. Yine işçinin iş yapmasının imkânsız hale gelmesi ve zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gibi hâllerde de işçi, işgörmeye edimini yerine getirmese de kendisine ücret ödenmesi gerekmektedir. Bu durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 349 vd. Sosyo-ekonomik gerekçelerle ücretin artık iş ediminin karşılığı olma anlamını aştığı ve iş edimiyle doğrudan alakalı olmayan yıllık izin vb. ödemelerin de ücret olarak değerlendirildiği ve bu nedenle ücret kavramının sosyalleşmesinin ve genişlemesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 334.

⁷⁸⁸ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 306; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 333; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 963. Hizmet ve vekâlet sözleşmesi arasındaki farklar açısından ayrıntılı açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 375 vd.

⁷⁸⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 72.

⁷⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 333. Kavramın, “lütuf, karşılık beklenmeden gösterilen sevgi” gibi anlamları için bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 13/4/2025).

⁷⁹¹ Bu noktada TBK m. 394/II’ye dikkat çekilmelidir. Sözleşmenin kurulması bakımından TBK m. 394/II, “Bir kimse durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır” hükmüne yer vermiştir. Bu ifadenin, aksi çürütülemez bir yasal karine (*praesumptio iuris et de iure*, Fiksiyon) olduğu yönünde bkz. de BEER, s. 29; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 335; Adrian STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Teilband V 2c Der Arbeitsvertrag- Art. 319- 330a OR, Vierte völlig neu bearbeitete Auflage, Hrsg: von Peter GAUCH/Jörg SCHMID, Schulthess, 2006, Art. 320, Rn. 6 (ZürcherKomm/STAEHELIN) (Ayrıca bkz. “Kanuni faraziye (fiksiyon/varsayım), kanunun belli bir olaya kesin olarak bağladığı belli bir sonucun, onunla özdeş olmayan başka bir olaya uygulanmasıdır (*praesumptio iuris et de iure*). Eğer bu olay gerçekleşmişse, kanun, buna bağladığı sonucun gerçekleştiğini kabul eder ve bunun aksinin iddia ve ispat edilmesi de mümkün değildir”. ANTALYA/TOPUZ, N. 2249).

TBK m. 394/II’nin gerekçesi “Maddenin ikinci fıkrasında bir kimsenin, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görmesi ve bu işin de işveren tarafından kabul edilmesi durumunda da aralarında hizmet sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı belirtilmektedir. Böylece, taraflar arasındaki fiili hizmet ilişkisi de fıkra da açıklanan koşullarla, hizmet sözleşmesi sayılacaktır” ifadelerini barındırmaktadır. OR Art. 320/II’de hüküm altına alınan aynı durumun fiili sözleşme ilişkileri teorisinin yansıması olduğu yönünde

Hizmet sözleşmesinin bir diğer önemli özelliği, işçiye ihtimam gösterilmesi gerektiği fikrinin sözleşmenin temelini inşa ediyor olmasıdır. Zira iktisadi yönden işverene bağımlı olan işçinin, kendisinden güçlü olanla kurduğu bu ilişkide korunması gerekir⁷⁹². Sözleşme özgürlüğü ve ekonomik hayatın müdahalesiz sürdürülmesi gibi ilkeler yanında, sözleşme tarafları arasındaki dengenin sağlanması gerekir. Bu dengenin, hem sözleşmenin kuruluşunda hem devamında hem de sona ermesi hâllerinde sağlanması için birçok kural ihdas edilmiştir ve bu kurallar genellikle emredicidir⁷⁹³.

Hizmet sözleşmesine hakim emredici kurallar, nispi ve mutlak emredici olmak üzere ikiye ayrılır. Taraflarca üzerinde değişiklik yapılması asla mümkün olmayan kurallara mutlak emredici kurallar ve yalnızca işçi lehine değiştirilebilen kurallara nispi emredici kurallar denmektedir⁷⁹⁴. Bu düzenlemeler, klasik emredici normlardan farklılaşmıştır. Zira klasik emredici kurallar genellikle olumsuz içeriğe ve yasaklayıcı forma sahiptir⁷⁹⁵. Fakat işçi – işveren ilişkilerine yön veren emredici hükümler daha çok olumlu içeriğe sahiptir ve bu olumlu normlar sözleşmenin maddi içeriğini kontrol etmektedir⁷⁹⁶.

3. Hizmet sözleşmesi ve hizmet ilişkisi

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kurallar elbette hizmet sözleşmesi için de geçerlidir. İşçi ve işveren arasındaki ilişkinin kaynağı, kural olarak hizmet sözleşmesidir. Fakat bunun dışında, özellikle iş hukuku doktrininde kendine yer bulan sözleşme (*Vertragstheorie*) ve katılma teorisi (*Eingliederungstheorie*)⁷⁹⁷ ile daha geniş bir perspektifi değerlendirilen fiili sözleşme ilişkileri gibi, sözleşmesel etki doğurmaya yönelik çeşitli fikirler ileri sürülmüştür.

bkz. EREN, Özel Hükümler, N. 1834; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 320, Rn. 7. Kurala ilişkin eleştiriler için bkz. AKBIYIK, s. 83.

⁷⁹² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 20 vd.

⁷⁹³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 22; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 32.

⁷⁹⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 22, 23; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 33, 34.

⁷⁹⁵ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 32.

⁷⁹⁶ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 32, 33.

⁷⁹⁷ Mehmet Özgür AVCI, ‘İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü’, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 7, S. 28, s. 1414; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 165; ESENER, s. 140 vd.

Türk Borçlar Kanunu m. 393 ve İş Kanunu m. 8’de hizmet sözleşmesi tanımlanmıştır. Bunun yanında, İşK m. 2’de hizmet ilişkisi de tanımlanmıştır. Buna göre, “*işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir*”. Öğretide de hizmet ilişkisi çeşitli biçimlerde ifade edilmiştir. İşçinin, işverenin işini yerine getirmekle yükümlenmesi temeline dayanan yasal bir ilişki olarak izah edenler⁷⁹⁸ olduğu gibi, işçinin; işverenin kontrol alanına girmesiyle başlayan bir hukuki ilişki olarak tarif edenler⁷⁹⁹ de bulunmaktadır. Bu izahatları esasen işçi ve işveren arasındaki hizmet ilişkisinin nasıl doğacağına dair görüşler belirlemektedir. *Sözleşme teorisine* göre hizmet ilişkisi, hizmet sözleşmesiyle kurulur⁸⁰⁰. Bir diğer deyişle, hukuki bir ilişki olarak hizmet ilişkisi, bunu kuran ve şekillendiren bir hizmet sözleşmesinin akdedilmesini gerektirmektedir⁸⁰¹. Taraf iradelerinin özel hukuktaki önemine dikkat çeken görüş, işçi – işveren ilişkisinin buna bir istisna getirmediğini vurgulamaktadır⁸⁰². *Katılma teorisi* uyarınca ise, işçinin işverenin kontrol alanına girmesi; işyerinde fiili olarak işgörmesi hâlinde hizmet ilişkisi kurulmaktadır⁸⁰³. Hizmet ilişkisinin süresine kanunen sonuç bağlandığı bazı durumlarda, işçinin fiili olarak işgörmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki uygunsuzluğun şüpheli durumlara sebebiyet vereceği, teorinin savunulma gerekçelerinden biridir⁸⁰⁴. Bu şekliyle hizmet sözleşmesi ve hizmet ilişkisi birbirinden ayrılmaktadır. Hizmet ilişkisinin varlığı, hizmet sözleşmesinden bağımsızdır. Bir işin fiilen icra edilmeye başlanmış olması, ortada bir fiili hizmet ilişkisinin (*faktische Arbeitsverhältnis*) varlığını gösterir⁸⁰⁵. Esasen sözleşme teorisi yahut katılma teorisinden birinin mutlak anlamda tercih edilmesine gerek olmadığı, teorinin savunucuları tarafından da kabul edilmektedir⁸⁰⁶. İki teoriden hangisinin kabul edileceği ve hatta belki de kabul edilen teorinin modifikasyonu dahil, durum; somut olay adaleti nezdinde değerlendirilmeli ve duruma uygun gerekçeyi sağlayabilecek olan tercih

⁷⁹⁸ Alfred HUECK/Hans Carl NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 7. Neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 1963, s. 114.

⁷⁹⁹ NIKISCH, Arbeitsvertragsrecht, s. 164.

⁸⁰⁰ HUECK/NIPPERDEY, s. 115 vd.

⁸⁰¹ HUECK/NIPPERDEY, s. 115-117.

⁸⁰² HUECK/NIPPERDEY, s. 119-120.

⁸⁰³ HAUPT, s. 17 vd.; NIKISCH, Arbeitsvertragsrecht, s. 162-168. Bu görüşün belirli siyasi olaylar ve düşüncelere dayanması gerekçesiyle geçerliliğini koruyamadığı yönünde bkz. AYDINLI, Sosyal Temas, s. 48.

⁸⁰⁴ NIKISCH, Arbeitsvertragsrecht, s. 168-169.

⁸⁰⁵ AKYİĞİT, s. 37.

⁸⁰⁶ HUECK/NIPPERDEY, s. 118-119.

edilmelidir⁸⁰⁷. Bir teoriye saplanıp kalmak yerine, hukuk kuralları ve özellikle temel ilkeler nezdinde somut olaya uygulanması doğru olan teori seçilmelidir⁸⁰⁸. Daha önce izah ettiğimiz fiili sözleşme ilişkileri teorisi ise bilindiği üzere birtakım fiillere sözleşmesel etki atfetmektedir⁸⁰⁹. Bilhassa ifa edilmeye başlanmış hükümsüz bir hizmet sözleşmesinin varlığı hâlinde, hükümsüzlüğün genel geçer etkisini bertaraf etmek için öğreti ve uygulamada başvurulmuştur ve bir yönüyle katılma teorisine yakın bir perspektif sunmaktadır denebilir⁸¹⁰.

Yasa koyucu, hizmet ilişkisinin düzenlendiği İşK m. 2'nin gerekçesinde⁸¹¹, hizmet ilişkisi ve hizmet sözleşmesinin özdeş olduğunu öncelikle vurgulamıştır. Ayrıca işçi ile işveren niteliğinin kazanılmasının, hizmet sözleşmesine göre çalışmayla mümkün olduğunu ve kurulan hukuki bağın hizmet ilişkisi olarak adlandırılacağı ifade edilmiştir. Öğretide bir görüşe⁸¹² göre, hizmet sözleşmesi yanında hizmet ilişkisinin de varlığının kabul edilmiş, sonrasında da tanımlanmış olması, esasen hizmet ilişkisinin önemi sebebiyledir ve iki kavramı ayırarak ele almak hem teorik hem de pratik olarak daha isabetlidir. Bir diğer görüş⁸¹³ ise TBK m. 394/III'ün gerekçesinden⁸¹⁴ hareket ederek, fiili hizmet ilişkisinin kanuni bir dayanağa kavuştuğunu ifade

⁸⁰⁷ HUECK/NIPPERDEY, s. 119.

⁸⁰⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 166.

⁸⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Birinci Bölüm, IV, A.

⁸¹⁰ Fiili sözleşme ilişkilerinin, geçerli bir sözleşme temelinden yoksun olan hizmet ilişkisini de içerdiği yönünde bkz. HAUPT, s. 17 vd.; Arthur NIKISCH, "Über faktische Vertragsverhältnisse", in vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Dölle, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1963, s. 80 (Über faktische Vertragsverhältnisse). Bu yönde bkz. AYDINLI, Sosyal Temas, s. 53; KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme İlişkileri, s. 743.

⁸¹¹ "Avrupa Birliği müktesebatında işçi ve işveren arasındaki hukuki bağı açıklamak üzere "iş sözleşmesi" ve/veya "iş ilişkisi" deyimleri kullanılmaktadır. Birlik hukuk kaynaklarında, söz gelimi yönergelerinin başlıklarında dahi (örneğin 91/533, 91/383, 99/70 sayılı Yönergeler) birlikte görülen "iş sözleşmesi" ve "iş ilişkisi" deyimleri özdeş olup, iş ilişkisi deyimini iş sözleşmesi dışında başka akitleri de içeren ve hedef alan bir ilişkiyi, dolayısıyla işçi kavramının genişletilmiş biçimi olduğunu belirtmemektedir. Tasarıda da Avrupa Birliği müktesebatına uygun şekilde, işçi ve işveren niteliğinin kazanılmasında iş sözleşmesine göre çalışmanın varlığına bakılacağı vurgulanmış, ayrıca kurulan hukuki bağın "iş ilişkisi" olarak isimlendirileceği de birinci fıkrasında düzenlenmiştir". Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>.

⁸¹² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 165.

⁸¹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 964, dn. 21.

⁸¹⁴ "Maddenin son fıkrasında, öğreti ve uygulamada da benimsendiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilmeye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür". Bkz. <https://www.ilhanhelveacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-394> (Erişim Tarihi: 1/8/2024).

etmektedir. Öte yandan, Türk hukuk mevzuatının, hizmet ilişkisini hizmet sözleşmesinden bağımsız ele almayı sağlayacak hükümler içermediği ve hizmet ilişkisinin, hizmet sözleşmesine dayanan bir hukuksal ilişki olduğu da ileri sürülen başka bir görüştür⁸¹⁵. Buna karşılık başka bir fikir⁸¹⁶ ise hükmün ihdasından önce bir problem teşkil eden hükümsüzlüğün, hizmet ilişkisi kavramı ile çözülmeye çalışıldığını, fakat TBK m. 394/III'ün yürürlüğe girmesinden sonra artık bu olguya ihtiyaç kalmadığını ifade etmektedir⁸¹⁷.

B. Hükümsüzlüğün Etkisi Bakımından TBK m. 394/III

1. TBK m. 394/III'ün yasalaşmasından önceki durum

Hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün sonuçlarını ileriye etkili kılma fikri, daha önce de ifade edildiği üzere, aksi durumun yaratacağı *adaletsiz* sonuçların bertaraf edilmesiyle alâkalıdır. Bu husus TBK m. 394/III ile Türk hukuku bakımından yasalaşmıştır. Lâkin hükmün ihdasından önce de sürekli borç doğurur niteliği haiz hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileriye etkili şekilde sonuç doğurması yönündeki gereklilik, öğretide birçok yazar tarafından ileri sürülmüştür⁸¹⁸. Bu görüşlerden birisine göre⁸¹⁹, edimlerin ifasına henüz başlanmış ve bunun da hukuk düzenince önem arz etmeyecek düzeyde olması hâlinde, dürüstlük kuralından hareketle geçmişe etkili sona erme kabul edilebilir. Fakat geçmişe etkinin her nasılsa taraf menfaatlerini zedeleyecek bir düzeyde olması ihtimalinde, hükümsüzlük ileriye etkili sonuç doğurmalıdır. Bir başka görüş⁸²⁰ ise *ex nunc* etkinin sağlanmasının sözleşme teorisiyle katılma teorisi arasındaki tercihe göre belirleneceğini belirtmiş ve tercihini sözleşme teorisinden yana

⁸¹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 349, 350. Benzer yönde bkz. ESENER, s. 144.

⁸¹⁶ GEMİCİ FİLİZ, s. 9, 10.

⁸¹⁷ Bu hususa dair genel kanaatlerimizi hükmün yarattığı etkiyi açıklamak adına daha önce izah ettiğimizden tekrara düşmemek adına burada yeniden dile getirmeyeceğiz. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I, B.

⁸¹⁸ Örnek olarak bkz. AKYİĞİT, s. 38, 39; ANTALYA, Hizmet Akdi I, s. 135, 136; AYDINLI, İnceleme, s. 313; Kübra DOĞAN YENİSEY, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2006), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2009, s. 13 (Karar Değerlendirme); EKONOMİ, İş Hukuku, s. 96; REİSOĞLU, Hizmet, s. 34; SEÇER, Çocuk ve Genç, s. 1441; SOYER, Karar Değerlendirme, s. 3. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 168 vd.

⁸¹⁹ AYDINLI, İnceleme, s. 313.

⁸²⁰ AKYİĞİT, s. 38-39.

kullanarak, geçersizlik ileri sürülünceye kadar, hizmet sözleşmesinin tüm sonuçlarını doğuracağını ileri sürmüştür⁸²¹.

İlgili dönemde verilmiş bazı kararlarda da hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün etkisine özel olarak değinilmiş ve yukarıdaki bakış açısını yansıtır bir tutum sergilenmiştir. Nitekim bu durum bir içtihadı birleştirme kararına da konu olmuştur. İlgili husus, 1958 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda⁸²² (Yargıtay İBK), yaş küçüklüğü ve kadın olması gibi sebeplerle çalışması yasak olan işçinin çalıştırılmasıyla gündeme gelmiştir. Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün, hükümsüzlük ile korunan kişi aleyhine sonuç doğurmasının kanunun amacına aykırı olduğunu ifade eden mahkeme, herhangi bir işte çalışması yasak olan işçinin bu yasağa rağmen çalıştırılmış olması hâlinde de işçi olarak kabul edilmesi gerektiğine ve işçi olmak bakımından sağlanan haklardan yararlanacağına hükmetmiştir⁸²³.

Öğreti görüşleri ve mahkeme kararları birbirini izlese de bunlar yeknesak değildir. Doktrindeki fikirler her ne kadar *ex nunc* etkili bir hükümsüzlükten bahsetmiş olsa da bilhassa bunun şartları ve örneğin hangi hâllerin ileriye etkili bir sona ermeyi gerektirdiği noktasında farklılaşmıştır. Özellikle, normun koruma amacından hareket etme gayesi güdülerek, geçersizlik sonucu doğuracak her kural kendi içinde değerlendirilmiş ve buna göre bir sonuca ulaşılmıştır⁸²⁴. Bu da ilgili dönemde, bilhassa kamu düzenine ya da ahlâka aykırılık gibi ihtimallerde, geçersizliğin *ex tunc* etkili kabul edilmesi gerektiği⁸²⁵ düşüncesine neden olmuştur⁸²⁶. Oysa daha önce de ayrıntılı şekilde açıkladığımız⁸²⁷ üzere, külli sonuçlar doğuran bu biçimdeki bir fikrin ve hükümsüzlük nedenleri arasında da bu türden bir hiyerarşinin yaratılması kanaatimizce yerinde değildir. Kaldı ki hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileriye etkili şekilde tesir etmesinin işçinin korunması amacını dahi aşan ve sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından adalet

⁸²¹ Benzer biçimde bkz. **AVCI**, s. 1415.

⁸²² Yargıtay İBK, E. 1957/20, K. 1958/9, T. 18/6/1958, RG T. 30/9/1958, S. 10020.

⁸²³ Hükümsüzlük yaptırımının baştan itibaren etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlar doğurmasının işçinin korunması ilkesine aykırı olması nedeniyle, Yargıtay'ın bu kararda uyarılama yaptığı yönünde bkz. **Sarper SÜZEK**, “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, İş Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Temel ve Güncel Konuları, 1993, s. 134, 135 (Düzenleme).

⁸²⁴ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 364.

⁸²⁵ İlgili dönemdeki görüşlere örnek olarak bkz. **AKYİĞİT**, s. 39; **EYRENCİ**, s. 115; **TUNÇOMAĞ**, İş Hukuku, s. 70 vd. (İş Hukuku).

⁸²⁶ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 364.

⁸²⁷ Ayrıntılı bilgiler için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, A, 2.

duygusuna yönelen bir gayesi de bulunmaktadır. Bu nedenle hükmün kabulünden önceki dönemin – diğer sürekli borç doğuran sözleşmeleri bir kenara bıraktığımızda – hükümsüz bir hizmet sözleşmesinin ileriye etkili şekilde sona ermesine bakış açısı dahi, kanaatimizce eleştirilebilir birtakım hususlar ihtiva etmektedir.

Hükmün kabulünden önce yüksek mahkeme uygulaması da yeknesak bir tutum teşkil etmemektedir ve hükümsüzlüğün kural olarak ileriye etkili sonuç doğurması gerektiğine ilişkin bakış açısının aksi yönünde kararlar da mevcuttur. Özellikle bir hukuk genel kurulu kararında Yargıtay⁸²⁸, bir küçüğün taraf olduğu hizmet sözleşmesinin geçersizliği bakımından *ex tunc* etkili sonuçlar doğuran bir hüküm kurmuştur. Kararda, belli bir yaştan önce çalıştırılmaya ilişkin yasağın kamu düzeninden olduğu belirtilmiş ve bu nedenle geçersizliğin baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurması gerektiği ifade edilmiştir. Benzer biçimde sonuçlara ulaşan nispeten yeni tarihli bir başka kararında ise Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, kanuni olarak kabul edilen yaştan küçük birinin taraf olduğu hizmet sözleşmesinin geçersizliğine ve bu geçersizliğin sonuçlarının baştan itibaren etki edeceğine hükmetmiştir⁸²⁹.

Bahse konu kararlar, esasa dair ayrıntılara girilmeden önce dahi eleştirilebilir niteliktedir. Zira her şeyden önce konu hakkında verilmiş bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı mevcuttur ve buna uyulmaksızın verilmiş aksi yöndeki kararlar açıkça isabetsizdir⁸³⁰. İlâveten, esas bakımından eleştirilecek husus ise çalışma konumuz gereği, geçersizliğin sonuçlarının *ex tunc* etkili kabul edilmesidir.

⁸²⁸ “Küçüklerin belli bir yaştan önce çalıştırılmaları yasağını koyan İş Kanununun bu kuralları koruyucu nitelikte olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu kurallar uyarınca, 15 yaşından ve kimi koşullarda hafif işlerde 13 yaşından küçük çocuklarla hizmet sözleşmesi kurulması olanağı yoktur. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir”. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay HGK. E. 1992/107, K. 1991/168, T. 3/4/1991, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 26/9/2024). Karara dair eleştiriler için bkz. **SOYER**, Karar Değerlendirme, s. 3 vd. Benzer yönde bkz. **DOĞAN YENİSEY**, Karar Değerlendirme, s. 13, 14.

⁸²⁹ Yargıtay 22. HD. E. 2012/16405, K. 2013/11851, T. 21/5/2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 26/9/2024).

⁸³⁰ **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 401. İlgili kararlar hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün *ex nunc* etkili sonuç doğurması gerektiği fikri dışında, normun koruma amacına aykırı bir tutum benimsendiği için de eleştirilmiştir. Zira özellikle yaş küçüklüğü nedeniyle ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir sözleşmenin tarafı olması hâlinde, nasıl ki bu geçersizlik ilgili küçüğün aleyhine olacak şekilde TMK m. 2/II gereği ileri sürüleliyorsa, ayırt etme gücüne sahip ve fakat yaşı küçük kimse bakımından da İşK m. 71 ve devamında düzenlenmiş küçüklerin çalışmasına ilişkin yasakların ileri sürülememesi gerekmektedir. Kararların ayrıntılı eleştirisi için bkz. **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 399 vd.

2. TBK m. 394/III'ün yasalaşmasından sonraki durum

a. Genel olarak

Çalışmamızın çeşitli bölümlerinde ayrıntılı şekilde anlatıldığı üzere sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğünün etkisi bakımından çok çeşitli teoriler ileri sürülmüş ve nihayetinde TBK m. 394/III yasalaşmıştır. İlgili dönemde öğretilerde ileri sürülen görüşler yukarıda izah edildiği gibi çeşitli noktalarda birbirinden farklılaşmış ve mahkemeler de bu hususta yeknesak bir tutum benimsememiştir. Fakat yine de hükümsüzlüğün sonuçlarının *ex nunc* etkisi temelinde bir anlayışın var olduğu görülmektedir. Anılan nedenle, TBK m. 394/III'ün, öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmiş bir görüşü pozitif dayanağa kavuşturduğu belirtilmektedir⁸³¹. Bu gerekçeyle ve bunu da aşacak biçimde hüküm, tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü düzenine etki etmiştir. Bu husus ve kuralın mehzaz hükümle bağlantısına dair ayrıntılı izahat daha önce yapıldığından, tekrara düşmemek adına burada ilgili kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz⁸³². Fakat hükmün düzenlenme biçimi ve metinde yer alan birtakım unsurların gerçekten bir şart ihtiva teşkil edip etmediği, devam eden başlıklarda izah edilecektir.

b. Hükümsüzlüğün etkisi bakımından ‘geçersizliğin sonradan anlaşılması’ bir koşul teşkil etmekte midir?

TBK m. 394/III'te yer alan *geçersizliğin sonradan anlaşılması* ifadesinin anlamı ve bir koşul getirip getirmediği öğretilerde tartışmalıdır. Bu nedenle bu ibarenin hangi mânâyâ geldiği ve hükümsüzlüğün etkisi bakımından öneminin açıklanması gerekir. Fakat tüm bunlardan önce önemli bir husus izah edilmelidir. Buna göre, sözleşmenin geçersizliğine dair herhangi bir bilginin varlığı yahut yokluğuna ilişkin tartışmalar, m. 394/III bakımından, *geçersizliğin sonradan anlaşılması* ibaresi üzerinden dönse de mehzaz hüküm bakımından bu farklıdır. Zira OR Art. 320/III bakımından, geçersizliğe dair bilginin varlığı yahut yokluğuna dair tartışma, iyiniyetli ifa üzerinden yapılmaktadır⁸³³. Bir diğer anlatımla, mehzaz madde metninde yer verilen ifade, iyiniyetli işgörmedir ve gerek öğreti gerek mahkeme kararlarında üzerinde

⁸³¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 283.

⁸³² İlgili açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I.

⁸³³ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 391, 392.

tartışmaların olduğu konu da bu iyiniyete verilecek anlamdır. Fakat bilindiği gibi TBK m. 394/III iyiniyetli işgörmeye dair herhangi bir düzenleme getirmiş değildir. İşte bu temel noktanın ifade edilmesinden sonra, çalışmamızın devamında evvelâ mehz hükümde yer alan iyiniyet kriterine verilen anlam incelenecektir. Bundan sonraki kısımda ise geçersizliğin sonradan anlaşılması ifadesinin mehz hükümdeki lafzi karşılığına değinilecek, kanun koyucunun *ratio legis* ve öğreti görüşleri çerçevesinde nihayetinde bu ibareye dair fikrimiz açıklanacaktır.

(i) OR Art. 320/III uyarınca aranan iyiniyet kriteriyle ilişkisi

Her ne kadar TBK m. 394/III'ün metninde bulunmasa da gerekçesinde, geçersizliğin sonradan anlaşılması ifadesi incelenirken iyiniyete atıf yapılmış⁸³⁴ ve bu kavram üzerinden bazı açıklamalar getirilmiştir. Bu nedenle kavramın mehz hükümdeki karşılığının izah edilmesi, ana başlık altında açıklamaya çalıştığımız hususu anlamlandırmak bakımından önemlidir. OR Art. 320/III, hükümsüzlüğün *ex nunc* etkili sonuç doğurması bakımından iyiniyetli olmayı bir kriter olarak aramaktadır⁸³⁵. Öğretide Özkara/Ünal'ın da aktardığı⁸³⁶ biçimde hüküm, “İşçi, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayalı olarak işverene bağımlı bir şekilde iyiniyetle iş gördüğü takdirde; sözleşmenin geçersizliği sebebiyle biri veya diğeri tarafından sözleşmeye son verilinceye kadar, her iki taraf da iş ilişkisinden kaynaklanan borçlarını geçerli bir sözleşme varmış gibi aynı şekilde ifa etmekle yükümlüdür” anlamını ihtiva etmektedir. Buna göre, hükümsüzlüğün *ex nunc* etkili sonuçlar doğuracak biçimde cereyan edebilmesi için işçi, hükümsüz olan hizmet sözleşmesini, iyiniyetli şekilde ifa etmelidir.

⁸³⁴ “Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320 nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan “iyiniyetle işgörme” koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir”. Bkz. <https://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-394> (Erişim Tarihi: 1/8/2024).

⁸³⁵ BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn. 47; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 320, N11; VISCHER, s. 333; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 320, Rn. 30.

⁸³⁶ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 392.

Türk hukukunda TMK m. 3'te düzenlenen iyiniyetin kaynağını İsviçre Medeni Kanunu oluşturmaktadır⁸³⁷. İyiniyete dair genel hükümlere göre kişinin iyiniyetinin varlığı asıldır. Buna göre “*hukuka aykırı hareket eden yahut hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olan*”⁸³⁸ bir kimse kötünietli sayılmaktadır. Üstelik bu bilme hâlinin gerçekten bilgisizlik olmasına gerek yoktur. Zira TMK m. 3/II’te de belirtildiği üzere, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermediği için hukuki hâlin gerçeğine dair bilgisizliği bulunan kimse de kötünietli sayılmalıdır⁸³⁹. Fakat OR Art. 320/III uyarınca bir koşul olarak belirtilen iyiniyet kriteri TBK m. 394/III’e alınmamış ve böylece hükmün uygulanması bakımından iyiniyetli ifa şartı aranmamıştır.

Her ne kadar ZGB Art. 3’te düzenlenen iyiniyet, OR Art. 320/III’ün kavramsal olarak ana kaynağı olsa da OR Art. 320’de yer alan iyiniyete yüklenen anlam farklılaşmıştır ve iyiniyetli ifanın ne mânâya geldiği hususunda İsviçre öğretisinde çeşitli açıklamalar yapılmıştır⁸⁴⁰. Buna göre, her ne kadar OR Art. 320/III işçinin iyiniyetle ifasını hüküm altına almışsa da hükmün yasama geçmişi⁸⁴¹ incelendiğinde, doğrudan ZGB Art. 3/II düzenlemesine atfin amaçlanmadığı ifade edilmektedir⁸⁴². Hüküm altına alınmak istenen, daha ziyade, işçinin iyiniyetle iş görüp görmediğidir⁸⁴³. Bu anlamda denebilir ki işçinin yalnızca sözleşmenin kanuna aykırılığını bilmesi yetmez, bu kanuna aykırılığın sonucu olarak, ilgili durumun sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olduğunu da bilmesi gerekir⁸⁴⁴. Bir diğer anlatımla, işçinin kötünietli

⁸³⁷ Halil AKKANAT, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, 2010, s. 28.

⁸³⁸ AKKANAT, s. 46 vd.; ANTALYA/TOPUZ, N. 1726.

⁸³⁹ AKKANAT, s. 50. Ayrıntılı bilgiler için bkz. ANTALYA/TOPUZ, N. 1712 vd.

⁸⁴⁰ Bu hususun tartışmalı olduğuna dair bkz. STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 320, N11.

⁸⁴¹ İlgili dönemdeki tartışmalar için bkz. Bruno PELLEGRINI, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln, Stämpfli & Cie AG., 1983, s. 161 vd.

⁸⁴² BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn. 47; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 320, Rn. 31. Benzer yönde bkz. STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 320, N11. Hükmün yasama geçmişinin aksi yönde olduğuna dair bkz. HARTMANN, s. 286, 287.

⁸⁴³ Christiane BRUNNER/Jean-Michel BÜHLER/Jean-Bernard WAEBER/Christian BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. aktualisierte und ergänzte Auflage, Helbing & Lichtenhahn, 2005, s. 27; VISCHER/MÜLLER, §9, Rn. 64.

⁸⁴⁴ BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn. 47; OFK/GREBSKI, Art. 320, Rn. 11; PELLEGRINI, s. 165, 166; PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, Rn. 125; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 320, N11; VISCHER/MÜLLER, §9, Rn. 67. OR Art. 320/III’e dair Türk hukukunda yapılmış benzer yöndeki açıklamalar için bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366; GEMİCİ FİLİZ, s. 511 vd.; ÖZKARACA/ÜNAL, s. 394 vd.; TÜRE, İş Sözleşmesi, s. 91; URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk ve Genç, s. 224. Aksi yönde bkz. HARTMANN, s. 284 vd.

sayılması için geçersizlik sebebini bilmesi yeterli değildir, bunun yasal sonuçları hakkında da bilgi sahibi olmalıdır. İşçi, geçersizlik nedeniyle sözleşmesel taleplerini ileri süremeyeceğini özellikle bilmelidir⁸⁴⁵. Bu gerekçeyle denebilir ki ZGB Art. 3'ün ikinci fıkrasında yer alan ve iyiniyet korumasının sınırını oluşturan kural, OR Art. 320/III kapsamındaki iyiniyet şartı bakımından etki etmemekte ve hükmün uygulanma alanına dahil olmamaktadır⁸⁴⁶. İşçi, bu gibi bir durumda dahi, OR Art. 320/III kapsamında iyiniyetli kabul edilebilmektedir⁸⁴⁷. Bu yöndeki bir kararda⁸⁴⁸ da Federal Mahkeme, iyiniyeti ortadan kaldıran ZGB Art. 3/II'deki genel kuralın, OR Art. 320/III anlamında işçinin iyiniyetinin incelendiği durumlar bakımından doğrudan uygulanmayacağına dikkat çekmiş ve bu madde kapsamında iyiniyeti ortadan kaldıracı bilginin, sözleşmenin geçersizliğine dair değil, geçersizliğin tüm yasal sonuçlarına yönelik olması gerektiğini hüküm altına almıştır⁸⁴⁹.

İyiniyetin kaybı halinde, işçiye sağlanan koruma sona erer ve işçinin, kötünietli biçimde iş gördüğü dönem için herhangi bir sözleşmesel talep hakkı bulunmamaktadır⁸⁵⁰. Bu anlamda iyiniyet şartı, yalnızca geçerli bir sözleşme saikiyle hareket eden kimselerin haklı beklentilerinin karşılanması gerektiği fikrine dayanmaktadır⁸⁵¹. Yine de işçinin geçersizlik hakkındaki bilgisizliği onun ihmeline dayanıyorsa, bu halde iyiniyetine hanel gelmemektedir. OR Art. 320/III kapsamında yaratılan sosyal korumanın ortadan kalkması için işçinin somut bilgisi gerekmektedir⁸⁵².

⁸⁴⁵ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 47.

⁸⁴⁶ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 47; **OFK/GREBSKI**, Art. 320, Rn. 11.

⁸⁴⁷ İşverenin iyiniyet koşulu nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinden fayda sağlaması ihtimalinin işçinin korunması ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRÜCHEZ**, s. 26, 27.

⁸⁴⁸ Kararın tamamı için bkz. BGE 132 III 242, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 27/03/2024). Kararın öğretilde eleştirildiğine dair bkz. **STREIFF/KAENEL/RUDOLPH**, Art. 320, N11. Karara dair açıklamalar için bkz. **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 394 vd. Öğretilde *Hartmann*, kararı eleştirmiştir. Yazara göre, olayda yer aldığı şekliyle bir aldatmanın tüm hukuki sonuçlarını ancak hukuk eğitimi almış biri bilebilir. Bu nedenle ZGB Art. 3/II'nin hariç tutulması hâlinde, OR Art. 320/III bakımından ancak hukuk eğitimi almış kişiler kötünietli addedilebilir. Zira bu kişiler dışında kimse bir sözleşmedeki hukuka aykırılığın tüm sonuçlarından haberdar olamaz. Bkz. **HARTMANN**, s. 284 vd.

⁸⁴⁹ Bu kararın çeşitli açılardan eleştirildiğine dair bkz. **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 320, N11.

⁸⁵⁰ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 47; **STREIFF/KAENEL/RUDOLPH**, Art. 320, N11; **ZürcherKomm/STAEHELIN**, Art. 320, Rn. 30.

⁸⁵¹ **ZürcherKomm/STAEHELIN**, Art. 320, Rn. 30.

⁸⁵² **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 125.

Aktarılan görüşlerden de anlaşılacağı üzere İsviçre öğretisinde tartışılan hususlar daha çok genel iyiniyet kuralı ile OR Art. 320/III'te hüküm altına alınmış olan iyiniyet arasındaki dengenin nasıl kurulacağı, sözleşmenin geçersizliğine dair bilginin ne anlama geldiği, bu bilginin hangi hâllerde iyiniyeti ortadan kaldırdığı ile bu etkisizliğin hangi andan itibaren etki edeceğidir⁸⁵³. Türk hukuku bakımından iyiniyet özelinde bir tartışma, İsviçre hukukunda olduğu şekliyle yoktur. Zira TBK m. 394/III, herhangi bir iyiniyet şartı getirmiş değildir. Bu hususa gerekçede özellikle dikkat çekilmiş ve hükmün ihdasında her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu esas alınmışsa da işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gereği OR Art. 320/III'te yer alan iyiniyetle işgörme koşuluna yer verilmediği ifade edilmiştir. Ki gerçekten de hükmün sonuçlarını doğurması bakımından iyiniyetli olma şartının aranmaması yerindedir⁸⁵⁴. Gerekçe, yalnızca bu kısımdan bakıldığında tatmin edici ve sosyal adaleti sağlama işlevini yerine getirici niteliktedir. Fakat ne yazık ki bu ifadelerden hemen sonra olmak üzere yine gerekçede, işçinin hizmet sözleşmesinin geçersizliğine dair bilgisi olması hâlinde iyiniyetli sayılamayacağı, bu nedenle hükmün aradığı *geçersizliğin sonradan anlaşılması* şartının sağlanamayacağı belirtilmiş ve bu durumda işçinin hükümden yararlanamayacağı ifade edilmiştir.

Öğretide⁸⁵⁵ de ifade edildiği üzere gerekçedeki ifadeler kendi içinde çelişkilidir. Zira hem İsviçre Borçlar Kanununda yer alan *iyiniyet* koşuluna yer vermeyerek işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesinin gözetildiği ileri sürülmüş hem de adeta bu koşulun İsviçre öğretisinde anlamlandırıldığı şekline daha ağır sonuçlara neden olabilecek biçimde, sonradan öğrenme ifadesine yer verilmiştir. TBK m. 394/III bakımından 818 sayılı eBK dönemindeki öğreti ve uygulamanın bakış açısı takip edilmeye çalışılsa da hükmün lafzı bu amacı sağlamak noktasında tereddütlere sebep olmaktadır. Bu nedenle iyiniyet koşulunun hükme eklenmemesi

⁸⁵³ Benzer yönde bkz. **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 392.

⁸⁵⁴ **ARSLAN ERTÜRK**, s. 538; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 390; **SOYER**, Tasarı, s. 152; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 970.

⁸⁵⁵ **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, 732 vd.; **DOĞAN YENİSEY**, Hizmet Sözleşmesi, s. 303; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 391; **Polat SOYER**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, 2008, s. 152 (Tasarı); **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk ve Genç, s. 223. Benzer yönde bkz. **Aydın ZEVLİLİLER/K. Emre GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, On Sekizinci Bası, 2018, s. 432, dn. 24. Bu maddenin uygulamada sorun yaratacağı yönünde bkz. **CANİKLİOĞLU**, Değerlendirme, s. 81.

yerinde olsa da gerekçede, sözleşmenin geçersizliğinin taraflarca bilinmesi hâlinin kötünîyet olarak ifade edilmesi, çelişkili ve hükmün anlamlandırılmasını güçleştirici niteliktedir.

(ii) “*Geçersizliğin sonradan anlaşılması*” ifadesine verilecek anlam

Hükümde yer alan *geçersizliğin sonradan anlaşılması* ifadesinin ne anlama geldiğini açıklamak bakımından bir dizi husus dikkatle incelenmeli ve bu ifadenin hükmün uygulanması bakımından bir koşul teşkil edip etmediği saptanmalıdır. Bu nedenle öncelikle bu ifadenin mehzaz kanundaki karşılığının ve öğretinin bu ifadeye verdiği anlamın irdelenmesi gerekir. Devamında ise hükmün konuluş amacı, hükmün dayandığı eski uygulama ve kanun koyucunun *ratio legis* saptanmalıdır. İfadenin nasıl anlamlandırılması gerektiğine ve bir koşul olup olmadığına bu külli inceleme sonunda karar verilebilecektir.

(1) Mehaz hükmün lafzı bakımından

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III’te yer alan *geçersizliğin sonradan anlaşılması* ifadesi bakımından işaret edilmesi gereken ilk mesele, mehzaz OR m. 320/III’ün lafzının, m. 394/III’ün lafzındaki gibi bir anlamı ihtiva etmediğidir. Zira bu kısmın mehzaz hükümdeki karşılığı, geçersizlik sebebi barındıran sözleşme çerçevesinde edimler ifa edilmeye devam ederken, bu geçersizliğin belirmesi, ileri sürülmesidir⁸⁵⁶. Daha açık bir ifadeyle, geçersiz olarak kurulmuş bir sözleşme, hâli hazırda yerine getirilirken, bu sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair gerçekliğin *gün yüzüne çıkarılmasıdır*. Kaldı ki mehzaz madde metninde de sözleşmeyi esas niteleyen şey, geçersizliğin sonradan anlaşılması değildir. Bu kısım, geçersizlik ileri sürülünceye değin, geçersiz hizmet sözleşmesinin ifa edilmesi durumunu açıklamak adına metinde yer almaktadır. Fakat metnin Türkçe’ye aktarımındaki cümle yapısı, geçersiz sözleşmeyi esas niteleyen hususun, bu geçersizliğin taraflarca sonradan anlaşılması, o ana kadar kimsenin bu geçersizlikten haberinin olmaması gibi bir mânâyı neden olmaktadır.

Bu ifade açısından işaret edilmesi gereken ikinci mesele ise, yukarıda da değinildiği gibi, mehzaz OR Art. 320/III’te, sözleşmenin geçersizliğine dair *bilgi* bakımından üzerinde tartışmaların

⁸⁵⁶ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 389, 390.

döndüğü hususun iyiniyetli ifa olmasıdır⁸⁵⁷. Bir diğer anlatımla, mehzaz hükümde yer alan şart, iyiniyetli işgörmedir ve fakat TBK m. 394/III, iyiniyetli işgörmeye dair herhangi bir düzenleme getirmiş değildir. Kaldı ki mehzaz hükümde yer alan bu kavrama verilmesi gereken mânâ bakımından ileri sürülen tartışmalar bir önceki başlıkta izah edilmiş, iyiniyetli ifanın İsviçre hukukunda da esasen farklı şekilde anlaşıldığı açıklanmıştır. İlâveten, Art. 320/III’ün tatbik edilmesi için aranan koşullar arasında, *geçersizliğin sonradan anlaşılması* gibi bir öncül yer almamaktadır⁸⁵⁸.

Kanun koyucunun *ratio legis*, sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğü bakımından ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların engellenmesidir. O hâlde tarafların bu geçersizliği en başından hiç bilmemesi gibi bir koşul gerçekçi değildir. Çünkü özellikle işçi – işveren ilişkisi gibi bir örnekte, işçi genelde geçersiz sözleşmenin farkında ve fakat çalışmak zorunda olan taraftır. Hâl böyle iken geçersizliği bilmeden sözleşmeyi ifa etmeye başlayacak işçiler gerçekten de çok sınırlı olacaktır. İşe ihtiyacı olan bir işçinin, bu sözleşmenin geçersizliğini değerlendirmesi ve değerlendirse bile bunu dikkate alması pek mümkün değildir⁸⁵⁹. Gerçekten de geçersizlik nedenlerine bakıldığında çoğu hâl, işçinin genelde bu geçersizliği bildiği ve fakat buna rağmen çalışmak durumunda kaldığı durumlara işaret etmektedir. Ayırt etme gücü eksikliği nedeniyle ehliyetsiz bir kimsenin işçi olarak çalışması durumu haricinde, bir hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğu çoğu zaman en baştan bellidir⁸⁶⁰. Bu nedenle madde metninde yer alan ifade, lafzının dikkate alınması durumunda hükmün uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Örneğin yaşı gereği istihdam edilmesi mümkün olmayan bir gencin çalıştırılması hâlinde, bu işçi durumu bildiği için hükümsüzlük *ex tunc* etkili sonuç doğuracak ve genç ilgili dönemdeki sosyal güvenlik haklarından da mahrum kalacaktır⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 391, 392.

⁸⁵⁸ GEMİCİ FİLİZ, s. 510; ÖZ, Yeni, s. 83; ÖZKARACA/ÜNAL, s. 393; TÜRE, İş Sözleşmesi, s. 88. OR Art. 320/III’ün uygulanması için gerekli olan şartlar hakkında bkz. PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, Rn. 121 vd.; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 320, N8.

⁸⁵⁹ Nurşen CANIKLIOĞLU, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Matsa Basımevi, 2012, s. 82 (Değerlendirme).

⁸⁶⁰ Kübra DOĞAN YENİSEY, “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 303 (Hizmet Sözleşmesi).

⁸⁶¹ SÜZEK, Geçersizlik, s. 136.

Hükmün gerekçesinde, “*Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır*” ifadelerine yer verilmiştir. Fakat bu husus çelişkilidir. Hükmün getiriliş amacı ile da uyumsuzdur. Kaldı ki hükümde herhangi bir iyiniyet ifadesinden bahsedilmemiş olmasına karşın geçersizliğin sonradan anlaşılması durumunun iyiniyetle bağdaştırılması yerinde değildir. Zira öncelikle, iyiniyet son derece teknik bir kavram olup ancak kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hâllerde sonuç doğurmaktadır. Yani denebilir ki kötüniyetli bir kimsenin bu biçimde hareket ettiği bir hâlin dışlanması veya korunmaması için, kanunun iyiniyetli kimseyi koruduğuna yönelik açık bir ifadesi bulunmalıdır⁸⁶². Madde metninin bu biçimde bir iyiniyet kavramını düzenlememesi karşısında, gerekçede garip bir biçimde yer alan bu ifade hem mevcut hükmün hem de bunun mehzazla olan ilişkisini anlamlandırmak bakımından kavram karmaşasına neden olmaktadır.

(2) Kanun koyucunun amacı

Hükmü anlamlandırma ve buna uygun biçimde uygulamak için fıkranın ihdasının arka planındaki kanun koyucunun *ratio legis*ine de bakılmalıdır. Daha önce de açıkladığımız üzere yasa koyucu 818 sayılı Kanun’a nazaran 6098 sayılı Kanun’da, sürekli borç doğuran sözleşmeleri ayrıştıran ve onların özelliklerini gözetken bir anlayış benimsemeye çalışmıştır. Bu nedenle m. 394/III, süreklilik niteliğinin bir sonucu olarak, sözleşmelerin hükümsüzlükleri bakımından kural olarak *ex nunc* etkiyi öngören bir anlayışın sonucudur⁸⁶³. Sürekli borç doğuran sözleşmelere dair kanuna eklenmiş diğer kurallar da düşünüldüğünde sürekli sözleşmelerin yapısal özelliklerinin gözetilme çabası anlaşılmaktadır⁸⁶⁴. Bu nedenle hükme bu temel anlayış ekseninde yaklaşılmalıdır. Bu kapsamda yaklaşılmadığı takdirde hükmün lafzı çoğu durumda uygulanabilir olmaktan çıkacak ve bu da hükmün ihdas amacını ortadan kaldıracaktır. Üstelik sürekli sözleşmelerdeki hükümsüzlüğün *ex tunc* etkili hüküm ve sonuçlar

⁸⁶² EDİS, Medeni, s. 273-274.

⁸⁶³ Geçersiz bir hizmet sözleşmesinin ortadan kaldırılınca kadar tüm hüküm ve sonuçlarını doğurduğunun kabul edilmesi yalnızca işçinin korunması amacıyla değil, sürekli borç doğuran sözleşmelerin yapısal özellikleriyle de yakından alakalı olduğu yönünde bkz. GÜNEŞ/MUTLAY, s. 237; GEMİCİ FİLİZ, s. 513 vd.

⁸⁶⁴ OR Art. 320/III bakımından bu yönde bir etki için bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 3.28. Benzer yönde bkz. BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, vor Art. 23-31, Rn. 7.

doğurması hâlinde ortaya çıkacak adaletsiz durum ve bunun yaratacağı sorunlara, belki de eski kanun döneminden bile daha çok rastlanır olacaktır. Oysaki bu, oluşturulmaya çalışılan sürekli sözleşme düzeninin tam tersi bir anlayışın doğmasına neden olur.

Fıkra da, mehzaz kanunda yer alan iyiniyet koşuluna yer verilmemesi, yasa koyucunun oluşturmaya çalıştığı sürekli sözleşme düzeni anlayışına uygundur. Zira hükümsüzlüğün *ex nunc* etkisi bakımından önem arz eden husus temelde iyiniyetli ifa değildir. İlâveten bu durum, işçinin emeğinin korunması bakımından da müspettir⁸⁶⁵.

(3) Öğretide ileri sürülen görüşler

Öğretide Güneş/Mutlay'a⁸⁶⁶ göre, hükümsüz hizmet sözleşmesinin ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması, işçinin korunması ilkesinin yanında; en az bunun kadar önemli olan sözleşmenin sürekliliğiyle de alâkalıdır. Zira sürekli borç doğuran bir hukuki ilişki olarak hükümsüz bir hizmet sözleşmesinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması, tasfiye sorunlarını beraberinde getirici niteliktedir. Bu nedenle, tarafların hükümsüzlüğe dair bilgisinin varlığı yahut yokluğu önemli olmaksızın, yürürlüğe girmiş ve ifa edilmiş bir sözleşmenin geçersizliğinin sonuçları *ex nunc* etkili olmalıdır. Yine bu fikre göre bir başka sorun da hükmün işveren açısından incelenmesi hâlinde ortaya çıkmaktadır⁸⁶⁷. Zira ileri sürülmesi dahi hükümsüzlüğün dava dosyasından anlaşılması durumunda, hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir. İşveren, iyiniyetli olmaması hâlinde hükümsüzlüğü ileri sürememektedir. Bu ihtimalde hakimin de bunu re'sen dikkate alamayacağı kabul edilmelidir. Fakat kanunda açık bir düzenleme olmaksızın, bu türden genel kuralın istisnasını teşkil edecek bir sonuca ulaşmak yerinde değildir. Anılan nedenlerle, taraflar bilgi sahibi olsun ya da olmasın, ifa edilmeye başlanmış bir hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğü ileriye etkili sonuç doğurmalıdır. '*Sonradan anlaşılma*'⁸⁶⁸ ifadesinin gerekçedeki açıklamalar nezdinde

⁸⁶⁵ ARSLAN ERTÜRK, s. 538; ÖZKARACA/ÜNAL, s. 390.

⁸⁶⁶ GÜNEŞ/MUTLAY, s. 237 vd.

⁸⁶⁷ GÜNEŞ/MUTLAY, s. 238.

⁸⁶⁸ Bu ifadenin hukuki sonuç bakımından anlamı ve işlevinin belirsizliği yönünde bkz. OZAN ÖZPARLAK, s. 219; ÖZ, Yeni, s. 83.

kabulü için ise hükme, geçersizliğinin taraflarca bilinmesi hâlinde ifa edilmiş edimlerin iade edilmeyeceği yönünde ekleme yapılmalıdır.

Öğretide *Soyer*⁸⁶⁹ ise, OR Art. 320/III'den farklı ve isabetli biçimde iyiniyetli işgörme şartına yer vermeyen m. 394/III'ün, geçersizliğin sonradan öğrenilmesi ifadesini barındırmasının koruma prensibine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Zira bu gibi bir geçersizlik çoğu hâlde bilinmekte ve fakat işçi, içinde bulunduğu zaruriyet nedeniyle sözleşme kurmaktadır. Bu nedenle ilgili dönemde henüz tasarı hâlindeki hükmün, “*Geçersiz iş sözleşmesi, ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Bununla birlikte, akdin geçersizliğini bilen veya bilebilecek durumda olan işverenin geçersizlik itirazı hukuken korunmaz. Hukuki ilişkiye sonuç bağlanmasının hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde caiz görülemeyecek olduğu haller saklıdır*” biçiminde yeniden kaleme alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Özkaraca/Ünal'a⁸⁷⁰ göre hükümdeki bu ifadeye ilişkin gerekçede yapılan açıklamalar ne mehz kanun ne hükmün ihdas gayesi ne de gerekçedeki açıklamalar ile uyumludur. Bu nedenle dikkate alınmaması gerekir. Diğer yandan, düzenlemeye iyiniyet koşuluna yer verilmemesi, işçinin emeğinin korunması ilkesi gereği yerindedir. Zira aksi hâl, özellikle çalışma yasakları bakımından durumu bilen yahut gerekli özeni gösterseydi bilmesi gereken kişinin kötünietli sayılmasına neden olmaktadır ki bu, hükümden yararlanamamasını gündeme getirebilir. Fakat kanun koyucunun amacının tam tersi biçimde ve mehz hükmün isabetsiz bir çevirisinin esas alındığı hükmün gerekçesi, geçersizliği bilme hâlini kötüniet olarak nitelendirmiştir. İşçinin emeğinin üstün tutulması ilkesinin kabulünden sonra işçinin geçersizliğe dair bilgisinin önemi bulunmamalıdır. Çünkü bu durumda iyiniyetli ifa koşuluna yer verilmemesinin gayesi de açıklanamayacaktır. Üstelik bu sonucun, geçersizliği sözleşmenin ifasına başladıktan sonra öğrenerek kötünietli hale gelen işçiler için değil de geçersizliği en baştan beri bilen işçiler için olduğu yönündeki bir izah da tutarlı değildir.

⁸⁶⁹ **SOYER**, Tasarı, s. 151 vd.

⁸⁷⁰ **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 389 vd.

*Doğan Yenisey*⁸⁷¹ ise bu hususa temelde hükmün etki alanı üzerinden yaklaşmaktadır. Zira maddenin lafzından hareket edildiği taktirde, örneğin istihdamın yasak olduğu işlerde çalışan kimselerin bu durumu önceden bilmeleri hâlinde, hükümden yararlanmaları mümkün değildir. Bu durum da hem sosyal güvenlik haklarından yararlanmalarını engellemekte hem de geçersizlik bilgisinin ispatı, çözümü güç sorunlar doğurmaktadır. Temelde bu anlayıştan hareket eden görüşün, hükmün yarattığı duruma yaklaşımı ise birbirinden farklıdır. *Süzek* hükmün uyarlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁷². Yazara göre geçersizliğin sonradan anlaşılması konsepti Türk Borçlar Kanunu'na tabi sözleşmeler için kabul edilebilir ise de İş Kanunu'na tabi sözleşmeler için uygulanabilir değildir. Anılan nedenle iş sözleşmesinin geçmişe etkili olup olmadığının saptanması hususunda uyarlama yapılması zorunludur. Zira İş Kanunu, hükümsüzlüğün sonuçlarının geçmişe yürümesi bakımından bir hükme yer vermiş değildir. Genel hüküm niteliğindeki TBK m. 394 ise bir iş sözleşmesine ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Fakat madde iş hukukunun özelliklerine ve koruma amacına aykırıdır. Bu hâlde uyarlama yapılması zorunludur⁸⁷³. Benzer şekilde *Tunçoğmağ/Centel*⁸⁷⁴ ise hükmün mevcut hâliyle uygulanmasının son derece daraldığını ve hükümde uyarlama yapılarak bu koşul aranmaksızın tatbik edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. *Doğan Yenisey* ise hükmün lafzından hareket etmektedir. Yazara göre her ne kadar yürürlüğe girmiş bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileri etkili olduğunu kabul etmek daha çekici bir tutum olsa da bu, hükmü reddetmek mânâsındadır. Bu nedenle sorunun çözümü güçtür ve İsviçre'de tartışılana benzer tartışmaların Türk hukukunda da ortaya çıkması kaçınılmazdır. Ayrıca her ne kadar İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından hükmün uyarlanması bir çözüm olabilir ise de Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından ilgili sakıncalar devam etmektedir⁸⁷⁵.

Bu hususta *Caniklioglu*⁸⁷⁶ ise işçinin korunması ilkesinden yola çıkarak hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileriye etkili olması bakımından TBK m. 394'ün değil, 1958 tarihli Yargıtay

⁸⁷¹ DOĞAN YENİSEY, Hizmet Sözleşmesi, s. 303; SÜZEK, Geçersizlik, s. 136.

⁸⁷² SÜZEK, Geçersizlik, s. 138 vd.

⁸⁷³ SÜZEK, Geçersizlik, s. 138. 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında (E. 1957/20, K. 1958/9, T. 18/6/1958, RG T. 30/9/1958, S. 10020) mahkemenin uyarlama yaptığı yönünde bkz. SÜZEK, Düzenleme, s. 134, 135. Bu yönde bkz. SÜZEK/BAŞTERZİ, s. 352, 353.

⁸⁷⁴ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 98.

⁸⁷⁵ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 365.

⁸⁷⁶ CANIKLIOĞLU, Değerlendirme, s. 82.

İBK ilkelerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Zira kararda işçinin bazı noktaları gizleyerek sözleşme akdetmesine dahi önem verilmemiştir. Bu hâlde sözleşmenin hükümsüzlüğü ileriye etkili sonuçlar doğurmalıdır. İlaveten, ‘sonradan anlaşılan’ ibaresi hükümden çıkartılmalı ve fakat çıkarılmaması ihtimalinde dahi, işçinin korunması ilkesi gereği anılan biçimde yorumlanmalıdır.

Madde metninde yer alan ifadenin hükümden çıkartılması gerektiğini ifade eden bir başka yazar *Arslan Ertürk*⁸⁷⁷ de evvelâ, hükmün, OR Art. 320/III’te yer alan iyiniyet şartına yer vermemesini isabetli bulduğunu belirtmiş ve fakat madde metninde yer alan ilgili kısmın, işçinin emeğinin korunması ilkesine açıkça aykırı olduğunun altını çizmiştir. Yine maddenin gerekçesinin de çelişkili olduğuna dikkat çekmiş ve hem madde metninin hem gerekçenin düzeltilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

*Ozan Özparlak*⁸⁷⁸, hükümsüzlüğün ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurması ne kadar olumlu ise, bunun geçersizliğin sonradan anlaşılması koşuluna bağlanmış olmasının da bir o kadar olumsuz olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, bir kanuni düzenleme yapılmamış olması dahi bu duruma yeğlenebilir.

*Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*⁸⁷⁹ ise TBK m. 394/III’ün çelişkili gerekçesinin dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarlara göre hüküm, mehz kanundaki şekliyle anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır. Sözleşmenin geçersizliğini bilmekle beraber işini iyiniyetle ifa eden işçi, geçersizlik ileri sürülünceye kadar, sözleşme geçerliymiş gibi işçilik alacaklarından yararlanmaya devam etmelidir.

Yürekli’ye⁸⁸⁰ göre ise hükümde dikkate alınması gereken nokta, tarafların iyiniyete dair durumlarıdır. İşçinin kötüniyetli olması hâlinde iade, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılmalıdır. Akdin her iki tarafının da kötüniyetli olması durumunda ise dürüstlük kuralı ile TBK m. 394/III uygulanmalı ve taraflar hükümden yararlanamamalıdır. Bu hâlde sözleşme baştan itibaren geçersizdir. Fakat bu tutum hükümsüzlüğün hizmet sözleşmesine etkisini eski

⁸⁷⁷ ARSLAN ERTÜRK, s. 537 vd.

⁸⁷⁸ OZAN ÖZPARLAK, s. 218.

⁸⁷⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 569, 570.

⁸⁸⁰ YÜREKLİ, Hizmet, s. 109.

döneme döndürecektir. Bu nedenle madde metninden bu ifade çıkartılmalı ve metin “*geçersiz hizmet sözleşmeleri, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur*” şeklinde düzenlenmelidir⁸⁸¹.

*Albayrak Zincirlioğlu*⁸⁸² ise işçinin korunması ve hakkaniyet düşüncesine ek olarak, geçersizliği bilen bir işçinin bunu hiçbir zaman ileri sürmeyeceğini ve ilâveten işverenin de bunu ispat etmesinin çok zor olduğunu dile getirmiştir. Yazara göre, geçersizliğin sonradan anlaşılması ifadesinin madde metninde yer alması yahut çıkartılması önemli değildir, TBK m. 394/III bu kısım yokmuş gibi uygulanmalıdır. Benzer şekilde *Güven/Aydın*⁸⁸³ da hükmün, “*geçersiz iş sözleşmesi ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur*” şeklinde uyarlanarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.

*Yavuz/Acar/Özen*⁸⁸⁴ göre ise geçersiz bir hizmet sözleşmesi, bu geçersizlik ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmakta ise de hükümde geçen sonradan anlaşılma ifadesi önem arz etmektedir. Buna göre sözleşmenin geçerliymiş gibi sonuç doğurabilmesi, ancak bu geçersizliğin sonradan anlaşılmasına bağlıdır. İşçinin sözleşmenin geçersizliğine dair bilgisi olması hâlinde artık bu olgunun sonradan fark edilmesi gibi bir durumdan bahsedilemez ve bu nedenle hükmün sonuçlarından faydalanmak mümkün değildir. Bunun yanında geçersizliği bilerek işçi çalıştıran işveren de bunu ileri süremez.

*Türe*⁸⁸⁵ göre, TBK m. 394/III, istemeden de olsa 818 sayılı Kanun döneminden farklılık arz etmekle beraber; bu kural gerek eBK gerek mehzaz düzenlemesinden daha isabetli ve hukuk düzeniyle daha uyumludur. Geçersizlik yaptırımının sonuçları üzerinde, *geçersizliği bilme* şartı ile gerçekleştirilen bu farklılık, mehzaz hükmün tabi olduğu TMK m. 3/II tartışmalarını önlemektedir. TBK m. 394/III’ün uygulanması bakımından geçersizliğin sonradan anlaşılması bir koşul teşkil etmektedir.

⁸⁸¹ YÜREKLİ, Hizmet, s. 112.

⁸⁸² ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 731 vd.

⁸⁸³ Ercan GÜVEN/Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, Altıncı Baskı, Nisan Kitabevi, 2021, s. 170.

⁸⁸⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 968-971. Bu yönde bkz. GÜLER ASLAN, s. 130; KILIÇOĞLU, Özel, s. 403.

⁸⁸⁵ TÜRE, İş Sözleşmesi, s. 89 vd.

*Gemici Filiz*⁸⁸⁶, madde metninin lafzının dikkate alınması hâlinde korunmak istenen kişinin aleyhine neticeler doğuracağını, bunun yanında ve yine çok önemli olmak üzere, bu koşulun varlığının sürekli borç doğuran sözleşmelerin yapısı ve tasfiye düzenine aykırı sonuçlar yarattığını dile getirmektedir. Yazara göre, borçlar hukuku sisteminde, *geçersizliğin sonradan anlaşılması* gibi bir kavram yoktur ve bu hâliyle ilgili kısmın nasıl anlamlandırılacağı dahi belirgin değildir. Bu nedenle hüküm amaçsal yorum çerçevesinde değerlendirilmeli, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek bir durum mevcut olmadıkça, kural olarak, ifasına başlanmış bir hizmet sözleşmesi bakımından işçinin geçersizliği bilip bilmemesi önem taşımamalıdır. Bir diğer anlatımla, işçi ile işveren ilişkilerinin temelini oluşturan anlayışa ve özel hukuk karakterine aykırı olan bu ifade dikkate alınmamalıdır.

Öğretide yer alan görüşler görüldüğü üzere birbirinden farklı çıkarımlar yapmakta ise de genel olarak benzer bir sonuca yönelmektedir. Bu ortak husus, görüşler incelendiğinde anlaşıldığı üzere, hükmün ve gerekçesinin yarattığı çelişkidir. Gerçekten de hükmün gerekçesinde, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin; hizmet ilişkisi ortadan kalkıncaya değin geçerli bir sözleşme gibi tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ifade edilmiş ve bu, öğreti ve uygulamada benimsenen görüşün hükme aktarılması biçiminde lanse edilmiştir. Oysaki geçersizliğin sonradan anlaşılması şeklindeki bir niteleme, Yargıtay İBK yahut eBK dönemindeki öğreti görüşlerinde yer almamaktadır. Üstelik bu biçimde bir niteleme, mehzaz hükmünde de mevcut değildir. Öyle ki *geçersizliğin anlaşılması* hâli dahi özel olarak incelenmemiştir zira daha önce de ifade edildiği gibi hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileriye etkili olması bakımından özellik arz eden husus bu değildir. Bu nedenle denebilir ki ilgili ifadeye gerekçede yüklenen anlam, uygulama ya da öğreti görüşleriyle uyumsuzdur⁸⁸⁷.

(4) Görüşümüz

Yasa koyucu sürekli borç doğuran sözleşme düzenini oluşturmak ve ani edimli sözleşmeler bakımından bir ayrıma gitmek istemektedir. Bu nedenle hükmün çeşitli çelişkiler barındıran gerekçesi bir tarafa bırakılmalı ve kural, mehzaz kanun hükmüyle birlikte bu anlayış çerçevesinde anlamlandırılmalıdır. Bu minvalde, geçersizliği sonradan anlaşılan ifadesinin

⁸⁸⁶ GEMİCİ FİLİZ, s. 513 vd.

⁸⁸⁷ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 387.

hükümden çıkartılması kanaatimizce de yerindeyse de bu ifadenin varlığı dahi, kuralın nasıl anlaşılması gerektiği bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Zira geçersiz sözleşmeyi esas niteleyen husus mehzaz kanunda da bu geçersizliğin taraflarca sonradan anlaşılması değildir. Bu nedenle tarafların geçersizliğe dair bilgileri kural olarak sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileriye etkili sonuç doğurmasını engellemez.

İlâveten, hükümde dahi yer almayan iyiniyetli ifa şartı, gerekçedeki açıklamalar içerisinde kendisine yer bulsa da pek tabii kuralın uygulanması bakımından önem ihtiva etmemektedir. Hükümün esas amacı iyiniyetli ifa değil⁸⁸⁸, sürekli borç doğuran sözleşmelerde hükümsüzlüğü mümkün olduğunca doğru biçimde tecelli ettirmek ve çok açıktır ki hizmet sözleşmesi bakımından işçinin emeğini korumaktır. Tüm bunların yanında, sürekli sözleşmeler bakımından daha adil ve gerek tasfiye gerek sözleşme yapısı bakımından daha isabetli bir uygulama getirmeye çalışan kanun koyucunun amacı, sürekli sözleşmeleri ‘geçersizliği sonradan anlaşılan’ yahut ‘geçersizliği en baştan beri bilinen’ gibi bir ayrıma tabi tutmak değildir. Bilâkis amaçsal bir yorumla denebilir ki kanun koyucu, sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğünün etkisini en doğru biçimde tecelli ettirme çabasıdadır. Anılan sebeplerle, yukarıda da gerekçelerini izah ettiğimiz gibi, geçersizliğin sonradan anlaşılması yahut iyiniyet, hükümsüz bir sözleşmenin ileriye etkili şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından kural olarak bir koşul teşkil etmemelidir.

C. Hükümsüzlüğün Görünüm Biçimleri

1. Kesin hükümsüzlükte

a. Kesin hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri

(i) Yaş ve cinsiyete ilişkin kuralların ihlâli

Hizmet sözleşmesinin tarafı olmak bakımından bazı sınırlamalar mevcuttur. Bu sınırlamalar çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelere konu olmuştur⁸⁸⁹. Anayasa’nın 50. maddesinde

⁸⁸⁸ Aksi yöndeki görüş için bkz. YÜREKLİ, Hizmet, s. 109.

⁸⁸⁹ Küçüklerin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKARACA/ÜNAL, s. 358 vd.

“Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” denilerek bilhassa küçükler ve kadınların özel olarak korunduğu hüküm altına alınmıştır⁸⁹⁰. Bu sebeple çeşitli kanunlarda, küçük ve kadınların çalışmalarına ilişkin birtakım kısıtlamalar barındıran hükümler mevcuttur. Fakat belirtilmelidir ki bu sınırlamaların ehliyet kapsamında incelenip incelenmeyeceği konusunda fikir ayrılıkları bulunmaktadır.

Yaş konusunda dezavantajlı olabilecek çocukların ve gençlerin⁸⁹¹ çalışması bakımından getirilen yaş sınırlamalarından bazılarını kısaca değinmek gerekir⁸⁹². Örneğin İş Kanunu’nun⁸⁹³ “Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı” kenar başlıklı⁸⁹⁴ 71. maddesine⁸⁹⁵ göre ana kural on beş yaşını doldurmamış çocukların çalışmasının yasak

⁸⁹⁰ Kadınların, küçükler ve ruhi açıdan yetersiz kimselerle beraber anılarak bir hukuki düzenleme yoluna gidilmesinin, kadınları zayıf ve muhtaç varlıklar kategorisine soktuğu yönündeki haklı eleştiri için bkz. **Nurşen CANIKLIOĞLU**, “4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları”, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, 2020, www.yeniyyuzyl.edu.tr, s. 34 (Erişim Tarihi: 14/9/2024) (Kadınların Hakları).

⁸⁹¹ Çocuk ve genç kavramlarının ulusal ve uluslararası düzenlemelerde hangi anlamda kullanıldığına dair bkz. **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk ve Genç, s. 205 vd.

⁸⁹² İlgili düzenlemelerle ve diğer kanunlarda yer alan çeşitli hükümlerle alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 508 vd.; **Ece Güneş KARA**, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk İşçi Kavramı ve Çocukların Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019, s. 79 vd.; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 365 vd.

⁸⁹³ Benzer şekilde İsviçre hukukunda da (Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) gençlerin çalışma koşullarına ilişkin hükümler yer almaktadır. ArG Art. 29 öncelikle genç işçilerin yaş aralığını belirtmiştir. Bunun yanında hükmün üçüncü fıkrasında gençlerin belli işlerde istihdamının yasaklanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, Rn. 264, dn. 472. Genç İşçileri Koruma Yönetmeliği de (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArbZ 5) bu hususta çeşitli hükümler içermektedir. Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch> (Erişim Tarihi: 15/9/2024). Alman hukukunda genç işçilerin korunması amacıyla getirilen kanun için bkz. Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz- JArbSchG), <https://www.gesetze-im-internet.de> (Erişim Tarihi: 15/9/2024).

⁸⁹⁴ İşK m. 71’in esas alındığı “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” 6/4/2004 tarihli ve 25425 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. **KARA**, s. 85.

⁸⁹⁵ Hükmün 4/4/2015 tarih ve 6645 sayılı Kanun’la değiştirilen hâli şöyledir:

“On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler.

Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılacakları işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez.

On sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile on beş yaşını tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, on dört yaşını doldurmuş ve

olmasıdır. Fakat istisnaen ve gerekli şartları taşımak koşuluyla, on dört yaşını tamamlamış çocuklar ve hatta yine koşulları sağlamaları hâlinde ön dört yaşını tamamlamamış çocuklar⁸⁹⁶ dahi çalışabilmektedir⁸⁹⁷. Yine 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında sınırlı ehliyetsizlerin çalışma yaşına ilişkin doğrudan düzenleme olmasa da Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği⁸⁹⁸ m. 6’da gemici olmak için on altı yaşını ve usta gemici olmak için on sekiz yaşını bitirmiş olma zorunluluğu yer almaktadır.

Benzer şekilde cinsiyete dair de çeşitli sınırlamalar mevcuttur. Bahis konusu sınırlamaların kadınların⁸⁹⁹ iş sağlığı ve güvenliği amacıyla getirildiği ifade edilmektedir⁹⁰⁰. Özellikle biyolojik olarak uygun olmayan işlerde istihdamın sınırlandırılması yahut doğum yapan kadınların ve bebeklerin sağlığı için devam eden hizmet sözleşmesinde belli dönemlerde çalışmanın yasaklanması buna örnektir⁹⁰¹. İşK m. 72’de belirtildiği üzere “*Maden ocakları ile*

zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir.

Okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri yukarıda dördüncü fıkrada öngörülen süreleri aşamaz.

Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamı, bu faaliyetlerde çalışacak çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir”.

⁸⁹⁶ Çocukların, sanat; kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışmaları bakımından şartlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 525 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 267, 268; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 107 vd.

⁸⁹⁷ İş Kanunu’nun yaşa ilişkin sınırlamalar içeren diğer düzenlemeleri 72. ve 73. maddeleridir. İşK 72. maddeye göre “*Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır*”. Yine İşK m. 73/1’e göre “*Sanayie ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır*”.

⁸⁹⁸ RG, S. 30328, T. 10/2/2018.

⁸⁹⁹ 743 sayılı Medeni Kanun’un 159. maddesi, evli kadınların çalışma hakkını kocasının rızasına tabi kılmaktaydı. Hükmün ilk fıkrasına göre “*Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zimnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir*” kuralı mevcuttu. Kadın erkek eşitliğine aykırı olan bu hüküm 29/11/1990 tarihli ve 30/31 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir.

⁹⁰⁰ **CANIKLIOĞLU**, Kadınların Hakları, s. 30.

⁹⁰¹ **CANIKLIOĞLU**, Kadınların Hakları, s. 30.

kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır”⁹⁰².

Yukarıda anılan yaşa ilişkin sınırlamalar bazı yazarlar⁹⁰³ tarafından ehliyet başlığı altında değerlendirilmiştir. Bu yazarlardan bazıları⁹⁰⁴ bunu doğrudan hak ehliyeti sınırlandırması olarak nitelemiştir. Bir diğer fikir⁹⁰⁵ ise burada fiil ehliyetine dair bir sınırlandırma olduğu kanaatindedir. Bu hususta ileri sürülen bir diğer görüş⁹⁰⁶ ise bu hükümlerin ne hak ne de fiil ehliyetliyle alâkalı olduğunu ileri sürmektedir. Görüşe göre, hükümleri ehliyet sınırlaması çerçevesinde değil birer emredici hüküm⁹⁰⁷ olarak kabul etmek yahut yasaklayıcı hüküm⁹⁰⁸ addetmek gerekir. Kanaatimizce de bilhassa küçüklerin çalıştırılmasına yönelik yaş sınırlamaları emredici hüküm niteliğindedir. Bunların bir ehliyet sınırlandırması olmamasının sebebi ise hükümlerin ilgili kimselerin ehliyetini sınırlandırmayı değil, onların korunmasını ve hizmet sözleşmesinin bu esaslar çerçevesinde kurulmasını amaçlamasıdır⁹⁰⁹. Kaldı ki sınırlı ehliyetsiz bir kimse velisinin rıza göstermesi hâlinde kural olarak sözleşme akdetme hakkını haizdir. Fakat bu hükümler velisinin rızası olsa dahi, belli yaşın altındaki çocuk ya da gençleri ilgili hizmet sözleşmesini akdetmekten menetmektedir. Benzer şekilde cinsiyete ilişkin sınırlamaların da ehliyet başlığı altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır⁹¹⁰. Kanaatimizce bu durumda da bir ehliyet sınırlamasından ziyade emredici hükme aykırılık söz konusudur⁹¹¹. Anılan sebeple, ilgili hâllerde emredici kuralın ihlâli nedeniyle hukuka aykırılık gündeme gelmektedir. Bu durum da açıktır ki sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu

⁹⁰² Kadınların ağır ve tehlikeli işlerde çalışma koşulları, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde belirtilmiştir. Bkz. **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 129.

⁹⁰³ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 266 vd.; **Halid Kemal ELBİR**, İş Hukuku, Yenilenmiş 9uncu Baskı, Filiz Kitabevi, 1987, s. 65 vd.; **ÖĞÜZ**, s. 23 vd.; **Ferit H. SAYMEN**, Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, 1954, s. 458 (İş Hukuku).

⁹⁰⁴ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 507; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 500; **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk ve Genç, s. 210.

⁹⁰⁵ **ESENER**, s. 145. Bu hükümleri, çocukların korunması amacıyla fiil ehliyetinin sınırlandırılması ve bunun yanında emredici hükümlerle çalışma hayatının düzenlenmesi şeklinde ifade eden görüş için bkz. **Şebnem KILIÇ**, Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011, s. 88.

⁹⁰⁶ **ÖZKARACA/ÜNAL**, s. 379.

⁹⁰⁷ **AKYİĞİT**, s. 21, 22; **AVCI**, s. 1408; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 269.

⁹⁰⁸ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 284 ve 288, 289.

⁹⁰⁹ **AKYİĞİT**, s. 16; **AVCI**, s. 1408.

⁹¹⁰ **AVCI**, s. 1408.

⁹¹¹ **AKYİĞİT**, s. 21, 22; **AVCI**, s. 1408.

doğurmaktadır⁹¹². Kesin hükümsüzlük de kanuni düzenlemenin gereği olarak ileriye etkili tesir etmektedir⁹¹³. Ne var ki Yargıtay, 2013 tarihli bir kararında⁹¹⁴ yaş sınırlamalarına aykırı bir hizmet sözleşmesi bakımından *ex tunc* etkili sonuçlar doğuran bir karara imza atmıştır.

Öte yandan m. 394/III'ün metninde yer alan *geçersizliği sonradan anlaşılan* ifadesini her ne kadar yukarıda açıkladığımız üzere farklı anlamlandırsak da hükmün lafzının yarattığı çelişkiye dikkat çeken bazı görüşler⁹¹⁵, kuralın uygulama alanının daralma ihtimalini değerlendirmektedir. Gerçekten de örneğin genç ve kadın istihdamının yasak olduğu bilgisini haiz kimselerin işçi sıfatıyla hizmet sözleşmesine taraf olması hâlinde, hükmün uygulanması lafzı itibariyle güçtür. Açıktır ki böyle bir sözleşmeye taraf olan kimseler bu durumdan haberdardır⁹¹⁶. Bu da yasa koyucunun hükümle getirmek istediği düzene aykırı sonuçlara neden olacağından kanaatimizce ilgili ifadenin yukarıda izah ettiğimiz biçimde anlaşılması gerekir.

(ii) Yabancıların çalışmalarına ilişkin kuralların ihlâli

Yabancıların⁹¹⁷ hizmet sözleşmesinin tarafı hâline gelmesi, kamunun güvenliği; düzeni ve yararı gibi gerekçelerle sınırlandırılmıştır⁹¹⁸. Hizmet sözleşmesinin tarafı olmak bakımından getirilen kurallar, genellikle işçi açısından incelenmiştir. Zira hizmet sözleşmesinin akdinde daha güçsüz ve korunma ihtiyacı içinde olan kişi işçidir. İşçinin yabancı olmasının hizmet sözleşmesine etkisi ise iki şekilde tezahür edebilir⁹¹⁹. İlk olarak, yabancıların Türkiye'de hizmet sözleşmesi akdetmesi, çalışma izni alınmasını gerektirmektedir, aksi hâlde çalışmaları mümkün değildir⁹²⁰. Diğer durum ise çalışma yasaklarına ilişkindir. Buna göre birtakım meslekler

⁹¹² AKYİĞİT, s. 24; CANIKLIOĞLU, Kadınların Hakları, s. 35. Aksi yönde bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 301; GEMİCİ FİLİZ, s. 283.

⁹¹³ Buradaki ileriye etkili hükümsüzlüğü normun koruma amacı çerçevesinde niteleyen görüş için bkz. DOĞAN YENİSEY, Hizmet Sözleşmesi, s. 303.

⁹¹⁴ Yargıtay 22. HD. E. 2012/16405, K. 2013/11851, T. 21/5/2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 26/9/2024). Yargıtay bu kararda ayrıca, yaş sınırlamalarını emredici hüküm olarak nitelemiştir.

⁹¹⁵ DOĞAN YENİSEY, Hizmet Sözleşmesi, s. 303; SÜZEK, Geçersizlik, s. 136.

⁹¹⁶ DOĞAN YENİSEY, Hizmet Sözleşmesi, s. 303.

⁹¹⁷ Yabancı kavramının ne anlama geldiği ve kimlerin yabancı kategorisine dahil olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOĞA, s. 1036 vd.; Melis KUTLU, Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 3 vd.

⁹¹⁸ İftar URHANOĞLU CENGİZ, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 19, 2008, s. 192 (Yabancılar).

⁹¹⁹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 289.

⁹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. KUTLU, s. 47 vd.

yalnızca Türk vatandaşlarına hasredilmiştir ve bunları vatandaş olmayanların icra etmesi yasaktır⁹²¹. Bir diğer anlatımla bazı sektörlerde yabancıların çalışması mümkün değildir ve bu nedenle çalışma izni alınması gibi bir ihtimal gündeme dahi gelmemektedir.

(1) Çalışma izninin eksikliği hâlinde

Yabancı bir işçinin çalışması yasak olmayan bir sektörde hizmet sözleşmesi akdedebilmesi bakımından incelenmesi gerekli kurallar 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nda⁹²² düzenlenmiştir⁹²³. Yasa, Türkiye'de çalışacak yabancıların çalışma iznine dair usul ve esasları hüküm altına almakta ve bu kimselerin çalışma izni olmaksızın çalışmaları ve çalıştırılmalarını yasaklamaktadır⁹²⁴. Kanun m. 9/ç'de “*Diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan*” çalışma izni başvurusu, çalışma izninin reddi sebeplerinden biri olarak sayılmıştır.

6735 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan mülga 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun,⁹²⁵ çalışma izni olmayan bir yabancının işçi olarak çalışması hâlinde hizmet sözleşmesinin akıbeti konusunda bir hüküm içermemekte ve yalnızca izin olmaksızın çalışma yapılması hâlinde idari para cezası öngörmekteydi⁹²⁶. Benzer şekilde 6735 sayılı Kanun da bu iznin eksikliği durumunda idari para cezası öngörmekte olup iznin eksikliğinin hizmet sözleşmesine ilişkin sonuçlarını doğrudan düzenlememiştir⁹²⁷.

İlgili kuralın ihlâlinin sonuçlarından evvel bu sınırlamanın sözleşme özgürlüğü bağlamında nerede konumlandığına kısaca değinmek gerekir. Buna göre, yabancıların çalışma izni

⁹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mahmut KABAKÇI/Arzu HACIOĞLU**, “Employment of Foreigners in Enterprises”, Journal of Business, Economics and Finance, Vol. 7, iss. 4, 2018, s. 329 vd.; **KUTLU**, s. 151 vd.

⁹²² RG, S. 7564, T. 13/8/2016.

⁹²³ Bu husustaki temel kural 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un (RG, S. 25040, T. 24/7/1950) 15. maddesinin ilk fıkrasında yer aldığı ve hükmün “*Yabancılar, Türkiye'de ancak kanunun kendilerine menetmediği işleri tutabilirler*” düzenlemesini haiz olduğu yönünde bkz. **Hediye ERGİN**, “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, Legal İSGHD, C. 4, S. 16, 2007, s. 1359. İlgili kanun, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile (RG, S. 28615, T. 11/4/2013) yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹²⁴ Yabancı kaçak işçi kavramı ve ayrıntıları için bkz. **KUTLU**, s. 200 vd.

⁹²⁵ RG, S. 25040, T. 6/3/2003.

⁹²⁶ **BOĞA**, s. 1047.

⁹²⁷ **KABAKÇI/HACIOĞLU**, s. 330.

olmaksızın hizmet sözleşmesinin tarafı olmasını engelleyen kuralın niteliği tespit edilmelidir. Bu hususa dair ayrıntılı yorumlar mülga 4817 sayılı kanun döneminde de yapılmış ve çalışma izni olmaksızın yapılan hizmet sözleşmesinin geçerliliği tartışılmıştır. İlgili dönemde, mülga kanunda iznin ifade ediliş tarzından – *sonradan izin alınmış olması kaydıyla* – henüz izin alınmadan hizmet sözleşmesinin ifasına başlanmış olması hâlinde, bu sözleşmenin geçerli olacağı ve çalışma izni verilirken hizmet sözleşmesinin süresine bakılacağı gibi düzenlemelerden hareket edilmiş ve çalışma izni eksikliğinin hükümsüzlüğe yol açmayacağı ileri sürülmüştür⁹²⁸.

İznin eksikliğinin hizmet sözleşmesine etkisi, kanundaki ifade tarzının, anlamının ve amacının değerlendirilmesini gerektirir. İfade tarzından yola çıkıldığında yürürlükteki 6735 sayılı Kanun’un mülga kanundan daha farklı bir vurgulama şekli benimsediği görülmektedir. Zira kanun müeyyideden bahsetmese de 6. maddesi “*Bu Kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır*” şeklindeki fıkayı içermektedir. Mülga kanunun bu biçimde doğrudan bir yasak ifadesine yer vermemesi karşısında 6735 sayılı Kanun’un izne bakış açısına bu perspektiften yaklaşmak gerekir. Kaldı ki mülga kanun bakımından dahi yalnızca hükmün lafzından hareket etmek yerinde değildir, kanunun özünün de hesaba katılması gerekir. Bunun için yukarıda da ifade ettiğimiz üzere normun niteliğine dikkat edilmelidir.

Çalışma izni bazı yazarlarca⁹²⁹ yasaklayıcı hüküm⁹³⁰ ekseninde incelenmiştir. Yasaklayıcı hükmün geçersizlik müeyyidesini de barındırmaması hâlinde, kuralın anlam ve amacı

⁹²⁸ **ERGİN**, s. 1387. 4817 sayılı Kanun’a göre hizmet sözleşmesinin akdi sırasında çalışma izni eksikliğinin doğrudan geçersizliğe neden olmayacağı ve başvuru yapıp henüz izin verilmeden önce sözleşmenin ifa edilmeye başlanmış olması durumunda, gerekli iznin alınmış olması koşuluyla sözleşmenin baştan itibaren geçerli kabul edileceğini ileri süren *Canbolat*, bu süreçte iznin alınamamış olması hâlinde, sözleşmenin hükümsüz sayılacağını ve hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuç doğuracağını ifade etmiştir. Bkz. **Talat CANBOLAT**, “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, *Legal İSGHD*, C. 4, S. 13, 2007, s. 214.

⁹²⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Genel*, s. 540 vd.; **SÜZEK**, *Geçersizlik*, s. 132 vd.

⁹³⁰ Çalışmamızın ilk bölümünde de açıkladığımız üzere emredici hükümler, kişilerin irade özerkliklerini sınırlayan ve aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan kurallar bütünüdür. Yasaklayıcı hüküm ise kişinin iradesinin emredici bir hükümle sınırlandırılmadığı ve fakat çeşitli sebeplerle belli davranışların yasaklandığı durumlara karşılık gelmektedir. Emredici hükümler geniş mânâda ele alınırsa yasaklayıcı hükümleri de kapsamaktadır. Roma hukukundan beri yaptırımları itibariyle üç çeşit altında tasnif edilmiştir. Bunlar tam kanunlar, sınırlı ölçüde tam olmayan kanunlar ve tam olmayan kanunlar şeklinde ayrılmaktadır. Tam kanunlara aykırı işlemler doğrudan kesin hükümsüz kabul edilmekte ve idari para cezası gibi bir yaptırımı beraberinde getirmektedir. Sınırlı ölçüde tam olmayan kanunların ihlali ise kesin hükümsüzlük doğurmamakta ve fakat bir cezayı gerektirmektedir. Bu

araştırılmakta ve geçersizlik yaptırımının gerekliliği değerlendirilmektedir⁹³¹. Bir diğer ifadeyle, yasağın sözleşmenin içeriğine ilişkin değil taraflarına⁹³² dair olduğu hâllerde, hükümsüzlük sonucu, ancak kuralın bunu amaçlaması durumunda mümkündür⁹³³. Buna göre sözleşmenin tek tarafı⁹³⁴ bakımından engelleme öngören ve ilgili kişinin sözleşmeye taraf⁹³⁵

hükümlere düzen hükümleri de denmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2014 vd.; **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 13 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 536 vd. Emredici hüküm ve yasaklayıcı hüküm şeklinde bir ayrımın yasal temele dayandığı Alman hukukunun aksine Türk hukukunda bu ayrımın yersiz olduğunu, yasa koyucunun da böyle bir amacı olmadığı ve bu nedenle bu ayrımın pratik bir önemi bulunmadığı yönünde bkz. **KAŞAK**, s. 284 vd.

⁹³¹ **ANTALYA**, BG 1,1, N. 2017; **BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**, Art. 19/20, Rn. 17; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 139; **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 25; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 538, 539.

⁹³² Bu durumun “sözleşmeye taraf olmaya yönelik subjektif yasak” başlığı altında değerlendirildiği görüş için bkz. **KAŞAK**, s. 339, 340.

⁹³³ Bir kararında Yargıtay, öğretmen olmayan bir kişinin açtığı dava bakımından şu kararı vermiştir: “...Davacı vekili dava dilekçesinde davacının davalı dersanede öğretmen olarak çalıştığını belirterek dava açmış, davalı vekili davacının davalı dersaneye çalışma başvurusunda bulunduğunu, belgelerini hazırlayacağını söylediğini, evraklarını tamamlayana kadar işi öğrenmek için dersaneye devam ettiğini, daha sonra üniversiteden mezun olmadığının ve öğrenciliğinin devam ettiğinin öğrenildiğini, eksiklikleri tamamlayamadığından işten ayrılmak zorunda kaldığını savunmuştur.

Davacı taraf hem dava dilekçesinde, hem yargılama boyunca, hem de temyiz dilekçesinde davacının öğretmen olduğunu, öğretmen olarak çalıştığını iddia etmektedir.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda "öğretmen" olmanın tanımı yapılmıştır. "Öğretmen" belli okulları bitirmiş, belli formasyonu almış, diploması bulunan kişidir. 5580 sayılı Yasa'da özel okullar veya dersanelerde kimlerin öğretmen olarak çalıştırılabileceği belirlenmiştir. Bu şartları taşımayan birinden "öğretmen" diye söz etmek yasal değildir.

Davacı, öğretmen sıfatını taşımadığı halde öğretmen olduğunu bildirerek davalı dersanede çalışmış, davalı dersane ise basiretli bir tacirden beklenen özeni göstermeyerek davacıdan gerekli belgeleri istememiş, Yasa'nın belirlediği yazılı sözleşmeyi yapmadan davacıyı çalıştırmıştır. Bu sebeple her iki taraf da özensiz ve kusurludur. Davalının da kusurlu olması 5580 sayılı Yasa karşısında davacıya hak bahşetmez.

Davacının hizmet akdi 5580 sayılı Yasa'daki şartları taşımadığından yok hükmündedir. Ancak TBK 394/3. maddesi uyarınca geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağından davacının ispatlanan ücret ve fazla mesai alacaklarının hüküm altına alınması yerindedir”. Karar için bkz. Yargıtay 9. HD., E. 2015/31328, K. 2019/3936, T. 18/2/2019, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 20/9/2024). Kararda, isabetsiz şekilde sözleşmenin yok hükmünde olduğu hüküm altına alınsa da esasen sözleşme kesin hükümsüzdür. Bu açıdan TBK m. 394/III'ün tatbik edilmesi yerindedir.

⁹³⁴ Kural olarak tek taraflı yasak öngören düzenlemenin sözleşmeyi geçersiz hâle getirmeyeceği yönünde bkz. **AKBULUT**, s. 196; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 138; **CHK/EMMEL**, OR 320, Rn. 5; **de BEER**, s. 47; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 651; **KELLER/SCHÖBI**, s. 142; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 32.07. Bu yönde bkz. **NEUNER**, § 45, Rn. 22, 23.

⁹³⁵ 818 sayılı Borçlar Kanunu bakımından yalnızca içeriği hukuka aykırı sözleşmelerin geçersizliğinden söz edilmekteyken 6098 sayılı TBK bakımından emredici hükme aykırılığın sözleşmenin içeriği ile sınırlandırılmadığı yönünde bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 29.

olmasını yasaklayan kurala aykırılık, bu yasağın toplum menfaati ve kamu yararını gözetmesi hâlinde, hükümsüzlük sonucunu doğurmaktadır⁹³⁶.

Çalışma iznine dair kural gerçekten de doğrudan hükümsüzlük yaptırımını bünyesinde barındırmamaktadır ve fakat hükmün amaç ve anlamı bu müeyyideyi içerir niteliktedir. Zira istihdama ilişkin bu kural kamu yararı ve kamu düzenini sağlamaya yöneliktir ve aksi durum sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmalıdır⁹³⁷. Bu geçersizlik TBK m. 394/III'ün açık ifadesi nedeniyle ileriye etkili biçimde tesir etmelidir⁹³⁸.

Mülga kanun döneminde dahi, yukarıda anılan sebeplerle geçersizlik müeyyidesi doğuran çalışma izni eksikliğinin, 6735 sayılı Kanun'un değişen dili ve açık yasağı da eklenince kesin hükümsüzlük sonucu doğurduğunu düşünmekteyiz. Kanunun genel gerekçesinde, ülkeye giren yabancı sayısındaki olağanüstü artış ve buna bağlı olarak kaçak yabancı çalıştırılması ve savaştan kaçarak Türkiye'ye sığınan göçmenlerin kayıt dışı istihdamının önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir⁹³⁹. Bu amaçlar, ilgili kişilerin hakları kadar kamu düzeninin sağlanması gayesini gütmekte ve kamu yararı da bu düzenin mutlak biçimde uygulanmasını gerektirmektedir. Bahse konu gayenin sağlanması, yani normun amacının gerçekleştirilmesi ise ancak bu normu ihlâl eden hizmet sözleşmesinin geçersiz sayılmasıyla mümkündür⁹⁴⁰. Her ne kadar mülga kanun gibi 6735 sayılı Kanun'un da geçerlilik hususunda açık bir yaptırım hükmü içermediği ileri sürülse⁹⁴¹ de hem kanunun değişen dili hem de kuralın amacı düşünüldüğünde, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi çalışma izni eksikliği kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmaktadır. Öğretide ise gerek güncel kanun sonrasında gerek öncesinde kanaatimizce daha

⁹³⁶ **AKBULUT**, s. 197 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 651; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 27 vd.

⁹³⁷ **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 132, 133.

⁹³⁸ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 293; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 568, 569. Aksi yönde bkz. **EYRENCİ**, s. 115.

⁹³⁹ **A. Can TUNCAY**, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, Legal İSGHD, C. 14, S. 53, 2017, s. 84, 85. Yazar ayrıca, 6735 sayılı Kanun'un, bu Kanun'dan önce yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (RG, S. 28615, T. 11/4/2013) ile beraber yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. 6458 sayılı Kanun son yıllarda artan göç hareketlerinin düzene sokulmasını amaçlamaktadır. Bkz. **TUNCAY**, s. 83.

⁹⁴⁰ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 293; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 133.

⁹⁴¹ **TUNCAY**, s. 118.

isabetli olarak geçersizlik görüşünde olan yazarlar⁹⁴² olduğu gibi, çalışma izni eksikliğinin geçerliliği etkilemeyeceğini savunan yazarlar⁹⁴³ da bulunmaktadır.

İsviçre öğretisinde de çalışma izni eksikliğinin hizmet sözleşmesinin geçerliliğine etkisi hususunda görüş birliği bulunmamaktadır⁹⁴⁴. Sözleşmenin geçerli olduğunu ileri sürenlere göre⁹⁴⁵, sözleşme tarafı olmayı yasakladığı hâlde içeriğe dair yasak içermeyen durumlar, geçersizlik sonucu doğurmamaktadır. Yine bu fikre göre, işverenin yasa ihlâlinden bir avantaj sağlamaması gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de çeşitli kararlarında⁹⁴⁶ çalışma izni eksikliğinin tek başına sözleşmenin geçersizliğini doğurmayacağına ve bunun yerleşik içtihat olduğuna hükmetmiştir⁹⁴⁷. Benzer şekilde Alman hukukunda da çalışma izni eksikliğinin sözleşmenin geçerliliğini etkilemediği ileri sürülmektedir⁹⁴⁸.

Yargıtay'ın bu husustaki kararları değişkenlik göstermektedir. 2005 tarihli kararında yüksek mahkeme, çalışma izni alınmamış olması hâlinde sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye

⁹⁴² **CANBOLAT**, s. 213; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 293; **SÜMER**, s. 65; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 133; **TUNCAY**, s. 118, 119. Bu durumda hizmet ilişkisinin dahi doğmadığı yönünde bkz. **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 99, 100.

⁹⁴³ **AKYİĞİT**, s. 26; **BOĞA**, s. 1047, 1048; **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 58; **Münir EKONOMİ**, “Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages”, Mängel des Arbeitsvertrages, Hrsg: von Münir EKONOMİ/Manfred REHBINDER, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1983, s. 22, 23 (Nichtigkeit des Arbeitsvertrages); **ERGİN**, s. 1387, 1388; **OZAN ÖZPARLAK**, s. 204, 205; **URHANOĞLU CENGİZ**, Yabancılar, s. 208. Çalışma iznine ilişkin kuralların düzen hükmü olduğu ve geçerliliğe etki etmediği yönünde bkz. **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 145. Bu durumun bir geçersizlik sebebi değil, ancak fesih sebebi olabileceği ve sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına uğramasının, normun koruma amacına aykırı olduğu yönünde bkz. **GEMİCİ FİLİZ**, s. 313, 504.

⁹⁴⁴ Sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ileri süren görüş için bkz. **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 139; **REHBINDER**, s. 749. İşçinin OR Art. 320/III'ten yararlanabileceğini ifade ederek, esasen sözleşmenin hükümsüzlüğüne yönelik bir beyanda bulunan görüş için bkz. **VISCHER/MÜLLER**, §9, Rn. 67.

⁹⁴⁵ Sözleşmenin geçerli olduğunu ileri süren görüş için bkz. **Wolfgang PORTMANN/Roger RUDOLPH**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art 320, Rn. 28 (**BaslerKomm-PORTMANN/RUDOLPH**); **BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, s. 27; **CHK/EMMEL**, OR 320, Rn. 5; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 651; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 32.07; **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 320, N9; **ZürcherKomm/STAEHELIN**, Art. 320, Rn. 31.

⁹⁴⁶ Bkz. BGE 137 IV 305 ve bu kararda atfı yapılan BGE 114 II 279 ile BGE 114 II 279, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 23/9/2024).

⁹⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin önceki içtihadı sözleşmenin hükümsüz sayılması yönündedir. Mahkemeye göre bu yönde açık bir yaptırım hükmü olmasa dahi kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersizliğe hükmedilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 290, 291.

⁹⁴⁸ **Christian ARMBRÜSTER**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 AllgpersönIR – ProstG- AGG, Red: Claudia Schubert, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021, § 134, Rn. 117 (**MüKoBGB/ARMBRÜSTER**). Hollanda ile Belçika hukukunda da durum Alman hukukuyla benzerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERGİN**, s. 1383 vd.

döndüğünü ileri sürerek temelde sözleşmenin geçerli olduğunu kabul etmiştir⁹⁴⁹. Buna karşılık 2022 tarihli daha yeni bir kararında⁹⁵⁰ ise dava açarak hizmet tespiti talep eden bir işçinin bu talebi, çalışma izni olmaması gerekçesiyle reddedilmiştir. Her ne kadar karar metninde ayrıntılı açıklamalar bulunmasa da işçinin talebinin reddinden, çalışma izni bulunmayan yabancının taraf olduğu sözleşmenin muteber addedilmediği anlaşılmaktadır. Bunun yanında karşı oy gerekçesinde de ifade edildiği gibi⁹⁵¹, bu geçersizlik ileriye sürüldüğü andan itibaren tesir etmelidir⁹⁵².

(2) Çalışma yasağının bulunması hâlinde

Yabancıların çalışamayacağı meslekleri icra eden kimselerin hizmet sözleşmesinin geçerliliği öğretide çalışma izni eksikliğinden ayrı değerlendirilmiştir. Gerçekten de çalışma izninin varlığından bağımsız olarak yabancıların icra edemeyecekleri bazı meslekler bulunmaktadır ve doğaldır ki bunlara dair hizmet sözleşmesi yapılması kural olarak yasaktır. Çalışma yasakları çeşitli alanlarda çeşitli meslek grupları için öngörülmüş olup bu işler yalnızca Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. Bu yasaklar kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni gibi

⁹⁴⁹ Yargıtay 9. HD. E. 2004/24583, K. 2005/20488, T. 7/6/2005, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (Erişim Tarihi: 24/9/2024).

⁹⁵⁰ Yargıtay 10. HD. E. 2022/5942, K. 2022/7922, T. 26/5/2022, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (Erişim Tarihi: 24/9/2024).

⁹⁵¹ “Kurumun feri müdahil olduğu, Suriye vatandaşı yabancı uyruklu davacı tarafından davalı işveren aleyhine açılan hizmet tespiti davasında verilen kısmen kabul kararının temyizi üzerine Dairece “4817 sayılı Yasayı yürürlükten kaldıran ve 4817 sayılı yasa gibi yabancıların Türkiye’de çalışma izni usul ve esaslarını düzenleyen 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununun 6/2. Maddesinde “Bu kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları veya çalıştırılmalarının yasak” olduğu düzenlenmiştir. Davacının, davalı işverene ait işyerinde 12.04.2017 tarihinde asgari ücretle bir gün çalıştığının tespitine karar verilmiştir. Dava dosyası incelendiğinde davacının ilgili makamlara başvurarak çalışma izni aldığına ilişkin bir bilgi ve belge yoktur. Davacının Türkiye’de çalışma izninin bulunup bulunmadığı araştırılarak bu doğrultuda yapılacak inceleme ve değerlendirme sonucunda karar verilmesi gerekirken yanlışlı değerlendirmeyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiştir.

Bozma sonrası mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda davacının “herhangi bir çalışma izni bulunmadığı” gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, kararın temyizi üzerine ise çoğunluk görüşü ile kararın onanmasına karar verilmiştir.

... Diğer taraftan 6098 sayılı TBK.’un 394/son maddesi uyarınca “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”. Çalışma izni alınmadan çalıştırılan yabancı uyruklu işçi, çalıştırılmış ise bu çalışması geçerli kabul edilmeli ve hakkında bireysel iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku kuralları uygulanmalıdır”.

⁹⁵² Aksi yönde bkz. SÜMER, s. 65.

gerekçelerle getirilmiştir⁹⁵³. 2007 sayılı Kanun⁹⁵⁴ her ne kadar yürürlükten kaldırılrsa da halâ daha bazı düzenlemeler çeşitli yasakları içermektedir⁹⁵⁵.

Öğretide, çalışma yasaklarına aykırı şekilde akdedilmiş hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu ileri sürülmüştür⁹⁵⁶. Kendisine yasak bir mesleği icra eden yabancıların hizmet sözleşmesinin akıbetine dair ileri sürülen öğreti görüşleri, çalışma izni eksikliği hâlindeki hizmet sözleşmesinin müeyyidesine dair beyan edilmiş görüşler kadar ayrılmamıştır. Bunun temel nedeni de bu normlara aykırılığın doğrudan kamu düzeni yahut kamu yararı⁹⁵⁷ ile ilişkilendirilmesi ve hatta bu normların üçüncü kişileri koruma amacı taşımasıdır⁹⁵⁸. Kanaatimizce çalışma izninin koruduğu *kamu düzeni* düşüncesinin çalışma yasaklarının koruduğuna inanılan kamu düzeninden farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle ve özellikle de kanuni düzenlemelerin yukarıda açıklanan son hâli düşünüldüğünde, gerek çalışma izni eksikliği gerek yasaklanan işlerde çalışma hâlinde, hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılması gerekmektedir. Anılan nedenle bu iki durumun sonuçları kanaatimizce farklı değildir.

Yargıtay eski tarihli kararlarında⁹⁵⁹ yasak işlere yönelik hizmet sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğuna yönelik hüküm kurmuştur. İlgili dönemde yüksek mahkeme, hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuçlar doğurduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde, yasak işlerde çalışma hâlinde ortaya çıkan hükümsüzlüğün geçmişe etkili sonuç doğurması gerektiğini ifade eden görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden bir kısmı TBK m. 394 öncesi ileri

⁹⁵³ KUTLU, s. 153; URHANOĞLU CENGİZ, Yabancılar, s. 192.

⁹⁵⁴ 11/6/1931 tarihli ve 2007 sayılı ‘Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun’ 2003 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece yabancıların Türkiye’de çalışma özgürlükleri genişletilmiştir. Fakat özel kanunlardaki düzenlemeler saklı kalmıştır. Bkz. BOĞA, s. 1043, 1044.

⁹⁵⁵ Avukatlık, noterlik gibi kamu hukuku yönü olan meslekler yahut veterinerlik gibi kamu sağlığı yönü ağır basan mesleklerin icrası kendi özel kanunlarında kural olarak yabancılara yasaklanmıştır. Mesleklerin ayrıntılarına ilişkin bilgiler için bkz. KUTLU, s. 151 vd.

⁹⁵⁶ AKYİĞİT, s. 26; BOĞA, s. 1045; CANBOLAT, s. 213; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 290; EKONOMİ, Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, s. 21; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 97; GEMİCİ FİLİZ, s. 313; KABAKÇI/HACIOĞLU, s. 330; NARMANLIOĞLU, s. 189; URHANOĞLU CENGİZ, Yabancılar, s. 207.

⁹⁵⁷ EKONOMİ, Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, s. 21; GEMİCİ FİLİZ, s. 313; URHANOĞLU CENGİZ, Yabancılar, s. 207.

⁹⁵⁸ BOĞA, s. 1045; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 290.

⁹⁵⁹ İlgili kararlar için bkz. BOĞA, s. 1045 ve ayrıca aynı sayfada dn. 42.

sürülen ve ileriye etkinin kanuni bir karşılığının olmadığı döneme ilişkindir⁹⁶⁰. Bir kısmı⁹⁶¹ ise 6098 sayılı TBK sonrasında ileri sürülmüşse de taraflar geçersizliği bilsin yahut bilmesin, geçmişe etkili sonuçlar doğuran hükümsüzlüğün gündeme geleceğini ifade etmiştir. Bu kanaatin gerekçesi ise normun amacının işçiyi değil üçüncü kişilerin menfaatlerini koruduğu fikridir⁹⁶². Daha önce açıkladığımız gerekçelerle, hükümsüzlüğün ileriye yahut geçmişe etkili olması ilkesinin işçinin korunmasını da aşan bir şekilde temelde sözleşme adaletiyle alâkalı olduğunu ve bu nedenle ileriye etkili hükümsüzlük bakımından geçersizlik nedenleri arasında kural olarak bir hiyerarşinin ne kanunun lafzı ne de ruhuyla uyduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle yabancıların sözleşme yasaklarına aykırı şekilde hizmet sözleşmesi akdetmesi durumunda kanaatimizce bu sözleşme kesin hükümsüz olmakla beraber, bahse konu geçersizlik *ex nunc* etkili sonuç doğurmalıdır⁹⁶³.

(iii) Rekabet etmeme sözleşmesinin kanuni şartlarının ihlali

Hizmet sözleşmesinin devamı sırasında, işçinin sadakat borcunun bir parçası olarak karşımıza işverenle rekabet etmeme borcu çıkmaktadır⁹⁶⁴. Hizmet sözleşmesi devam ederken ve fakat sona ermesinden⁹⁶⁵ sonra hüküm ifade etmek üzere, işverenle rekabete girişmemenin taahhüt

⁹⁶⁰ BOĞA, s. 1045; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 97; EKONOMİ, Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, s. 21; URHANOĞLU CENGİZ, Yabancılar, s. 207.

⁹⁶¹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 290; KABAKÇI/HACIOĞLU, s. 330; OZAN ÖZPARLAK, s. 204.

⁹⁶² DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 290.

⁹⁶³ Bu yönde bkz. GEMİCİ FİLİZ, s. 313.

⁹⁶⁴ Gülsevil ALPAGUT, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İSGHD, C. 8, S. 31, 2011, s. 943; Ş. Esra BASKAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, HAHFD, 2 (22), 2012, s. 117; SULU, s. 576; Manfred REHBINDER, Jean-Fritz STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, Stämpfli Verlag, 2014, Art. 340, Rn. 4 (BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI); Ercüment ÖZKARACA/Sema Deniz ÖZKAN KOÇ, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 45, 2021, s. 77; Sarper SÜZEK, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmemeye Borcu”, İÜHFM, C. 72, S. 2, 2014, s. 457 (Rekabet); YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 996; Adrian STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, Hrsg: von Jörg SCHMID, Schulthess, 2013, Art. 340, Rn. 3 (ZürcherKomm/STAEHELIN).

⁹⁶⁵ Deneme süresi öngörülmuş hizmet sözleşmeleri bakımından rekabet etmeme sözleşmesinin, ancak bu deneme süresi sona erdikten sonra hüküm ve sonuçlarını doğurabileceği yönünde bkz. Milani DOMINIK, OFK- Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Hrsg: von Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2023, Art. 340, Rn. 5 (OFK/DOMINIK). İlke olarak bu süreçteki anlaşmaların da geçerli olduğu fakat işçinin bu sürecin kısa olması nedeniyle yeterli bilgi edinmeyeceği ve bu nedenle sınırlandırılması hakkında bkz. ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 340, Rn. 7.

edildiği sözleşme ise rekabet etmeme yahut bir diğer deyişle rekabet yasağı sözleşmesi⁹⁶⁶ olarak adlandırılmaktadır⁹⁶⁷.

Bu başlık altında rekabet yasağı sözleşmesi, iki ihtimal nezdinde incelenmiştir. İlk ihtimal, rekabet etmeme sözleşmesinin kanuni şartlarının ihlâli nedeniyle kesin hükümsüzlüğünün ortaya çıkmasıdır. Bu durumda hizmet sözleşmesi geçerlidir ancak rekabet yasağı sözleşmesi münferit olarak kesin hükümsüzdür. İkinci ihtimalde ise hizmet sözleşmesi herhangi bir neden yüzünden kesin hükümsüzdür ve bu durumda ilgili kesin hükümsüzlüğün rekabet etmeme sözleşmesine etkisi ortaya çıkmaktadır⁹⁶⁸.

Rekabet yasağı sözleşmesinin kanuni şartlarının ve dolayısıyla geçerliliğinin, bu çalışma kapsamında hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü üst başlığı altında değerlendirilmesinin nedeni, rekabet etmeme sözleşmesinin hukuki niteliği ile alakalıdır. Öncelikle ifade edilmelidir ki rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesinde yer alan bir kayıtla öngörülebileceği gibi⁹⁶⁹ işçi ve işveren arasında ayrı münferit bir sözleşme ile de kurulabilir⁹⁷⁰. Rekabet etmeme sözleşmesi her ne kadar münferit şekilde akdedilebilecek olsa da temelde hizmet sözleşmesine

Rekabet yasağı sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi deneme süresi içerisinde sona ererse de geçerli olacağı yönünde bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 340, Rn. 14.

⁹⁶⁶ Her ne kadar Anayasa m. 48’de kişinin çalışma özgürlüğü ve kendisini geliştirme hakkı düzenlenmiş olsa da temel haklarla alakalı olan anayasal hükümlerin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı, bu anlamda ilgili anayasal hakkın rekabet etmeme sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmadığı yönünde bkz. **İstSerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 3.

⁹⁶⁷ “*Akdi nitelikteki rekabet etmeme borcu*” şeklindeki adlandırma için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 996. “*İş Hukukunda rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin işverene karşı, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, onunla ekonomik rekabete girişmemeyi taahhüt ettiği, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulan bir özel hukuk sözleşmesidir*”. Tanım için bkz. **Sabah ALTAY**, “Türk Borçlar Kanunun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008, s. 181. Ayrıca bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 340, Rn. 1; **Sevil DOĞAN**, İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Seçkin Yayınları, 2023, s. 85; **OFK/DOMINIK**, Art. 340, Rn. 3, 4; **Polat SOYER**, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994, s. 9 (Rekabet); **SÜZEK**, Rekabet, s. 457.

⁹⁶⁸ Her ne kadar ikinci durumun rekabet etmeme sözleşmesinin kanuni şartları ile doğrudan münasebeti bulunmasa da önemine binaen bu başlık altında incelenmiştir.

⁹⁶⁹ Genelde, hizmet sözleşmesinin içinde rekabet kaydı hükmü olarak yer aldığına dair bkz. **ALTAY**, s. 181.

⁹⁷⁰ **DOĞAN**, s. 85; **Eda MANAV**, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010, s. 324; **ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ**, s. 78.

bağımlıdır⁹⁷¹ ve bu nedenle tali bir niteliğinin olduğu ifade edilmektedir⁹⁷². Zira bu sözleşmenin akdedilmesi, hizmet sözleşmesinin varlığı ile sıkı bir bağlantı içerisindedir ve ancak hizmet sözleşmesiyle birlikte bir anlam ifade etmektedir⁹⁷³. Bu nedenle bu sözleşmenin gerek sözleşme içinde bir kayıtla gerek müstakil biçimde akdedilmesi hâlinde, hükümsüzlüğünün sonuçlarının TBK m. 394/III bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

Rekabet etmeme sözleşmesi, akde konu dönemde işçinin sürekli bir yapmama borcu altına girmesine neden olur⁹⁷⁴. Fakat işçinin çalışma hayatını ciddi biçimde sınırlandırma⁹⁷⁵ ihtimâli olan bu sözleşme, yasa koyucu tarafından sıkı şartlara tabi kılınmıştır. Sözleşmenin kanuni şartlarının düzenlendiği hükme⁹⁷⁶ göre, sözleşmenin tarafı olan işçinin ehliyetli olması, sözleşmenin yazılı şekil şartına uygun akdedilmesi, işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması ve işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye atılmaması gerekmektedir⁹⁷⁷.

⁹⁷¹ OFK/DOMINIK, Art. 340, Rn. 1.

⁹⁷² ALTAY, s. 181; DOĞAN, s. 86; MANAV, s. 328, 329; SOYER, Rekabet, s. 9; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 340, Rn. 3.

⁹⁷³ SOYER, Rekabet, s. 9. Yazar, *rekabet yasağı kaydı* ifadesinin bu bağımlılıkla ilgili olduğunu ifade etmektedir. Öğretide Özkara/Özkan Koç, hizmet sözleşmesinden bağımsız şekilde akdedilmiş bir rekabet yasağı sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinden bağımsız bir hukuki ilişki olmadığını ifade etmektedir. Bkz. ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s. 98. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden belli bir süre sonra akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleri bu bağlamda değildir. Zira rekabet etmeme sözleşmesi, bir hizmet sözleşmesinin varlığını gerektirir. İlgili süreden sonra akdedilen bir sözleşme bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Bu dönemde işçinin, kanunun ilgili hükümlerinde belirtilen sınırlamaların tatbikini gerektiren özel bir korunma ihtiyacı bulunmamaktadır. Bkz. BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, Rn. 5; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 340, Rn. 6.

⁹⁷⁴ ALTAY, s. 182; SULU, s. 588.

⁹⁷⁵ Bu sözleşme işçinin çalışma hakkını elinden alacak nitelikte olamaz. Bkz. MANAV, s. 325.

⁹⁷⁶ TBK m. 444: “*Fiiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.*

Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir”. Hükümün nisbi emredici olduğu yönünde bkz. BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, Rn. 1.

⁹⁷⁷ Geçerlilik şartlarına dair gerek eBK gerek TBK dönemi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. ALTAY, s. 187 vd.; BASKAN, s. 118 vd.; BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, Rn. 5 vd.; DOĞAN, s. 90 vd.; MANAV, s. 326 vd.; OFK/DOMINIK, Art. 340, Rn. 5 vd.; SOYER, Rekabet, s. 39 vd.; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 340, Rn. 7 vd.

Hükümde sayılan ilk şart işçinin fiil ehliyetine sahip olmasıdır. 818 sayılı Kanun'da işçinin reşit olması gerektiği⁹⁷⁸ öngörülse de TBK m. 444 fiil ehliyeti nitelemesi yapmıştır⁹⁷⁹. Bilindiği gibi fiil ehliyeti için, kişinin ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması ve kısıtlı bulunmaması gerekir. Bu noktada, yasanın bir sınırlama ihtiva etmemesi nedeniyle, evlenme (TMK m. 11/II) yahut mahkeme kararıyla kazanılan erginlik (TMK m. 12) hâlinde de kişinin rekabet etmeme sözleşmesi akdetmesinin mümkün olduğu düşünülebilir⁹⁸⁰. Bunun yanında, sınırlı ehliyetsizin sözleşmeyi tek başına yahut yasal temsilcisinin rızasıyla akdetmesinin mümkün olmadığını ifade eden bir görüş olduğu gibi⁹⁸¹, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar bakımından yasal temsilcinin sözleşme akdetmesinin mümkün olduğunu ileri süren bir fikir⁹⁸² de bulunmaktadır.

Ayrıca sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekir⁹⁸³. Sözleşmenin geçerliliği için gerekli olan maddi şart⁹⁸⁴ ise işverenin haklı menfaatinin bulunmasıdır. Buna göre işçinin yaptığı iş, müşteri

⁹⁷⁸ MANAV, s. 326.

⁹⁷⁹ Eski kanunun yalnızca erginlik ararken yeni hükümde tam ehliyetli olma şartı getirilmesi bakımından iki kural arasında fark olduğu yönünde bkz. BASKAN, s. 118. İki kanun arasında bu yönüyle bir farklılık bulunmadığı yönünde bkz. SULU, s.

⁹⁸⁰ ALPAGUT, s. 945; ALTAY, s. 197; DOĞAN, s. 107; SULU, s. 580.

⁹⁸¹ ALPAGUT, s. 945; BASKAN, s. 118; BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, Rn. 6; SÜZEK, Rekabet, s. 458; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 340, Rn. 9. Öğretide *Sulu*, ayırt etme gücüne sahip küçükler yönünden bu biçimde bir sonuca ulaşsa da ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların yasal temsilcisinin rızasıyla bu sözleşmeyi yapabileceğini ifade etmektedir. Bkz. SULU, s. 580, 581.

⁹⁸² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 997.

⁹⁸³ ALPAGUT, s. 945, 946; ALTAY, s. 198; BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, Rn. 7; DOĞAN, s. 90; SULU, s. 581; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 999. Yazılı şeklin koruyucu ve uyarıcı işlevine dair bkz. OFK/DOMINIK, Art. 340, Rn. 5. Kural olarak borç altına giren işçi olduğu için yalnızca onun imzası şekil şartını yerine getirmektedir. Sözleşmenin ivazlı olması hâlinde ise işverenin de imzası gerekmektedir. Bkz. ALPAGUT, s. 945, 946; BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, Rn. 7; DOĞAN, s. 91; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 999. Öte yandan, işçi lehine bir edimin kararlaştırılması hâlinde işverenin imzasının da aranmasının, işçinin korunması ilkesinden bağımsız düşünülmemesi ve geçersizliğin işveren tarafından ileri sürülmesi hâlinde dürüstlük kuralı incelemesinin yapılması gerektiği yönünde bkz. ALTAY, s. 198. Karşı edimin varlığı hâlinde hem işçi hem de işverenin imzası aranması gerekir ise de şekil şartının asıl amacı rekabet yasağının sınırları konusunda işçiye bilgi verilerek onun korunması olduğundan işverenin imzasının olmamasının geçersizlik yaratması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bkz. Ercüment ÖZKARACA, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim”, Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed: Ender DEMİR/Beste GEMİCİ FİLİZ, Seçkin Yayınları, 2021, s. 360, 361. Rekabet etmeme borcunun açık şekilde ifade edilmesi gerektiği ve herhangi bir belirsizliğin işveren aleyhine sonuç doğuracağı yönünde bkz. ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 340, Rn. 8.

⁹⁸⁴ Niteleme için bkz. ALPAGUT, s. 946.

çevresi, üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlamalı ve işçinin bu yöndeki bilgisi işverenin önemli bir zararına neden olacak nitelik taşımalıdır⁹⁸⁵.

Rekabet yasağı sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü iki ihtimal nezdinde değerlendirileceğini ifade etmiştik. Buna göre ilk hâl, münferit olarak rekabet yasağı sözleşmesinin kesin hükümsüz olmasıdır ki bu başlık altında saydığımız şartlara aykırılık ihtimalinde bu durum ortaya çıkmaktadır. Hizmet sözleşmesine bağımlı olan rekabet yasağı sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü, TBK m. 394/III'ün tatbik edilmesini gerektirir. Yasağın geçerli olduğunu sanarak borcunu ifa eden işçinin yapmama şeklindeki ediminin iadesi mümkün değildir⁹⁸⁶. Özellikle bir karşı edimin⁹⁸⁷ belirlendiği rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin rekabet yasağının geçerliliğine güvenerek sözleşmeyi ifa etmesi ve fakat geçersizliğin sonuçlarının geçmişe etkili olması, işçinin bu edimi iade etmesi gibi adaletsiz bir neticenin meydana gelmesine neden olur⁹⁸⁸. Bu nedenle rekabet etmeme sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü, kuralın öngördüğü şekilde ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurur.

Değerlendirilmesi gereken ikinci ihtimal ise, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, münferit olarak rekabet yasağı sözleşmesinin değil ve fakat hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüz olması ihtimalidir. Bu durumda hizmet sözleşmesi, herhangi bir neden yüzünden kesin hükümsüzdür. Hizmet sözleşmesine bağlı olduğu kabul edilen rekabet yasağı sözleşmesi de bu nedenle geçerli kabul edilmemektedir⁹⁸⁹. Fakat bu durumda hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü, rekabet yasağı sözleşmesine iki şekilde etki edebilir. İlk durumda hizmet sözleşmesi kesin hükümsüzdür ancak sona ermiştir, rekabet yasağı sözleşmesi yürürlüğe girmiş ve ifa edilmeye başlanmıştır. Bu durumda hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü açıktır ki rekabet yasağı sözleşmesini etkileyecek ve onun da kesin hükümsüz olması sonucunu doğuracaktır. Fakat bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün ileriye etkili sonuçlar

⁹⁸⁵ ALPAGUT, s. 946; SÜZEK, Rekabet, s. 459.

⁹⁸⁶ ABEGG, s. 227.

⁹⁸⁷ Karşı edim, hizmet sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte rekabet etmeme sözleşmesi nedeniyle çalışma özgürlüğü sınırlandırılan işçiye, bu sınırlandırmanın karşılığı olarak ödenen maddi değerdir. Modern hukuk sistemlerinde, işverenin karşı edim yükümlülüğünün, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. Ancak Türk hukukunda ise rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulları arasında karşı edim yer almamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKARACA, s. 351 vd.

⁹⁸⁸ ALTAY, s. 191; SOYER, Rekabet, s. 40, 41; SULU, s. 588.

⁹⁸⁹ ALTAY, s. 181; DOĞAN, s. 86; ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s. 98.

doğurması bakımından yukarıda ulaşılan sonuçlardan farklı bir sonuca ulaşılmaz. İkinci durumda ise hizmet sözleşmesi hâli hazırda ifa edilirken kesin hükümsüzlüğü gündeme gelmiş ve bu nedenle ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermiştir. Bu hâlde, öğretide ileri sürülen bir görüş⁹⁹⁰, rekabet yasağı sözleşmesinin de geçersiz olduğu kanaatine varmanın rahat şekilde kabul edilebilecek bir sonuç olmadığını ifade etmektedir. Görüşe göre, sözleşmenin, fiilen ifa edildiği döneme ilişkin etkilerini koruduğu kabul edilmeli ve bilhassa işçiye rekabet bakımından önem taşıyan hususların emanet edilmesi ihtimali değerlendirilmelidir⁹⁹¹. İşveren bakımından, iş sırlarının geçerli yahut kesin hükümsüz bir sözleşme nezdinde elde edilmesi herhangi bir farklılık yaratmamaktadır⁹⁹². Anılan durumda, işveren açısından önemli bilgileri edinmiş olan işçi açısından, sözleşme sonrası rekabet yasağı hükmünün yürürlükte kaldığı ilke olarak kabul edilmelidir⁹⁹³. Kanaatimizce, geçerliliği hizmet sözleşmesinin geçerliliğine bağlı rekabet yasağı sözleşmesinin, ondan bağımsız olarak yürürlükte kaldığının kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durumda, sözleşmenin hükümsüzlüğünün *ex nunc* etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması da rekabet yasağı sözleşmesi bakımından herhangi bir önem ihtiva etmemektedir. Zira sözleşmenin ifa edildiği dönem bakımından *geçerliymiş gibi* kabul edilmesi, ilgili dönemdeki edimlerin iade edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak kesin hükümsüzlük sözleşmeyi yine de ortadan kaldırmakta ve bu nedenle tarafların ifa yükümlülükleri de sona ermektedir. Sözleşmenin ortadan kalkmasına bağlı olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan rekabet yasağı sözleşmesine etki eden geçersizliğin, işçiye herhangi bir yapmama edimi yüklemesi kanaatimizce mümkün değildir.

(iv) Muvazaalı hizmet sözleşmeleri

Hizmet sözleşmesinin muvazaalı şekilde akdedilmesi de mümkündür⁹⁹⁴. Bu gibi bir durumun ilk örneğini, gerçekte bir hizmet sözleşmesi kurma iradesi olmayan tarafların, üçüncü kişiler nezdinde bir hizmet sözleşmesi varmış gibi hareket etmeleri oluşturmaktadır. Buna göre, görünürde, muvazaalı bir hizmet sözleşmesi bulunmakta ve üçüncü kişiler aldatılmakta iken

⁹⁹⁰ GEMİCİ FİLİZ, s. 556; SOYER, Rekabet, s. 40.

⁹⁹¹ SOYER, Rekabet, s. 40. Ayrıca bkz. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rn. 135.

⁹⁹² SOYER, Rekabet, s. 40.

⁹⁹³ GEMİCİ FİLİZ, s. 556.

⁹⁹⁴ Hizmet sözleşmesine ilişkin çeşitli muvazaa örnekleri için bkz. ATAMULU, Muvazaa, s. 266 vd.

taraf lar kendi aralarında sözleşmenin herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağını kararlaştırmış vaziyettedir ve bu durum mutlak muvazaaya emsal teşkil etmektedir⁹⁹⁵. Bu hâlin sık rastlanır örneğini, uygulamada *diploma kiralama* adıyla anılan durum oluşturmaktadır⁹⁹⁶. Buna göre, bazı işletmelerin açılabilmesi ve işletilebilmesi için, belli bir diploma yahut unvana sahip personelin istihdam edilmesi gerekir⁹⁹⁷. Örneğin 5996 sayılı Kanun’a göre, kasaplar hariç et ve et ürünleri işleyen işyerlerinde veteriner hekim, gıda mühendisi ve ziraat mühendisinin çalışması zorunludur⁹⁹⁸. İşverenin işletmesini açık tutabilmek için istihdam etmek zorunda olduğu bu unvanlardan birine sahip işçiyle anlaşması ve gerçekte bir hizmet sözleşmesi kurmamış olmalarına rağmen, resmi makamları aldatmak için bir sözleşme varmış gibi yansıtmaları hâlinde yukarıda anılan türden muvazaalı bir sözleşme ortaya çıkmaktadır. Bu gibi hâllerde yalnızca resmi makamlara bildirim yapılmakta ve fakat işçinin işgörme borcunu ifa etmeyeceği, işverenin de ücret ödeme borcunu yerine getirmeyeceği noktasında taraflar anlaşmaktadır.

Benzer bir durum sahte sigortalılık, yahut bir diğer adıyla *hayali sigortalılık*⁹⁹⁹ olarak adlandırılan örneklerde de karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁰⁰. Bu durumda da taraflar, üçüncü kişi olan Sosyal Sigorta Kurumu’nu aldatmak maksadıyla bir hizmet sözleşmesi akdetmiş gibi görünmekte ise de esasen kendi aralarında sözleşmenin herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağını kararlaştırmış vaziyettedir. Bunun sebebi, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun sağladığı haklardan yararlanmak olsa da gerçekte bu kişiler sözleşmeyi ifa ediyor değildir¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁵ AKYİĞİT, s. 33, 34; ATAMULU, Muvazaa, s. 267; GEMİCİ FİLİZ, s. 414.

⁹⁹⁶ GÜLÜMDEN ÜRCAN, “Diploma Kiralama” Sorunu ve İş Sözleşmesinin Geçersizliği”, İzBD, S. 2, 2022, s. 304 vd. Bir işletmenin meslek odasına kaydolabilmek için istihdam etmesi zorunlu olan işçi ile akdettiği hizmet sözleşmesi bakımından benzer bir durum için bkz. MÜKOBGB/SPINNER, BGB § 611a, Rn. 557.

⁹⁹⁷ Çeşitli örnekler için bkz. ÜRCAN, s. 306 vd.

⁹⁹⁸ 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu, RG, S. 27610, T. 13/6/2010.

⁹⁹⁹ ALİ GÜZEL/ALİ RIZA OKUR/NURŞEN CANİKLİOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş On Dokuzuncu Bası, Beta Yayınları, 2021, s. 87.

¹⁰⁰⁰ GEMİCİ FİLİZ, s. 415; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 87.

¹⁰⁰¹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 87. Taraflar arasındaki anlaşmanın, hizmetin herhangi bir şekilde ifa edilmeyeceği yönünde olmadığı yahut bahse konu işgörmenin basit bir yardımı aştığı hâllerde geçerli bir hizmet sözleşmesinden bahsedilebileceği hususunda bkz. GEMİCİ FİLİZ, s. 415, 416.

Bahse konu iki örnek bakımından da taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzdür¹⁰⁰².

Kesin hükümsüz olan bu türden sözleşmelere, TBK m. 394/III'ün tatbik edilmeyeceği ve bu sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ileri sürülmektedir¹⁰⁰³. Buna göre, fiili bir çalışma bulunmaksızın, sırf sigortalı gözükmek için akdedilen bir sözleşme, bu sözleşme yanlarına işçi yahut işveren sıfatını kazandırmadığı gibi¹⁰⁰⁴, diplomasını kullandıran bir işçinin de fiilen çalışarak emek harcadığı bir husus yoktur¹⁰⁰⁵. Kanaatimizce de bu gibi örneklerde TBK m. 394/III'ün tatbik edilmesi mümkün değildir. Hükmün tatbik edilmemesinin sebebi, tarafların sözleşmeyi ifa etmeye başlamamış olmalarıdır. Zira daha önce de izah ettiğimiz üzere, sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün temel gerekçesi, sözleşmenin ifasına başlandıktan sonra artık geçmişe etkili sonuçlar doğuran bir sona erme düzeninin uygulanabilir olmaması ve hizmet sözleşmesi özelinde de işçinin korunması¹⁰⁰⁶ gayesidir. Bir diğer anlatımla, ileriye etkili sonuçlar doğuran hükümsüzlük olgusunun tatbik edilebilmesi için sözleşmenin ifa edilmeye başlamış olması gerekir. Hizmet sözleşmesi bakımından ifa, işgörme ile alâkalıdır ve işgörme, bir ihtiyacı karşılamaya hizmet eden ve ekonomik mânâda iş olarak değerlendirilebilen faaliyettir¹⁰⁰⁷. Bu noktada işçinin çalışmak üzere işe gelmesi ve örneğin kendisine işiyle alâkalı bir bilgilendirme materyalinin teslimi dahi ifanın başladığını göstermektedir¹⁰⁰⁸. Fakat yukarıdaki emsallerde, ifa olarak değerlendirilebilecek bu türden bir işgörmeden, dolayısıyla ifadan bahsedilemez¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰² **AKYİĞİT**, s. 33, 34; **ATAMULU**, Muvazaa, s. 268; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 422; **ÜRCAN**, s. 327 vd. Muvazaalı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğuna dair ayrıca bkz. **ANTALYA**, BG 1,1, N. 1489 vd.; **BaslerKomm/WIEGAND**, Art. 18, Rn. 126; **İstSerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 4; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, N. 1296; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 415; **von TUHR**, s. 274.

¹⁰⁰³ **GEMİCİ FİLİZ**, s. 482; **ÜRCAN**, s. 329, 330. Bir görüşe göre, bu durumda bir hizmet ilişkisi dahi doğmamaktadır zira hukuka aykırılık ziyadesiyle önemlidir ve bu nedenle bir hizmet ilişkisinin doğduğu kabulü, hukukun temel düsturuyla bağdaşmamaktadır. Bkz. **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 99, 100. Muvazaalı hizmet sözleşmesinin ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona eremeyeceği ve hatta muvazaalı sözleşmenin yoklukla malûl olması gerektiği yönünde bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 569.

¹⁰⁰⁴ **GEMİCİ FİLİZ**, s. 482.

¹⁰⁰⁵ **ÜRCAN**, s. 331.

¹⁰⁰⁶ **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 129.

¹⁰⁰⁷ **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 484.

¹⁰⁰⁸ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 47.

¹⁰⁰⁹ Taraflar arasında muvazaa bulunmaması ve hukuki sorumluluğun yalnızca kâğıt üzerinde üstlenilmemesi hâlinde, fiili bir çalışma olmasa da belirli bir süre için bir işin görüldüğünden söz edilebileceği ileri sürülmektedir.

İcrasına başlanmamış bir sürekli borç doğuran sözleşmedeki hükümsüzlük ise geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Anılan nedenlerle, bu gibi durumlarda TBK m. 394/III'ün uygulanması kanaatimizce mümkün değildir ve hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü bu hâlde, *ex tunc* biçimde tesir etmektedir.

b. Kısmi hükümsüzlükte

(i) Genel olarak

Hizmet sözleşmesinin bir tarafında, sosyal açıdan korunmayı gerektiren işçi yer almaktadır ve bu nedenle kanuni düzenlemeler işçiyi koruyacak asgari standartları belirlemektedir¹⁰¹⁰. Bu da hizmet sözleşmesine dair kuralların genelde pozitif içerik normları şeklinde ortaya çıkmasına neden olmuştur ki bu normların amacı, sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü değil, mümkün mertebe ayakta tutulmasıdır¹⁰¹¹. Zira işçinin korunması gayesiyle ihdas edilen hükümler iş hayatının sona ermesine neden olmamalıdır¹⁰¹². İşçinin korunması ilkesi ve normun koruma amacı da kısmi hükümsüzlüğü gerektirir¹⁰¹³. Bu nedenle hizmet sözleşmesinin emredici hükümlere aykırılığının sonucu, genelde kendini kısmi hükümsüzlük olarak göstermektedir¹⁰¹⁴. Sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulması ilkesinin gereği olarak, kısmi hükümsüzlüğün sözleşmenin kalanını etkilememesinin, adeta bir *prensip* olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu

Zira işgörme; işverenin bir ihtiyacını karşılamaya hizmet eden ve ekonomik mânâda iş olarak değerlendirilebilen şeylerdir. Bkz. **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 485.

¹⁰¹⁰ Kanuni düzenlemelerin genelde mutlak yahut nispi emredici olduğu, tamamlayıcı hükümlerinse sayıca azlığı yönünde bkz. **Orhan Ersun CİVAN**, “Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Kısmi Geçersizlik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, 2017, s. 219. Taraflar arasında akdedilen hizmet sözleşmesinin, var olan normların emredici nitelikleri de göz önüne alındığında sınırlı bir işlevi olduğu yönünde bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 12.

¹⁰¹¹ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 368; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 140. Normun amacının zayıf tarafı korumak olduğu durumlarda mümkün mertebe sözleşmenin ayakta tutulması gerektiği yönünde bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 36, 37. Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü bakımından da benzer şekilde hareket edilmesi gerektiği yönünde bkz. **GEMİCİ FİLİZ**, s. 485.

¹⁰¹² **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 140.

¹⁰¹³ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 12; **CİVAN**, s. 219, 220; **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art 320, N9; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 140; **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s. 355. Benzer yönde bkz. **de BEER**, s. 52; **REİSOĞLU**, Hizmet, s. 139, 140.

¹⁰¹⁴ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 12; **CİVAN**, s. 219; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 368; **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art 320, N9; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 140. Benzer yönde bkz. **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, Rn. 294; **REİSOĞLU**, Hizmet, s. 34.

gerekçeyle, geçersiz hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağına yönelik iddiaların¹⁰¹⁵ ileri sürülmesi, çoğu durumda mümkün değildir¹⁰¹⁶. Hizmet sözleşmesindeki bu durum, kısmi hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamını hükümsüz kılacağı karinesinin hakim olduğu Alman hukukunda dahi böyledir¹⁰¹⁷. Buna göre, genel kuralın aksine, işçinin korunması ilkesi gereği, hizmet sözleşmesinin bir bölümünün geçersiz olması hâlinde, kalan hükümlerin geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir¹⁰¹⁸.

(ii) Kısmi hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri

Kısmi hükümsüzlüğün bazı türleri, hizmet sözleşmesi açısından da ortaya çıkabilir. Bu türlerden biri olan basit kısmi hükümsüzlük hâlinde, sözleşmenin geçersiz kısmının çıkarılmasından sonra kalan bölümünün bağımsız olarak ayakta kaldığını ve hükümsüz sayılan kısmın yerine başka bir kural getirilmesinin mümkün olmadığını daha önce ifade etmiştik. Örneğin TBK m. 410/II uyarınca “*gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir*”. Hizmet sözleşmesine bu yönde konulan bir hüküm geçersizdir ve kalan sözleşme geçerliliğini korur.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte ise bilindiği gibi sözleşmenin geçersiz olan bölümü, yerini, evvelâ kanunun emredici hükmüne bırakmaktadır. Emredici hükümlerin ve özellikle pozitif içerik normlarının son derece fazla olduğu hizmet sözleşmesi bakımından çoğu hâlde hükümsüzlük nedeniyle boşalan kısmın bu biçimde doldurulacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin işçi tarafından yalnızca haklı nedenle feshedilebileceği ve işçinin sözleşmeyi başka bir biçimde feshedemeyeceğine ilişkin bir kayıt geçersizdir¹⁰¹⁹. Bunun yerini bildirimli fesih hakkı almaktadır. İşçinin kıdem ve ihbar tazminatlarından vazgeçtiğini öngören bir hüküm de benzer şekilde geçersiz olacak ve yerini

¹⁰¹⁵ Hizmet sözleşmesinde tarafların farazi iradesinin dikkate alınmayacağı yönünde bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 12; **CİVAN**, s. 219; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 368; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 574; **SÜZEK**, Geçersizlik, s. 140. Aksi yönde bkz. **GÜVEN/AYDIN**, s. 171.

¹⁰¹⁶ İşverenle hizmet sözleşmesi kurma aşamasında, müzakere ve pazarlık yapma gücünü elinde tutan üst düzey yöneticiler ve benzer durumdaki işçiler bakımından, farazi irade dikkate alınmaksızın kısmi hükümsüzlüğün tatbik edilip edilmeyeceği noktasında, bu işçiler ile diğerleri arasında yasal düzenlemeler bakımından bir fark olmadığı ve ilgili ilkenin uygulanması gerektiği yönünde bkz. **CİVAN**, s. 221.

¹⁰¹⁷ **MüKoBGB/BUSCHE**, § 139, Rn. 2; **PREIS/TEMMING**, Rn. 969.

¹⁰¹⁸ **MüKoBGB/BUSCHE**, § 139, Rn. 3; **PREIS/TEMMING**, Rn. 969.

¹⁰¹⁹ **CİVAN**, s. 224.

emredici hüküm olarak bu geçersizlik düzeltilecektir¹⁰²⁰. Kıdem tazminatından vazgeçmese de bu tazminatın ödenme biçimine ilişkin emredici kurala aykırılık da aynı sonucu doğurur. Bir Yargıtay kararına¹⁰²¹ konu olayda, kıdem tazminatının hizmet sözleşmesinin feshinden sonra, on beş gün içinde ödeneceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi ile getirilen kural tartışılmıştır. Karşı oy yazısında kıdem tazminatının fesihden itibaren derhal ödenmesi gerektiği ve bu nedenle toplu iş sözleşmesi hükmünün geçersiz olduğu ve geçersiz hükmün yerini de yasa hükmünün alacağı ifade edilmiştir¹⁰²².

Bir başka değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük örneği ise işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağı yönündeki bir hükmün hizmet sözleşmesine eklenmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira işçinin fazla çalışmaları kanunda yer alan emredici kurala uygun biçimde kendisine ödenmelidir. Bu nedenle ilgili düzenlemenin yerine kanunda yer alan kural geçer¹⁰²³.

Kanunun belli bir had belirlediği durumlarda ortaya çıkan hâl de hizmet sözleşmesinde rastlanan kısmi hükümsüzlük çeşitlerinden biridir¹⁰²⁴. Zira gerek işçinin korunması gerek iş hayatının sağlıklı ve güvenli şekilde sürdürülebilmesi için taraf yükümlülüklerinin sınırlarının da yasa koyucu tarafından çizilmesi elzemdir. Örneğin haftalık çalışma saatleri¹⁰²⁵ nispi emredicidir ve azami çalışma süresi tarafların anlaşmasıyla değiştirilemez¹⁰²⁶. Her nasılsa

¹⁰²⁰ CİVAN, s. 224; GEMİCİ FİLİZ, s. 563, 564; KIRKBEŞOĞLU, s. 134.

¹⁰²¹ Yargıtay 9. HD., E. 2001/20657, K. 2002/8115, T. 14/5/2002, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 30/9/2024).

¹⁰²² “*Toplu İş Sözleşmesinin fesih sonu ödeme başlıklı 59.maddesinde "...işten ayrılan ve çıkarılan işçilerin tüm hakları, işten ayrılma veya çıkarma anından itibaren en kısa zamanda, 15 günü geçmemek üzere derhal ödenir..." denilmektedir.*

1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesinde "...kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder..." denilmektedir. Yasanın bu hükmü emredici niteliktedir. Yasa iş akdi feshedilen işçiye kıdem tazminatının derhal ödenmesini emretmektedir. Yasanın emredici maddelerine aykırı sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersiz hükümlerin yerine yasa hükümleri esas alınacaktır”.

¹⁰²³ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366, 367.

¹⁰²⁴ Hizmet sözleşmeleri bakımından geçerliliği koruyan indirgeme (düşey kısmi hükümsüzlük) yaptırımının değil değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün gündeme gelebileceği yönünde bkz. CİVAN, s. 226.

¹⁰²⁵ Çalışma sürelerinin kamu hukuksal yönü hakkında bkz. Nurşen CANİKLİOĞLU, “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, S. 66, 2005, <https://toprakisveren.org.tr/index.php/yayinlar/4857-sayili-kanuna-gore-calisma-suresi-ve-bu-surenin-gunlere-bolunmesi/>, s. 1 (Çalışma Süresi).

¹⁰²⁶ ABEGG, s. 227; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s. 4, 5.

tarafların bu sınırları aşarak yaptığı bir anlaşma kısmi hükümsüzdür¹⁰²⁷. Bir başka anlatımla, hüküm yasanın belirlediği azami sınır üzerinden geçerli kabul edilmektedir. İşçinin ücretinin dörtte birinden fazlasını haczedebileceğine dair bir anlaşma da aynı şekilde emredici hükmü aştığı oranda geçersizdir ve hakim tarafından yasal sınıra indirilir¹⁰²⁸. Bunun gibi, kanunda asgari sınırı düzenleyen bir kural işçi aleyhine değiştirilemeyeceğinden buna yönelik anlaşmalar da asgari sınır üzerinden kabul edilmektedir. Bu noktada akla gelen ilk emsal işçinin ücret alacağıyla alakalıdır. TBK m. 401¹⁰²⁹ ve 2004 tarihli Asgari Ücret Yönetmeliği'ne¹⁰³⁰ göre, hizmet sözleşmesindeki ücret hükmünde belirlenen tutar, asgari ücretin altına düşmez¹⁰³¹. Aksi hâlde ücret asgari ücret sınırına yükseltilir¹⁰³².

Bu başlık altında değerlendirilmesi önem arz eden bir diğer husus da rekabet yasağı sözleşmeleriyle alakalıdır. Buna göre rekabet etmeme sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin kısmi hükümsüzlüğüne sebep olabilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, rekabet yasağı sözleşmeleri genelde hizmet sözleşmesinde yer alan bir kayıtla kurulmaktadır ve her durumda hizmet sözleşmesine bağlıdır. Rekabet yasağı sözleşmesinin kendisinin kesin hükümsüz olması hâlinde bu durum hizmet sözleşmesinin bir kısmının geçersiz olmasına yani kısmi hükümsüzlüğüne sebep olabilir. Örneğin fiil ehliyeti kuralına aykırılık içeren bir rekabet yasağı kaydının yer aldığı hizmet sözleşmesinin bu bölümü, kesin hükümsüz olmakta ve ilgili kısmın ikamesinin mümkün olmaması nedeniyle basit kısmi hükümsüzlük gündeme gelmektedir. Bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin hükümsüzlüğü kural olarak hizmet sözleşmesini etkilememektedir¹⁰³³.

¹⁰²⁷ CİVAN, s. 224; GEMİCİ FİLİZ, s. 563, 564.

¹⁰²⁸ CİVAN, s. 225; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 369; GEMİCİ FİLİZ, s. 581.

¹⁰²⁹ TBK m. 401: “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür”.

¹⁰³⁰ RG. T. 1/8/2004, S. 25540.

¹⁰³¹ Madde 12: “İşçilere, Komisyonca belirlenen ücretlerden düşük ücret ödenemez. İş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine bunun aksine hükümler konulamaz.

İşverenler tarafından, işçilere sağlanan sosyal yardımlar sebebiyle asgari ücretten herhangi bir indirim yapılamaz”.

¹⁰³² EKONOMİ, Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, s. 25; GEMİCİ FİLİZ, s. 565; KIRKBEŞOĞLU, s. 334, 335; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 320, N9. Bu durumun değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük teşkil ettiği yönünde bkz. CİVAN, s. 224.

¹⁰³³ MANAV, s. 326; KOLLER, AT, Rn. 12.21; SOYER, Rekabet, s. 39; ZürcherKomm/STAEHELIN, Art. 340, Rn. 8.

Bir diğer hâl ise rekabet yasağı sözleşmesinin kendi içerisinde kısmi hükümsüzlük müeyyidesine çarptırılmasıdır¹⁰³⁴. Bu da TBK m. 445'te¹⁰³⁵ sayılan sınırlamaların¹⁰³⁶ ihlâli nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Örneğin, rekabetin yasaklandığı sürenin aşılması yahut yasağın kapsamının hakkaniyete aykırı olması ihtimalinde, hâkim bunu sınırlandırmaktadır. 818 sayılı eBK'da yer alan hükümde, kuralın lafzı bazı tartışmalara neden olmuş ve ilgili dönemde Yargıtay kararlarında bu sınırlamalara aykırı sözleşmeler doğrudan kesin hükümsüz addedilmiştir¹⁰³⁷. TBK m. 445 ise hâkime sınırlandırma imkânı tanımıştır¹⁰³⁸. Buna göre hakim, TMK m. 4 gereği, işçinin ekonomik geleceğini ve işverenin haklı menfaatini dikkate alarak rekabet yasağını kabul edilebilir bir sınıra çekmektedir¹⁰³⁹. Bunu yaparken de hükümde sayılan

¹⁰³⁴ Öğretide *Kırkbeşoğlu*, sözleşmenin nicel kısımlarının yükseltme yahut indirim uğraması hâlinde düşey kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıktığını ve TBK m. 445'in de bu duruma örnek teşkil ettiğini ifade etmektedir. Yazar, bu tarz bir indirim yaptırımının doğrudan TBK m. 27/II'den değil, ihlâl edilen normun anlam ve amacından çıktığını belirtmekle beraber, hukuki niteliği itibariyle kısmi hükümsüzlüğü bünyesinde barındıran bu yaptırımın da kısmi hükümsüzlüğün türlerinden biri olduğu ileri sürmektedir. Bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 219. TBK m. 445/II'nin, TBK m. 27 ve TMK m. 23 karşısında özel hüküm olduğu yönünde bkz. **ÖZKARACA**, s. 348. *Rehbinder/Stöckli* ise OR Art. 340a'nın (TBK m. 445) özel hüküm olduğu görüşüne katılmamaktadır. Zira işverenin haklı menfaatinin bulunmadığı yahut ahlâka aykırı rekabet yasağı sözleşmeleri gündeme gelebilir ve bu durumda ilgili sözleşme, kabul edilebilir bir sınıra çekilerek dahi kurtarılamamaktadır. Bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 340a, Rn. 6.

¹⁰³⁵ TBK m. 445: “*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.*”

Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir”.

¹⁰³⁶ Mehz AOR Art. 340a uyarınca azami süre, özel durum ve koşullar dışında üç yılı aşamaz. Ayrıntılar için bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 340a, Rn. 3; **ZürcherKomm/STAEHELIN**, Art. 340a, Rn. 3.

¹⁰³⁷ Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 9. HD. E. 1999/8262, K. 1999/12073, T. 6/7/1999; Yargıtay 9. HD. E. 2009/26954, K. 2009/36971, T. 24/12/2009, Legal Bank (Erişim Tarihi: 6/10/2024). Bu dönemde de hükmün daraltılarak uygulanması gerektiği görüşünün savunulduğuna dair bkz. **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 370; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 324; **ÖZKARACA**, s. 344. İsviçre hukukunda OR Art. 340a'nın ihdasına kadar benzer sonuçların ortaya çıktığına dair bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 340a, Rn. 6.

¹⁰³⁸ Bu durumun düşey kısmi hükümsüzlüğün bir örneği olduğu yönünde bkz. **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 370 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 316 vd.

¹⁰³⁹ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 326. Öğretide *Rehbinder/Stöckli*, hâkimin rekabet yasağı sözleşmesini kabul edilebilir bir sınıra çekmesi bakımından, OR Art. 340a/II'de yer alan ‘*kann*’ ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirsiz olduğunu ifade etmektedir. Hâkim bu gibi bir durumda sözleşmeyi sınırlandırmak zorunda mıdır yoksa bu sınırlandırma yapıp yapmama konusunda bir takdir hakkı var mıdır? Bu noktada OR Art. 340a'yı tarihsel açıdan yorumlayan yazarlar, eski hükmün öngördüğü geçerli yahut kesin hükümsüzlük yaptırımları karşısında, hükmün ikinci fıkrası ile bir sınırlandırma imkânı getirildiğini ve hâkimin geçerliliği tartışmalı bir rekabet yasağı sözleşmesi bakımından sınırlandırma imkânını araştırmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedirler. Bu sınırlandırmanın içeriği ise hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 340a, Rn. 6.

yer, zaman gibi tüm sınırlamaları birlikte değerlendirmektedir¹⁰⁴⁰. Ayrıca bu yasal sınıra indirme faaliyeti, tarafların farazi iradelerinin sorgulanmasına gerek olmaksızın gerçekleştirilmektedir¹⁰⁴¹. Zira tarafların ve özellikle işverenin farazi iradesinin bahse konu sınırlamaların çekildiği yerde olması mümkün değildir¹⁰⁴². Ancak belirtilmelidir ki rekabet yasağının, kişinin mesleğini yapmasını tamamen yasaklaması hâlinde sınırlandırılması değil, kesin hükümsüzlüğü gündeme gelmektedir¹⁰⁴³. Ayrıca hâkim sınırlandırma yaparken, rekabet yasağı sözleşmesinde herhangi başka bir değişiklik yapmamalıdır¹⁰⁴⁴. Söz gelimi, üç yıllık rekabet yasağı, yapılan değerlendirme sonucunda iki yıla ve hatta iki yıldan daha az bir süre hakkaniyetli görünüyorsa ilgili sınıra indirilebilir¹⁰⁴⁵. Fakat karşı edim¹⁰⁴⁶ değiştirilemez zira bu edim zaten yasağın kapsamı dikkate alınarak belirlenmiştir¹⁰⁴⁷. Benzer şekilde, aşırılık içeren rekabet yasağı sözleşmesi, karşı edim öngörülerek yahut var olan edim artırılarak geçerli hâle getirilemez¹⁰⁴⁸.

Genişletilmiş kısmi hükümsüzlük ise hizmet sözleşmesinde pek rastlanan bir kısmi hükümsüzlük türü değildir¹⁰⁴⁹. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi iş ilişkisinin genelde korunması arzu edilmektedir. Bu nedenle sözleşmenin geçersiz olan kısmının ayrıştırılması ve kalanının ayakta kalması yerine, geçersizliğin sözleşmenin geçerli hükümlerine de sirayet ederek bunları da geçersiz kılmasını öngören bu hükümsüzlük yaptırımı genelde uygulanmamaktadır.

¹⁰⁴⁰ **ÖZKARACA**, s. 347 vd.

¹⁰⁴¹ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 326, 327. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük çerçevesinde olmak üzere aynı şekilde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 706.

¹⁰⁴² **KIRKBEŞOĞLU**, s. 327.

¹⁰⁴³ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 340a, Rn. 6.

¹⁰⁴⁴ **ZürcherKomm/STAEHELIN**, Art. 340a, Rn. 10.

¹⁰⁴⁵ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 371; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 326.

¹⁰⁴⁶ 818 sayılı Kanun'dan farklı olarak hakkaniyete uygun sınırlama yapan hâkimin karşı edimi de dikkate alması gerektiği m. 445'te hüküm altına alınmıştır. Bkz. **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 370; **ÖZKARACA**, s. 358.

¹⁰⁴⁷ **ZürcherKomm/STAEHELIN**, Art. 340a, Rn. 10. Karşı edim değiştirilemeyecek ise de ceza koşulunda indirim yapılabileceği yönünde bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 327; **SOYER**, Rekabet, s. 73.

¹⁰⁴⁸ **ZürcherKomm/STAEHELIN**, Art. 340a, Rn. 10. Bu yönde bkz. **ÖZKARACA**, s. 348; **SOYER**, Rekabet, s. 73.

¹⁰⁴⁹ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s. 368; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 580.

(iii) Kısmi hükümsüzlüğün etkisi

Kısmi hükümsüzlüğün hizmet sözleşmesine etkisi kesin hükümsüzlükten ayrılmaktadır. Kesin hükümsüzlükte kural olarak uygulanan *ex nunc* etkinin, kısmi hükümsüzlükte de götürü biçimde tezahür edeceği söylenemez. Zira kısmi hükümsüz olduğundan yürürlüğü devam eden bir hizmet sözleşmesi ile kesin hükümsüz olduğu için artık yürürlüğü sona eren bir hizmet sözleşmesinde, hükümsüzlüğün etkisinin farklı olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁰. Sözleşmenin tamamen ortadan kalktığı kesin hükümsüzlük durumunda ileriye etkili sona erme gereklidir zira bu hükümsüzlüğün sonuçlarının hafifletilmesi amaçlanmaktadır¹⁰⁵¹. Fakat kısmi hükümsüzlüğe rağmen kalan hükümleriyle geçerli biçimde devam eden bir sözleşmenin, zorunlu içerik normlarıyla hayatına devam etmesi gerekir ki işçinin haklarına tam olarak kavuşmasını sağlayacak şey de budur¹⁰⁵². Örneğin fazla çalışma yapılması hâlinde işçinin ücrete hak kazanmayacağına ilişkin bir hüküm, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğe yol açmakta ve bu geçersiz hükmün yerini işçinin fazla çalışma yapması durumunda zamlı ücrete hak kazanacağı kuralı almaktadır¹⁰⁵³. Bu hükümsüzlük ise geçmişe etkili biçimde tesir etmelidir¹⁰⁵⁴. Zira işçi, fazla çalıştığı dönemdeki ücretine en başından itibaren hak kazanmalıdır¹⁰⁵⁵.

Bazı hâller vardır ki bu durumlarda ortaya çıkan kısmi hükümsüzlüğün ileriye etkili olması sözleşme adaleti ve işçinin korunması ilkesine daha uygundur. Örneğin, çalışma sürelerinin azami sınırları yukarıda da belirtildiği gibi kural altına alınmıştır ve taraflar bunu işçi aleyhine değiştiremez. Günlük on beş saat çalışmayı öngören bir sözleşme hükmü, kanunen belirtilen sınırın üzerinde olduğundan geçersizdir. Fakat işçi hâli hazırda bu sözleşmeyi ifa etmiş ve günlük on beş saat çalışmış ise bu durumda, işçinin kanuna aykırı çalıştığı saatlerin geçersiz olması, bunlara ilişkin ödenmiş ücretin geri alınabileceğini göstermemektedir. Bu durumun

¹⁰⁵⁰ ABEGG, s. 226, 227.

¹⁰⁵¹ ABEGG, s. 226.

¹⁰⁵² ABEGG, s. 226, 227.

¹⁰⁵³ TBK m. 402: “İşveren, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlüdür.

İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir”.

¹⁰⁵⁴ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366, 367.

¹⁰⁵⁵ Aksi durumun işçinin sözleşmeyle bağlı olduğu dönem boyunca baskı altında kalmasını engellemeye yönelik olarak getirilmiş OR Art. 341’e aykırılık oluşturacağı yönünde bkz. ABEGG, s. 226, 227.

yarattığı kısmi hükümsüzlüğün sebepsiz zenginleşmeyle giderilmesi mümkün olmadığına göre, bu geçersizliğin ileriye etkili kabul edilmesi gerekir¹⁰⁵⁶. Yani işçi bu sürede çalışmasının karşılığı olan edime hak kazanmıştır, zira geçersizlik geleceğe etkili sonuçlar doğuracak şekilde tesir etmiştir¹⁰⁵⁷. Aynı durum geçersiz bir rekabet yasağı sözleşmesi bakımından da ortaya çıkabilir. Özellikle karşı edim kararlaştırılmış bir rekabet yasağı sözleşmesi bakımından, işçinin yapmama edimini geri alması mümkün olmayacağına göre, buradaki geçersizliğin de ileri etkili sonuçlar doğurması gerektiği ifade edilebilir¹⁰⁵⁸.

Görüldüğü üzere kısmi hükümsüzlük durumunda geçersizliğin etkisinin ne olduğuna her koşulda bir çırpıda karar verilememektedir. Öğretide bir görüş, emredici/yasaklayıcı normlardan hareketle bir sonuca ulaşmaktadır¹⁰⁵⁹. Buna göre yasaklayıcı hükümler, sözleşmenin içeriğine ilişkin – örneğin günlük çalışmanın on bir saatten fazla olamaması¹⁰⁶⁰ – yahut sözleşmenin kurulmasına dair – örneğin yaş yasakları¹⁰⁶¹ – olabilir. Pozitif içerikli emredici normlar, kendilerine aykırı anlaşmaların asgari içerikleri ile ikame edilmesini ve böylece sözleşmenin yaşamaya devam etmesini sağlamaktadır¹⁰⁶². Bu kuralların, sözleşmenin asgari bir içeriğe sahip olması amacını taşıması nedeniyle, ortaya çıkan hükümsüzlük, geçmişe etkili sonuçlar doğurmalıdır¹⁰⁶³. Örneğin, işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağı şeklindeki bir sözleşme hükmünün geçersizliği, *ex tunc* etkili sonuçlar doğurur ve işçi, sözleşmenin kuruluşundan itibaren fazla çalışma ücretine hak kazanır¹⁰⁶⁴. Buna karşılık, sözleşme yapma yasaklarına aykırılık hâlinde, genelde işçinin korunması amaçlandığından, hükümsüzlük *ex nunc* etkili sonuçlar doğurmalıdır¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁶ ABEGG, s. 227; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 308.

¹⁰⁵⁷ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 308, 309.

¹⁰⁵⁸ ABEGG, s. 227; SULU, s. 588.

¹⁰⁵⁹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366 vd. Yazar, işçi işveren ilişkilerini düzenleyen hükümlerin büyük bölümünün işçiyi koruma amacıyla getirildiğini ve bunların bir kısmının dar anlamda emredici bir kısmının ise yasaklayıcı norm olduğunu, fakat bu ayrımın içerik normlarına aykırılık bakımından pratik bir önem teşkil etmediğini ve bu nedenle herhangi bir ayırım yapmaksızın sözleşme içeriğine ilişkin normlarını bir bütün olarak incelediğini ifade etmektedir. Bkz. Aynı yazar, s. 307.

¹⁰⁶⁰ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 308.

¹⁰⁶¹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 42.

¹⁰⁶² ABEGG, s. 182; KAŞAK, s. 292.

¹⁰⁶³ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366.

¹⁰⁶⁴ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366, 367.

¹⁰⁶⁵ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 366.

Kısmi hükümsüzlüğün *ex nunc* mu yoksa *ex tunc* şekilde mi etkili sonuçlar doğuracağı sorusunun cevabının, hizmet sözleşmesi bakımından bu biçimde bir ayrımla doğrudan belirlenmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira bu ayrımı mutlak şekilde uygulamak, bizi her zaman doğru sonuca götürmemektedir. Örneğin, yukarıda da gösterdiğimiz emsal bakımından, çalışma sürelerinin azami sınırları kanunla belirlenmiştir ve taraflar bunu işçi aleyhine değiştirememektedir. Bu kural esasen, hizmet sözleşmesinin asgari içeriğini düzenleyen bir normdur¹⁰⁶⁶. Eğer yukarıda bahsedilen ayrım üzerinden gidilecek olursa, ortaya çıkan kısmi hükümsüzlüğün sonuçlarının *ex tunc* etki etmesi gerekir. Bu durumda, ilgili dönemdeki azami sınırın üzerindeki çalışmalara dair ücretin, sebepsiz zenginleşme aracılığıyla ödenmesi gerekir ki bunun adaletli sonuçlar doğurmayacağı açıktır. Hâli hazırda bu örnek bakımından, yukarıda anılan ve ilgili ayrım üzerinden hareket eden yazar da esasen kısmi hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuçlar doğuracağını ve emredici içerik normlarına aykırı bir edimin ifa edilmiş olması hâlinde, işçinin karşı edime hak kazanacağını ifade etmiştir¹⁰⁶⁷. Görüldüğü üzere emredici – yasaklayıcı hüküm bakımından yapılan götürü bir ayrımla her zaman ikna edici bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Bu noktada ileri sürülen bir diğer fikir¹⁰⁶⁸ bakımından ise, bu gibi hâllerde hukuki sonuçlar ve bu sonuçların zamansal etkisi, normun yorumundan çıkarılmalıdır. Gerçekten de mevcut koşullar altında, hizmet sözleşmesinin kısmi hükümsüzlüğün sözleşmeye etkisi bakımından dikkate alınacak husus, kanaatimizce de normun amacı ve yorumundan anlaşılmaktadır¹⁰⁶⁹. Yukarıda sayılan örneklerde olduğu gibi sözleşme adaleti ancak bu şekilde sağlanabilir.

¹⁰⁶⁶ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 307, 308.

¹⁰⁶⁷ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s. 308, 309.

¹⁰⁶⁸ ABEGG, s. 226. Yazar da çoğu hâlde zorunlu içerik normlarının hükümsüzlüğünün *ex tunc* etkili şekilde tezahür edeceğini belirtmektedir.

¹⁰⁶⁹ Hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler bakımından, amaca uygun yorum yönteminin tatbik edilmesi ve doğru sonuca erişebilmek adına ilgili normların toplumsal amacının (*ratio legis*) araştırılmasının gerektiği, hizmet sözleşmesine ilişkin kurallarının yorumunda, amaca uygun yorum ile işçinin korunması ilkesinin genelde örtüştüğü yönünde bkz. Sarper SÜZEK, ‘‘İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum’’, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 34, 2015, s. 15-17 (Yorum).

2. İrade sakatlığında

a. İrade sakatlığının çeşitli görünüm hâlleri

(i) Yanılma

Hizmet sözleşmesinin akdedilmesi sırasında taraflardan birinin iradesi yanılma nedeniyle fesada uğrayabilir. Örneğin işverenin eser sözleşmesi kurmak isterken beyanını hizmet sözleşmesi olarak açıklaması söz konusu olabilir¹⁰⁷⁰. Bu durumda TBK m. 31/I (1) gereğince yanılanın kurulmasını murat ettiği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklaması gündeme gelmektedir. Benzer şekilde, taraflar hizmet sözleşmesi kurmuş olmasına karşın ücret bakımından bir hataya düşmüş olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus, basit hesap hatalarının, örneğin sözleşmede ayrı ayrı yazılmış ücret kalemlerinin toplamında yanlışlık yapılmasının¹⁰⁷¹, TBK m. 31/II (OR Art. 24/III) gereği geçerliliği etkilemediğidir. Dikkate şayan bir diğer nokta ise beyan edilen tutarın asgari ücretin altında olması ihtimalidir. Bu hâlde kısmi hükümsüzlük gereği sözleşme bedeli asgari ücret tutarında kabul edilmektedir. Buna rağmen sözleşmenin iptalinin istenmesi ise artık mümkün değildir¹⁰⁷². Zira her ne kadar yanılma meydana gelmiş olsa da bu aksaklık açık kanun hükmü karşısında düzelmiştir.

Kişide hata elbette esaslı yanılma hâllerinden biridir ve hizmet sözleşmesinin her nasılsa bu biçimde kurulması iptal sebebi olabilir. Fakat hizmet sözleşmesi bakımından yaşanması yüksek olasılık taşıyan durum, esasen işçinin niteliklerine yönelik bir yanılmadır¹⁰⁷³. Kişinin nitelikleri, kişiyi karakterize etmekte ve geçici değil kalıcı özelliklerini anlatmaktadır¹⁰⁷⁴. Hizmet sözleşmesinde ön plana çıkan ise bilindiği üzere özellikle işçinin bu nitelikleridir. Bu nedenle bu gibi saik yanılmalarına genelde işveren uğramaktadır lâkin pek tabii işçinin de saik yanılmasına düşmesi mümkündür¹⁰⁷⁵. Örneğin maddi değeri oldukça yüksek malların düzen ve

¹⁰⁷⁰ AKYİĞİT, s. 41.

¹⁰⁷¹ BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn. 30.

¹⁰⁷² AKYİĞİT, s. 41.

¹⁰⁷³ AVCI, s. 1417, 1418. Niteliğe ilişkin yanılmanın ‘esaslı nitelik yanılması’ ve bunun dışında kalan saikte yanılma hâllerinin ‘temel yanılması’ şeklinde tasnif edilmesinin daha uygun olduğu zira nitelik yanılmasının sözleşme içeriğine dahil olmasına karşın diğer temel yanılması ihtimallerinin sözleşme içeriğine dahil olmadığı yönünde bkz. KANIŞLI, s. 140. Esaslı nitelik yanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. Aynı yazar s. 265 vd.

¹⁰⁷⁴ KANIŞLI, s. 266, 267.

¹⁰⁷⁵ BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn. 31.

korunmasından sorumlu olarak çalıştırılmak üzere istihdam edilen bir depo işçisinin, adli sicilinde herhangi bir sorun olmadığı sanılırken, geçmişte hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan hüküm giymiş olması hâlinde bir hataya düşülmüştür. Bu durumda artık işçinin kişiliğinde değil niteliğinde bir hata yapılmıştır¹⁰⁷⁶. Benzer biçimde, muhasebe programlarının iyi derecede kullanımını gerektiren bir muhasebe ofisinde işe alınan personelin bu programlara yeteri kadar hakim olmadığına anlaşılmaması durumunda da niteliklere ilişkin esaslı bir yanılmadan söz edilebilir. O hâlde artık esaslı nitelik teşkil eden açıklamada yanılmadan değil saikte yanılmadan söz edilmektedir ki saikte yanılmanın esaslı sayılması için TBK m. 32’de yer alan şartların varlığı gerekir. Yani bu örneklerde, işverenin yanıldığı ve karşı tarafça bilinebilir olan hususlar, sözleşmenin zorunlu temeli sayılmalı (subjektif şart) ve bunlar iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına uygun olmalıdır (objektif şart)¹⁰⁷⁷. Özellikle objektif şart bakımından denebilir ki işçinin niteliği, ilgili işle bağlantısı oranında değerlendirilmelidir. Renk körlüğü yaşayan birinin şoför olarak çalışması mümkün değilse de garson olarak işgörmesinde bir engel yoktur¹⁰⁷⁸. Burada parantez açılması gereken bir diğer ihtimal de kişinin mali durumu hakkında hataya düşülmesidir. Örneğin işçinin, işverenin ödeme gücüne dair bir yanılgıya düşmesi ve ücretlerinin ödenmemesi riskinin olması ihtimalinde¹⁰⁷⁹ bunun esaslı nitelik hatası¹⁰⁸⁰ sayılabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁶ Çeşitli örnekler için bkz. **KANIŞLI**, s. 267, 268 ve 311, 312.

¹⁰⁷⁷ **KANIŞLI**, s. 204 vd.

¹⁰⁷⁸ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 31. Benzer yönde bkz. **Savaş TAŞKENT**, “İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan II, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 173.

¹⁰⁷⁹ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 31.

¹⁰⁸⁰ 4857 sayılı Kanun’da işçiye fesih hakkı veren ücretin ödenmemesi ihtimalinin, ücretin ödenmemesi hâlini de içerdiği ve bu nedenle işçinin yanılmaya dayalı iptal yerine fesih talep etmesinin daha işe yarayan bir yöntem olduğu yönünde bkz. **AKYİĞİT**, s. 42, dn. 213.

¹⁰⁸¹ Ödeme gücüne dair hatayı kural olarak esaslı saymamakla beraber şartları varsa esaslı saik yanılması kabul edilebileceği yönünde bkz. **EDİS**, Hata, s. 79. Ödeme gücü kavramının, esaslı saikte yanılmanın şartlarından olan belirli bir olguya yönelik olma koşulundan uzak olduğu ve ilâveten gelecekteki olgulara ilişkin hatalı saikin yanılma sayılamayacağı fikrinde olsa da şartlarının gerçekleşmesi hâlinde yine de esaslı saikte yanılma ihtimalinin değerlendirilebileceği yönünde bkz. **KANIŞLI**, s. 269, 270. Mali iktidara ilişkin hatayı esaslı kabul etmemekle beraber sürekli borç doğuran sözleşmeler özelinde bunun ihtimal dahilinde olduğu yönünde bkz. **von TUHR**, s. 287. İşçi bakımından esaslı nitelik hatası olarak nitelendirilirken, bu hususu işçiye kendiliğinden açıklaması gereken işverenin bu yükümlülüğünün ihlâlinin pasif aldatmaya yol açacağı yönünde bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 31, 35.

(ii) Korkutma ve aldatma

Hizmet sözleşmesi akdetmek amacıyla bir kimsenin korkutulması, rastlanılması kolay bir ihtimal değildir¹⁰⁸². Fakat aktif yahut pasif bir hareketle karşı tarafın yanılgıya düşürülmesine sıkça rastlanabilir ve bu hâlde ilgili davranışın muhatabının aldatma sebebiyle sözleşmenin iptaline başvurusu mümkündür¹⁰⁸³. Örneğin işçinin, görüşme sırasında teklif edilen ve özellikleri tereddüte mahal vermeyecek şekilde belirtilen iş ve pozisyonda çalıştırılmaması hâlinde bir aldatmanın varlığından bahsedilebilir¹⁰⁸⁴.

Aktif davranışla aldatma, sözlü; yazılı yahut görsel iletişimde, var olmayan hususların varlığına yönelik iddialarda bulunmak; var olan hususları ise farklı iletmek şeklinde ortaya çıkabilir¹⁰⁸⁵. İş görüşmesi sırasında hem işçi hem de işveren, kendilerine yöneltilen meşru soruları doğru biçimde cevaplandırmalıdır¹⁰⁸⁶. Açıktır ki bu görüşmede kendisine daha fazla soru yöneltilecek olan kişi işçidir¹⁰⁸⁷. Bu nedenle işveren, ancak meşru menfaatinin haklı gösterdiği soruları¹⁰⁸⁸ yöneltebilir ve işverenin meşru menfaati, ancak doğrudan yapılacak işle alakalı olan soruları sorması hâlinde ortaya çıkar¹⁰⁸⁹. Aksi durumda sorunun cevaplanmasına veya istisnai olarak da

¹⁰⁸² AKYİĞİT, s. 46; GEMİCİ FİLİZ, s. 411; TAŞKENT, s. 180. Hizmet sözleşmesinin değişikliği hâlinde işçinin değişikliğe ikna olması için feshin bir tehdit unsuru olarak kullanılması (TBK m. 38/II) durumunda korkutmadan bahsedilebileceğine dair bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 39.

¹⁰⁸³ AKYİĞİT, s. 43; İstŞerhi/KURŞAT, m. 36, N. 3.

¹⁰⁸⁴ Benzer yönde bkz. **OZAN ÖZPARLAK**, s. 227.

¹⁰⁸⁵ **Gökhan TÜRE**, “İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 41, 2019, s. 225 (Hile).

¹⁰⁸⁶ **BaslerKomm-PORTMANN/RUDOLPH**, Art. 320, Rn. 8; **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 35; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 28, Rn. 47; **PELLEGRINI**, s. 118. İş görüşmesi sırasında işçiye sorulan sorular ve bunlara ilişkin cevapların veri toplama faaliyeti olduğu yönünde bkz. **Canan ÜNAL**, “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, Ed: Tankut CENTEL, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 274; **CHK/EMMEL**, OR 320, Rn. 1.

¹⁰⁸⁷ İşçi ve işveren arasındaki eşitsizlik nedeniyle, doğru bilgi verme borcunda mutlak bir eşitliğin aranması, adaletsiz sonuçlar doğmasına neden olabilir. Bkz. **OZAN ÖZPARLAK**, s. 163.

¹⁰⁸⁸ İşveren tarafından hangi tür soruların sorulabileceğine ilişkin örnekler üzerinden yapılan açıklamalar için bkz. **PELLEGRINI**, s. 127 vd. İşverenin sorabileceği ve soramayacağı soruların neler olabileceğinin ancak işyerinin ve başvuru pozisyonunun özelliklerine göre belirlenebileceği yönünde bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 35. Benzer yönde bkz. **BaslerKomm-PORTMANN/RUDOLPH**, Art. 320, Rn. 10. İşverenin soru sorma hakkı bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BaslerKomm-PORTMANN/RUDOLPH**, Art. 320, Rn. 10 vd.; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 379 vd.; **TÜRE**, Hile, s. 228 vd.

¹⁰⁸⁹ **AKYİĞİT**, s. 44; **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 35. Benzer yönde bkz. **PELLEGRINI**, s. 119; **Manfred REHBINDER**, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev. Ömer TEOMAN, *İÜHFM*, C. 45, S. 1-4, 1981, s. 752, 753. Bu anlamda örneğin işin yapılmasını engelleyecek nitelikteki bir hastalığa sahip olunup olunmadığının sorulmasının hukuka uygun olduğu yönünde bkz. **ÜNAL**, s. 276.

yanıtın doğru¹⁰⁹⁰ olmasına gerek yoktur¹⁰⁹¹. Fakat iş ve işyeri için önem arz eden, örneğin askerlik yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği gibi bir soruya, işçinin doğru şekilde yanıt vermesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁹². Aksi durumda işçinin bu davranışı, aktif davranışla aldatmaya bir örnektir.

Pasif hareketle aldatma ise bu kadar kolay nitelendirilebilir değildir. Zira pasif hareket, hareketsiz kalma yoluyla gerçekleştiği için hizmet sözleşmesi tarafının harekete geçmesini sağlayacak dürüstlük kuralı¹⁰⁹³ temelli bir açıklama yükümlülüğünün bulunması gerekir¹⁰⁹⁴. Bu yükümlülük, kendisine soru sorulan tarafın izah yükümlülüğü bulunmadığı yahut bilgi istenmediği durumda, kendiliğinden açıklama zorunluluğunun olması ihtimallerinde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹⁵. İşçinin, hizmet sözleşmesinin temel nitelikleri ve becerilerinden yoksun olması hâlinde, örneğin iş için gerekli eğitimin eksikliği durumunda, bu hususu kendiliğinden

¹⁰⁹⁰ İşçinin, kendisine yöneltilen geçersiz sorulara doğru bir cevap vermesi yahut cevap vermeyi reddetmesi, çoğu zaman işe alınmaması ile sonuçlanır. Bu nedenle bu gibi ihtimallerde işçinin yalan söyleme hakkı bulunmaktadır. Bkz. **REHBINDER**, s. 758, 759. Benzer açıklamalar için bkz. **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 320, N10. Bu hakkın meşru savunma benzeri olarak nitelendirildiği yönünde bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 14.120; **TÜRE**, Hile, s. 227.

¹⁰⁹¹ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 49; **BaslerKomm-PORTMANN/RUDOLPH**, Art. 320, Rn. 9; **PELLEGRINI**, s. 123 vd.; **REHBINDER**, s. 752 vd. Bu sonuca, yanılanın, dürüstlük kuralına aykırı şekilde iradesinin sakatlandığını ileri süremeyeceği OR Art. 25/I (TBK m. 34/I) aracılığıyla da ulaşılabileceği yönünde bkz. **PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH**, Rn. 119; **ÜNAL**, s. 276, 277. İşçiye meşru olmayan soruların sorulması durumunda, işçinin sessiz kalması ya da doğru cevap vermemesi, yahut bilgilendirme yükümlülüğü olmayan bir durumda bilgi vermekten imtina etmesinin, aldatma bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı ve bu nedenle aldatmaya dayalı bir iptal hakkının ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. **BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Art. 28, Rn. 12; **CHK-KUT/BAUER**, OR 28, Rn. 8; **KOLLER**, AT, Rn. 14.120, 14.121; **TÜRE**, Hile, s. 227 vd.

¹⁰⁹² **AVCI**, s. 418; **REHBINDER**, s. 753. Bu hususta soru sorulmasının her koşulda uygun olmadığına dair bkz. **BaslerKomm-PORTMANN/RUDOLPH**, Art. 320, Rn. 12.

¹⁰⁹³ Dürüstlük kuralına dayanan bir aydınlatma yükümlülüğünün varlığı için, sözleşme görüşmelerine katılan yanlardan birinin, diğer tarafın katılımı olmaksızın kendiliğinden bilgiye erişmesinin yahut bu bilgiyi anlamlandırmasının mümkün olmaması ve bunun sözleşmenin kurulması kararı bakımından önem arz etmesi gerekir. Bkz. **TÜRE**, Hile, s. 230.

¹⁰⁹⁴ **AKYİĞİT**, s. 43; **TAŞKENT**, s. 177; **TÜRE**, Hile, s. 225. Hizmet sözleşmesi bakımından aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranarak sözleşmenin karşı yanını aldatmanın özel bir görünümü bulunmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü yalnızca sözleşmenin kurulması anına değil, süreklilik arz eden sözleşmenin tüm ifa sürecine yaygındır. İşçinin bu yükümlülüğü, bilgi verme; bildirim ve dürüst davranma şeklinde ortaya çıkar. Bkz. **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 28, Rn. 47.

¹⁰⁹⁵ **AKYİĞİT**, s. 43, 44; **REHBINDER**, s. 752. Kendiliğinden açıklama yükümlülüğü bulunmadığı hâlde çeşitli açıklamalar yapan ve gönüllü biçimde bilgi veren kimsenin doğru beyanda bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu ihtimalde kişi kendisine bu hususta soru sorulmadan bilgi verdiği yahut açıklama zorunluluğu bulunmadığı iddiasında bulunamaz. Kişilerin yalan söyleme hakkı bulunmamaktadır. Bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 37.

açıklamakla yükümlü olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁶. Benzer bir husus, kişinin sağlık durumunun, kurulacak hizmet sözleşmesini doğrudan etkilemesidir ki bu hâlde de kendiliğinden açıklama yükümlülüğünün olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹⁷. Fakat işçi, bunun dışındaki bir sağlık problemini kendisine sorulmadan – ki sorunun meşru sınırlarda olması gerekir – izah etmek zorunda değildir¹⁰⁹⁸. Yahut hamileliğe ilişkin bilginin kural olarak iş görüşmesi sırasında açıklanmasının zorunlu olmadığı¹⁰⁹⁹, ancak mankenlik yahut spor eğitmenliği gibi hamileliğin doğrudan iş performansını etkilemesi ihtimalinin bulunduğu mesleklerde işçinin açıklama yükümlülüğünün bulunduğu ileri sürülmektedir¹¹⁰⁰. Benzer biçimde rekabet yasağı bulunan işçi de bunu kendiliğinden açıklamalıdır¹¹⁰¹.

b. İptal hakkının kullanılması

(i) İptal hakkı ve fesih ilişkisi

Hizmet sözleşmesi, irade sakatlıkları nedeniyle iptal edilebilirken¹¹⁰², iptale sebep olan olgu aynı zamanda fesih gerekçesi olabilir. Bu anlamda iptal hakkı ve feshin, birbirinin alternatifi

¹⁰⁹⁶ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 32; **BernKomm/SCHMIDLIN**, Art. 28, Rn. 47; **Max KELLER/ Carole SCHMIED-SYZ**, *Analyse Der Willensmängel*, Helbing & Lichtenhahn, 1995, s. 24, 25.

¹⁰⁹⁷ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 32; **KELLER/SCHMIED-SYZ**, s. 24.

¹⁰⁹⁸ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 32; **KELLER/SCHMIED-SYZ**, s. 24.

¹⁰⁹⁹ Haklı bir gerekçe olmaksızın işçiye hamilelikle alâkalı soru sorulmasının hem ayrımcılık yasağı hem de özel yaşama müdahale kapsamında değerlendirildiği yönünde bkz. **ÜNAL**, s. 282, 283. Aksi yöndeki görüşe göre, işin niteliği gerektirsin yahut gerektirmesin, işverenin hamile bir işçiye karşı birtakım yükümlülükleri vardır ve bu nedenle adaya, iş görüşmesi sırasında bu yönde bir soru sorulabilir. Bkz. **AKYİĞİT**, s. 44. İşverenin meşru sınırlar içinde yer almayan hamilelik sorusuna doğru olmayan cevaplar verilmesinin hukuka uygun olduğu ve işverenin aldatma hükümlerinden yararlanamayacağı yönünde bkz. **KOLLER**, AT, Rn. 14.121.

¹¹⁰⁰ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 32; **KELLER/SCHMIED-SYZ**, s. 24, 25. Kendiliğinden açıklama yükümlülüğü bakımından özellikle hamilelik, eski hükümlülük, sakatlık gibi hâllere dair ayrıntılı bilgiler için bkz. **AKYİĞİT**, s. 44 vd.; **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 32 vd.; **REHBINDER**, s. 755 vd.; **TAŞKENT**, s. 177 vd.

¹¹⁰¹ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 32; **REHBINDER**, s. 756. 4857 sayılı Kanun m. 24/II a ve m. 25/II a uyarınca tanınmış haklı nedenle fesih ile aldatma hükümlerinin yarışıp yarışamayacağı hakkında bkz. **AKYİĞİT**, s. 45.

¹¹⁰² Öğretide bir görüş, hizmet sözleşmesinin ifasına başlanmasından sonra bazı durumlarda iptal hakkının kullanılamayacağı ileri sürmektedir. Buna göre, iptal nedeni, sözleşmenin sona erdirilmesini haklı göstermeyecek kadar önemsizleşmiş olabilir. Örneğin işveren, işçinin birtakım özelliklerinde yanıltmış olsa da bunlar önemini yitirmiş olabilir. Yahut işçinin, zor durumda olduğu için işe girmek mecburiyetinde olduğu bir zamanda, iş görüşmesi sırasında sorulan sorulara gerçeğe aykırı cevap vermiş olması fakat devamında güvenilir biri gibi çalışması hâlinde artık iptal hakkı kullanılarak sözleşme sona erdirilemez. Bkz. **NIKISCH**, *Arbeitsvertragsrecht*, s. 225; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 101. Doktrinde *Akyiğit*, bu görüşe katılmakla birlikte (bkz. Aynı yazar, s. 51) hangi görüş kabul edilirse edilsin, hizmet sözleşmesinden doğan edimlerin tamamen ifa

olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır¹¹⁰³. Bunun yanında iptal hakkının kullanımına İsviçre hukukunda pek rastlanmadığı, zira işçinin fesih özgürlüğünün geniş kapsamlı olduğu ifade edilmektedir¹¹⁰⁴. Fakat feshe ilişkin birtakım sınırlamalar nedeniyle iptal hakkının kullanımının öneminin arttığına vurgu yapılmaktadır. Bir diğer görüş ise İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından, iptal sebeplerinin İşK m. 24 ve m. 25'te¹¹⁰⁵ düzenlenen haklı nedenle feshe imkân tanıyan bir durum teşkil etmesi hâlinde, artık sözleşmenin iptali ile haklı nedenle feshinin yarışmasının gündeme gelemeyeceğini ifade etmekte, bu durumda sözleşmenin İşK m. 24 yahut m. 25 uyarınca haklı nedenle feshedileceğini ileri sürmektedir¹¹⁰⁶. Öte yandan, İş Kanunu'nun dışındaki, örneğin Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından ise İşK m. 24 yahut m. 25'in kapsamına giren bir hâlin aynı zamanda iptal sebebi teşkil etmesi durumunda, bu kimselerin iptal hakkını kullanacağını ifade etmektedir¹¹⁰⁷.

İptal nedenlerinin varlığı, sözleşmenin haklı nedenle feshine (TBK m. 435¹¹⁰⁸ yahut İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından İşK m. 24 yahut m. 25) sebep olabilecek bir hâl teşkil edebilir. Kanaatimizce, bu durumda bilhassa, İşK m. 24 ya da 25'in uygulanma imkânının

edilmesi hâlinde, kabul edilen azami süre henüz dolmamış olsa da artık hizmet sözleşmesinin iptalinin ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **AKYİĞİT**, s. 50.

¹¹⁰³ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 41; **OĞUZMAN**, s. 46 vd.; **PREIS/TEMING**, Rn. 930; **STREIFF/ von KAENEL/ RUDOLPH**, Art. 320, N9. Ayrıca bkz. BGE 132 II 161, www.bger.ch (Erişim tarihi: 18/10/2024). Benzer yönde bkz. **OZAN ÖZPARLAK**, s. 190. Ortaklık sözleşmesi bakımından, sözleşmenin kurulması sırasındaki irade sakatlığının, aynı zamanda – şartlarını taşıması hâlinde – sözleşmenin feshine imkân verebileceği ve bu durumda ortakların, yarışan iki hakka sahip olacağı hususunda bkz. **ÇAMOĞLU**, s. 127.

¹¹⁰⁴ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 29. Türk hukuku bakımından benzer yönde bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 572; **OZAN ÖZPARLAK**, s. 223. Sözleşmenin feshi müessesesi nedeniyle 4857 sayılı Kanun kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından genelde iptal kurumuna başvurulmadığı yönünde bkz. **TAŞKENT**, s. 169.

¹¹⁰⁵ Bu hükümlerde yer alan 'yanıltma' ifadesi nedeniyle aldatmanın hem aktif hem de pasif olarak gündeme gelebileceği yönünde bkz. **Sabahattin YÜREKLİ**, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", İÜHF, C. 72, S. 2, 2014, s. 573 (Sorumluluk).

¹¹⁰⁶ **AVCI**, s. 1421; **GÜVEN/AYDIN**, s. 171; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 597, 598; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 572; **SÜMER**, s. 65; **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s. 356; **TÜRE**, Hile, s. 237; **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 385; **YÜREKLİ**, Sorumluluk s. 573, 575 vd.

¹¹⁰⁷ **GÜVEN/AYDIN**, s. 171, 172; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 598; **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 393. Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin TBK m. 435'e dayanarak haklı nedenle fesih hakkını da kullanabileceği yönünde bkz. **YÜREKLİ**, Sorumluluk, s. 573.

¹¹⁰⁸ Hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi, bir olağanüstü fesih şeklidir. Öte yandan, İş Kanunu m. 24 ve m. 25'te, haklı sebep oluşturan hâller, çeşitli alt başlıklar şeklinde tasnif edilerek sayılmıştır. Türk Borçlar Kanunu m. 435 ise genel bir düzenleme ihtiva etmekte olup, fesheden tarafın dürüstlük kuralına göre hizmet sözleşmesine devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği tüm ihtimaller haklı sebep sayılmıştır. Bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1056.

varlığı¹¹⁰⁹, irade sakatlığı nedenlerine dayanarak sözleşmenin iptali ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Zira iptal hakkı, sözleşmenin kurulması sırasındaki iradenin oluşumuna dayanan bir sakatlığı bertaraf etmek için kullanılmakta iken haklı nedenle fesih, sözleşmenin devamının taraflardan biri için çekilmez kılınması sonucu olarak sözleşmenin sona erdirilmesidir¹¹¹⁰. Bir diğer anlatımla, haklı sebeple fesih bakımından sözleşmenin devamının çekilmez olması gerekir ise de iptal hakkını kullanan kişi bakımından, irade sakatlığı sebeplerinin varlığının sözleşmeyi sürdürmeye imkân vermeyecek seviyede olmasına gerek yoktur, bir diğer deyişle her iptal nedeni bir olağanüstü fesih sebebi teşkil etmemektedir¹¹¹¹. Farklı hususları düzenleyen bu iki kurumun birbirinin yerine kullanılabilmesi imkânı, birinin varlığının diğerini dışlaması sonucunu doğurmaz. Öğretide, bilhassa, haklı nedenle fesih imkânının kullanılmasının daha uygun olduğu fikri¹¹¹², iptal hakkının kullanılmasının, sözleşmenin geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ermesine neden olduğu gerekçesiyle ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş, TBK m. 394/III'ün varlığı nedeniyle bir gerekçe olmaktan çıkmıştır. İlâveten, haklı nedenle feshin kullanılması ihtimali her durumda özellikle işçi için daha elverişli sonuçlar doğurmamaktadır. Örneğin, haklı nedenle fesih bakımından, fesih nedeni öğrenildikten sonra kısa süre içerisinde sözleşme feshedilmelidir¹¹¹³. Oysa iptal hakkı, kanunda yer alan süreler içerisinde kullanılabilir. İlgili gerekçelerle, kanaatimizce iptal hakkının dışlanması mümkün değildir.

¹¹⁰⁹ Örneğin, İş Kanunu m. 25/II-a'da yer alan ("İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması") ihtimalin esasen bir asli aldatma teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Bu hükmü ayrıntılı şekilde inceleyen *Türe*, hükümde yer alan aldatmanın oluşması için gerekli şartlar ve sonuçlar bakımından genel kurala göre son derece farklılaştığını ve bu nedenle işverenin artık iptal değil fesih hakkını kullanmasının zorunlu olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıntılar için bkz. **TÜRE**, Hile, s. 237; **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 385. Bu hükümlerin, irade sakatlığını düzenleyen genel hükümler karşısında özel hüküm teşkil ettiği yönünde bkz. **GEMİCİ FİLİZ**, s. 597, 598; **YÜREKLİ**, Sorumluluk, s. 573.

¹¹¹⁰ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 41; **NIKISCH**, Arbeitsvertragsrecht, s. 223; **OĞUZMAN**, s. 46; **PREIS/TEMMING**, Rn. 930.

¹¹¹¹ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 41; **NIKISCH**, Arbeitsvertragsrecht, s. 223; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 57, 58.

¹¹¹² Bu gerekçeyi ileri süren görüşler için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 572; **YÜREKLİ**, Sorumluluk, s. 573. *Oğuzman*, her ne kadar fesih ve iptal hakkının birbirinin alternatifi olabileceği görüşünde ise de ilgili görüşün ileri sürüldüğü dönemde iptal hakkının hizmet sözleşmesini geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona erdirmesi nedeniyle, haklı nedenle feshin daha avantajlı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 46-56. Aksi yönde bkz. **NIKISCH**, Arbeitsvertragsrecht, s. 224.

¹¹¹³ **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 41.

(ii) İptal hakkının kullanılmasının etkisi

İptal hakkı bakımından iptal teorisini benimsediğimiz için iradesi sakatlanan kişinin kanuni süresinde¹¹¹⁴ kullanacağı iptal hakkıyla beraber sözleşme hükümsüz hâle gelmekte ve bu ana kadar bozulabilir geçerliliğin var olduğu kabul edilmektedir¹¹¹⁵. Bu sebeple iptal hakkının kullanılmasıyla geçersiz hâle gelen sözleşmenin akıbeti ve geçersizliğin etkisinin ne olacağının açıklanması gerekir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi¹¹¹⁶, TBK m. 394/III'ün geniş etkisinin irade sakatlıkları açısından da tesir ettiğini ve iptal hakkı söz konusu olduğunda da hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuçlar doğurduğunu savunmaktayız. Bu nedenle TBK m. 394/III (OR Art. 320/III), irade sakatlıkları bakımından da caridir ve iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte geleceğe etkili sonuçlar doğuran hükümsüzlük zuhur eder¹¹¹⁷. Fakat öğretilde, irade sakatlıkları nedeniyle iptal edilen bir hizmet sözleşmesindeki, hatta daha ziyade bir sürekli borç doğuran sözleşmedeki hükümsüzlüğün *ex nunc* etkili sonuçlar doğurması gerektiği görüşü çeşitli gerekçelerle açıklanmıştır¹¹¹⁸. Tekrara düşmemek adına burada yeniden izah edilmeyecekse de kısaca

¹¹¹⁴ Öğretilde aksi yöndeki bir görüşe göre ise iptal hakkı, kanunda yer alan sürelerde değil, somut olaya göre '*münasip bir süre*' içerisinde kullanılmalıdır. Bkz. TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 101.

¹¹¹⁵ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, B, 1.

¹¹¹⁶ Ayrıntılı bilgiler için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I.

¹¹¹⁷ Tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından bu yönde bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 3.28. Hizmet sözleşmesi bakımından bir görüş, irade sakatlığı hâllerini TBK m. 394/III (OR Art. 320/III) özelinde incelemektedir. Bkz. BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn. 29 vd.; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, s. 26, 27; CENTEL, s. 13; GÜLER ASLAN, s. 81; KILIÇOĞLU, Özel, s. 402, 403; STREIFF/ von KAENEL/ RUDOLPH, Art. 320, N11, 12; SÜMER, s. 65; TÜRE, İş Sözleşmesi, s. 90. İrade sakatlığı yaratan duruma işçi yahut işverenin sebep olması bakımından ayrıma giden görüş için bkz. OZAN ÖZPARLAK, s. 233, 234. TBK m. 394/III'ün (OR Art. 320/III) irade sakatlıkları hâlinde uygulanmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. PELLEGRINI, s. 70 vd. Benzer yönde bkz. GÜNEŞ/MUTLAY, s. 236. Türk hukuku bakımından, irade sakatlığı hâllerinde doğrudan TBK m. 394/III'ten hareket etmemekle beraber hizmet sözleşmesi bakımından ileriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkından bahseden görüşler için bkz. ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 736, 737; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 284; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 117; GÜVEN/AYDIN, s. 172; GEMİCİ/FİLİZ, s. 607 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 571, 572 vd.; SÜZEK/BAŞTERZİ, s. 356; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 969, 971, dn. 48. TBK m. 394/III'ün geçersizlik sebebi ve ağırlığına dair bir sınırlama getirmediği yönünde bkz. ÖZ, Yeni, s. 83. TBK m. 394/III öncesinde de bu görüşte olan yazarlar için bkz. AKYİĞİT, s. 52; AVCI, 1421; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 442, 443; SEÇER, Çocuk ve Genç, s. 1443, 1444; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 75; SEROZAN, Dönme, s. 167. Ayrıca bkz. NIKISCH, Arbeitsvertragsrecht, s. 223.

¹¹¹⁸ Ayrıntılı bilgiler için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, B, 3, a.

özetlemek gerekirse, iptal hakkının kullanılması olağanüstü fesihle ilişkilendirilmiş¹¹¹⁹, fiili sözleşme ilişkileri yahut TBK m. 34 (OR Art. 25) gibi olgulardan¹¹²⁰ hareket ederek durum izah edilmeye çalışılmış ve ifasına başlanmış sözleşmenin iptalinin *ex nunc* etkili sonuçlar doğurarak sona ermesi gerektiği fikri ileri sürülmüştür.

D. Hükümsüzlüğün İşveren Tarafından İleri Sürülmesi

Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü bilindiği üzere kural olarak herkes tarafından ileri sürülebilir¹¹²¹. TBK m. 394/III de bu konuda bir ayrıma gitmemiş ve hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin sonuçlarını doğuracağını hüküm altına almıştır. Bu noktada kural, hükümsüzlüğü ileri sürecekt kişiyi sınırlandırmamıştır¹¹²². Fakat hükmün gerekçesinde, “*Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır*” ifadeleri yer almaktadır. Gerekçeye göre işverenin sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair bilgisi, onun bu hükümsüzlüğü ileri sürmesine engel olmaktadır.

Madde metninde yer almayan ve gerekçede özellikle belirtilen bu tutum, esasen genel bir ilkenin tekrarından ibarettir¹¹²³. Zira TMK m. 2/II uyarınca “*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*”. Hukukun himaye etmediği bir davranış hukuk dışıdır ve hiç kimse bu hukuk dışı davranışına dayanarak bir hak kazanamaz¹¹²⁴. Diğer bir ifadeyle, hakkı tanıyan hükmün amacını aşacak nispette bir hak kullanımını hukuk düzeni kabul

¹¹¹⁹ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 23-31, Rn. 105; FREIBERGER, s. 93; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 942 vd.; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rn. 585; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s. 442, 443; PREIS/TEMMING, Rn. 965; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 57.

¹¹²⁰ BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 31, Rn. 108; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 944. Bu hükmü alternatif olarak uygulayan görüş için bkz. SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 39.25.

¹¹²¹ Kılıçoğlu, sözleşmenin geçersizliğine dair bilginin sözleşmenin her iki yanı bakımından da mevcut olması gerektiğini, bu bilginin tüm taraflarca öğrenildiği tarihten itibaren sözleşmenin herkes için geçersiz sayılacağını ileri sürmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, Özel, s. 403.

¹¹²² Aksi yöndeki *Gemici Filiz*’e göre, geçersizliğin işveren tarafından ileri sürülmesi, taraflardan birinin diğerine göre daha güçsüz olduğu hizmet sözleşmesi açısından adaletsiz sonuçlara sebep olabilir. Bu nedenle taraflardan birini korumaya yönelik yasak içeren hükümler gündeme geldiğinde, bu geçersizliği kural olarak ilgili normda korunan kişi ileri sürebilmelidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. GEMİCİ FİLİZ, s. 518 vd.

¹¹²³ CANIKLIOĞLU, Değerlendirme, s. 83.

¹¹²⁴ ERDOĞAN/KESKİN, s. 163.

etmemektedir¹¹²⁵. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmış olması hâllerinden biri de hakkı kullanan kimsenin çelişkili tutum içerisinde bulunmasıdır¹¹²⁶. İşte tam da bu nedenle, geçersizliğini bildiği hizmet sözleşmesini ifa etmeye devam eden işverenin, daha sonra bu geçersizliği ileri sürmesi pek tabii mümkün değildir. Zira hükümsüz sözleşmeye rağmen ifaya devam eden işverenin bu tutumu işçide haklı bir güven yaratmaktadır. Bu güvene dayanarak sözleşmeyi ifa eden işçiye karşı çıkarı¹¹²⁷ sona eren işverenin, sonradan çelişkili davranarak geçersizliği ileri sürmesi imkânı yoktur. Anılan nedenlerle bahse konu husus, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde zaten sonuçlandırılacak olup gerekçede ifade edildiği şekliyle hükümsüzlüğü ileri sürmenin yasaklanması gibi bir açıklamaya gerek bulunmamaktadır¹¹²⁸.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise yine TBK m. 394/III'ün gerekçesinden yola çıkarak, ilgili geçersizliği hem işçinin hem de işverenin önceden bilmesi hâlidir. Bu ihtimal İsviçre hukuku bakımından, her iki tarafın da kötüniyetli olması durumu çerçevesinde incelenmiştir. Örneğin yaş küçüklüğü durumunda hem işçi hem de işveren, sözleşmenin geçersizliğine dair bilgi sahibidir¹¹²⁹. Bu gibi, yasanın düzenlemediği ve fakat her iki tarafın da iyiniyetli olmadığı bir ihtimalde, işverenin geçersizlik iddiasında bulunmasına imkân verilemeyeceği ve bunun sonuçlarının işçiye yüklenemeyeceği ifade edilmektedir¹¹³⁰. İşverenin iyiniyet koşulu nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinden fayda sağlaması açıktır ki işçinin korunmasına aykırıdır¹¹³¹. Anılan gerekçeyle OR Art. 320/III tatbik edilmeli ve sözleşmenin hükümsüzlüğü ileriye etkili olarak sonuç doğurmalıdır¹¹³². Biz, geçersizliğin

¹¹²⁵ **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2016.

¹¹²⁶ Çelişkili davranma yasağına aykırılık bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2112 vd.; **DURAL/SARI**, N. 1262 vd.; **ERDOĞAN/KESKİN**, s. 168; **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 889 vd.

¹¹²⁷ **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2124.

¹¹²⁸ Bir görüşe göre, geçersizliğe dair bilgisi bulunan işverenin kural olarak bu hükümsüzlüğü ileri sürmesi mümkün olmasa da birtakım hâller istisna teşkil etmektedir. Buna göre, özellikle hukuk düzenince hiçbir şekilde caiz kabul edilemeyecek bazı durumlarda geçersizliğin ileri sürülmesi mümkün olmalıdır. Bkz. **CANİKLİOĞLU**, Değerlendirme, s. 83; **GEMİCİ FİLİZ**, s. 523.

¹¹²⁹ **STREIFF/ von KAENEL/ RUDOLPH**, Art. 320, N11. Bu yönde bkz. **VISCHER**, s. 333.

¹¹³⁰ **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, Rn. 297; **STREIFF/ von KAENEL/ RUDOLPH**, Art. 320, N11; **TÜRE**, İş Sözleşmesi, s. 93. Aksi yönde bkz. **BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn. 47. Dürüstlük kuralı da dikkate alınmalı ve sözleşmenin hükümsüzlüğü geçmişe tesir edecek şekilde sonuç doğurmalıdır şeklindeki görüş için bkz. **YÜREKLİ**, Hizmet, s. 109.

¹¹³¹ **BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ**, s. 26, 27.

¹¹³² **CHK/EMMEL**, OR 320, Rn. 6; **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, Rn. 297; **STREIFF/ von KAENEL/ RUDOLPH**, Art. 320, N11. Benzer yönde bkz. **VISCHER**, s. 333.

sonradan öğrenilmesinin, hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuçlar doğurması bakımından bir koşul teşkil etmediği fikrinde olduğumuzdan, her iki tarafın da bu geçersizliğe dair bilgisinin olmasının, TBK m. 394/III'ün uygulanmasına engel teşkil etmediği kanaatindeyiz.

II. ESER SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Eser Sözleşmesinin Genel Özellikleri

Türk Borçlar Kanunu m. 470 ve devamında düzenlenen¹¹³³ sözleşme, mehz OR m. 363 ve devamında hüküm altına alınmıştır. 818 sayılı Kanun'un *istisna sözleşmesi* olarak isimlendirilerek, *iş sahibi* ile *müteahhit* kavramlarına yer verdiği 355. maddesi¹¹³⁴ ve devamında düzenlediği sözleşme, 6098 sayılı Kanun'da *eser sözleşmesi*¹¹³⁵ olarak nitelendirilmiş ve *yüklenici* ile *işsahibi* kavramları tercih edilmiştir.

Eser sözleşmesi, m. 470'e göre; “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Hiç yoktan bir eser ortaya çıkarma yahut mevcut bir eser üzerinde değişiklik¹¹³⁶ yapma, yani eser meydana getirme işini

¹¹³³ Türk Borçlar Kanunu dışında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda eser sözleşmesiyle alakalı hükümler yer almaktadır. İlâveten Devlet İhale Kanunu'na tabi olup belli tutarı aşan işler bakımından 29/08/1984 tarih ve 8/8520 sayılı Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi de bu Kanun hükümleri çerçevesinde sürdürülen eser sözleşmelerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1080-1081.

¹¹³⁴ 818 sayılı eBK 355. madde şu şekildedir: “*İstisna, bir akitir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*”. 6098 sayılı Kanun'da yer alan hükmün gerekçesinde, ‘semen mukabilinde’ ve ‘bir şeyin imali’ şeklindeki hatalı ifadelerin düzeltildiği ifade edilmiştir. Bkz. <http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-470> (Erişim Tarihi: 17/04/2024).

¹¹³⁵ 818 sayılı Kanun döneminde, madde metninde yer alan ‘şey’ ifadesinin, ‘eser’ terimi ile değiştirilmesinin yerinde olacağı öğretide ileri sürülmüştür. Bkz. Halûk TANDOĞAN, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırıldılması”, İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, 1970, s. 311 (İstisna Akdi). OR Art. 363'te *Werkvertrag* yani eser sözleşmesi kavramı kullanılmıştır. Yine Alman Medeni Kanunu da (BGB) § 631 ve devamında düzenlediği eser sözleşmesi bakımından *Werkvertrag* terimini kullanmıştır. Sözleşmenin adlandırılması bakımından ‘eser’ kavramının kullanılması ve bu kavramın gerek Mecelle gerek karşılaştırmalı hukuktaki karşılıklarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1083, dn. 6.

¹¹³⁶ 818 sayılı Kanun'da yer alan *imal etme* teriminin bu nedenle 6098 sayılı Kanun'a alınmadığı zira imal etme kavramının mevcut bir eser üzerinde değişiklik yapma anlamını kapsamadığı, oysa bu hâlin de eser sözleşmesi sayıldığı ve bu nedenle TBK'da yer alan hükümde *meydana getirme* kavramının kullanıldığı yönündeki açıklamaları içeren hüküm gerekçesi için bkz. <http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-470> (Erişim Tarihi: 17/04/2024). Bu hususun 818 sayılı Kanun döneminde öğretide de eleştirildiği yönünde bkz. Yusuf BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2013, s. 28. Eski Borçlar Kanunu döneminde de eser imal etmenin yalnızca yeni bir eser ortaya çıkarmak olarak anlaşılmaması gerektiği, var olan bir eserin tamiri; tadili yahut yok edilerek yeni bir iktisadi değer yaratılmasının

başkasına tevdi eden kişiye işsahibi; eser meydana getirerek teslim etme borcunu üstlenen kişiye de yüklenici¹¹³⁷ denmektedir¹¹³⁸. Bu anlamda, sözleşmenin temel unsurları bir eserin meydana getirilmesi¹¹³⁹, buna mukabil bedelin¹¹⁴⁰ ödenmesi ve tarafların anlaşmasıdır¹¹⁴¹.

da imal anlamına geldiği yönünde bkz. **İhsan ERDOĞAN**, “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması”, SeÜHFD, C. 3, 1990, s. 136. Ayrıca bkz. **Roland HÜRLIMANN/Thomas SIEGENTHALER**, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichts des Jahres 2004, Jusletter 21 Februar 2005, s. 2 vd.

¹¹³⁷ Yüklenici ile işsahibi gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bunun yanında bir adi ortaklık da yüklenici yahut işsahibi olabilir. Bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 10.

¹¹³⁸ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1083.

¹¹³⁹ Eser sözleşmesinde objektif olarak gözlemlenebilen sonuç, sözleşmeyle amaçlanan eserin kendisidir. Fakat bu sonucun maddi bir şekilde kendisini göstermesi gerekmediği bugün öğretilde baskın olan görüştür. Buna göre maddi bir niteliği olmasa da kesin olarak vaat edilebilen, objektif olarak tespiti mümkün maddi yahut maddi olmayan sonuçlar eser sayılmaktadır. Örneğin bir gazete ilanı, bir mağaza vitrini yahut mağazanın kıyafet bölümünün düzenlenmesi gibi durumlar eser sözleşmesinin konusunu teşkil etmektedirler. Buna karşın kesin olarak vaat edilemeyen bir edimin eser sözleşmesinin konusunu teşkil etmesi mümkün değildir. Eser kavramı ve sınırları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **BÜYÜKAY**, s. 28 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1084 vd. Aksi yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Georg GAUTSCHI**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Verlag Stämpfli, 1967, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR, Rn. 1 vd. (**BernKomm/GAUTSCHI**, Werkvertrag). Eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecek çeşitli örnekler için bkz. **Ronald HÜRLIMANN/Thomas SIEGENTHALER**, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 5 Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge, Hrsg: Michael HOCHSTRASSER/Tina HUBER-PURTSCHERT/Eva MAISSEN, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023, OR 363, Rn. 2 (**CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**).

¹¹⁴⁰ Kanun’un ücret ve bedel kavramlarını beraber kullandığı yönünde bkz. **Alfred KOLLER**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Stämpfli Verlag, 1998, Art. 363, Rn. 49 (**BernKomm/KOLLER**). Yerleşik bir kavram olduğu gerekçesiyle bedel kavramı yerine ücret kavramını tercih eden görüş için bkz. **BÜYÜKAY**, s. 31. Bedelin para olarak ödenmek zorunda olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre bedelin para ile belirlenmiş olması zorunlu değildir. Bir eserin başka bir eserle değiştirilmesi de eser sözleşmesi niteliğindedir. Bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1090. Bunun karşısındaki görüş ise eser sözleşmesindeki bedelin mutlaka para ile tayin edilmesi gerektiğini aksi biçimde bir bedel tayininin sözleşmeyi isimsiz sözleşme haline getireceğini ileri sürmektedir. Bkz. **BÜYÜKAY**, s. 32; **ÖZ**, Dönme, s. 2. İvazsız yahut bedel ödmeden başka bir edim kararlaştırılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. **Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, 2024, s. 441.

¹¹⁴¹ **BÜYÜKAY**, s. 28. Bu hususlarla alâkalı ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 10 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1090 vd.

Yüklenici ve iş sahibinin temel çıkarları¹¹⁴² birbirinden farklı yönde¹¹⁴³ olsa da birinin selameti diğerine önemli derecede bağlı olduğundan, taraflar arasındaki ilişki oldukça güçlüdür¹¹⁴⁴.

B. Eser Sözleşmesinin Sürekliliği

Eser sözleşmesinde yer alan edimlerin sürekli borç doğurma niteliği bakımından değerlendirilmesi ve bir kanaate varılması, hizmet sözleşmesi kadar kolay değildir. Zira sözleşmede yer alan eser meydana getirme edimi, taraflar arasındaki ilişkiler ve sözleşmenin karakteri, çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Tüm bu çabaların nedeni pek tabii eser sözleşmesinden dönülmesi, sözleşmede temerrüde düşülmesi ve çalışmamız bakımından önem arz eden husus olarak, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâllerinin nasıl sonuçlanacağını saptanmasıdır. Zira daha önce de değindiğimiz gibi, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde ortaya çıkacak tasfiye düzeninin ne şekilde sağlanacağı, sözleşmenin zamanla olan ilişkisiyle yakından alakalıdır. Tüm bu nedenlerle, evvelâ, sözleşmenin süreklilik niteliği bakımından süregelen tartışmaları ve kanaatimizi izah edeceğiz.

¹¹⁴² Yüklenicinin eser meydana getirme borcunun karşısında işsahibinin bedel ödeme borcunun bulunması sebebiyle sözleşme tam iki tarafa borç yüklemektedir. Bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 7. Yine tam bu sebepten sözleşme ivazlı bir nitelik taşımaktadır. Fakat eser meydana getirme borcunun karşılığı olan bedelin ödeneceği noktasında tarafların anlaşmış olması şartıyla bunun miktarının belirlenmiş yahut belirlenebilir olmasına gerek yoktur. Bedelin miktarı sözleşmenin objektif esaslı unsuru değildir ve belirlenebilir şekilde tayin edilmemiş olsa dahi Kanun'un yedek hukuk kuralı olarak düzenlediği m. 481 uyarınca saptanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Cem BAYGIN**, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayınları, 1999, s. 14 vd. (İstisna Sözleşmesi); **BÜYÜKAY**, s. 35 vd.

¹¹⁴³ Bu husus, yüklenicinin yalnız bedel değil birtakım hallerde işin bizzat görülmesinde de menfaati olabileceği ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 7.

¹¹⁴⁴ **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 7.

1. Saf eser sözleşmesi bakımından

a. Ani edimli sözleşme görüşü

(i) Klasik bakış açısı

Bu görüş taraftarlarına¹¹⁴⁵ göre eser sözleşmesi ani edimlidir; çünkü edim sonucunun gerçekleşmesi, meydana getirilen edimin teslimiyle bir anda gerçekleşmektedir¹¹⁴⁶. Bu anlamda

¹¹⁴⁵ ARAL/AYRANCI, s. 442; Serkan AYAN, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, 2008, s. 46; İsmail ATAMULU, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, 2014, s. 40 (İnşaat); BernKomm/KOLLER, Art. 363, Rn. 161; BÖHRINGER/MÜLLER/MÜNCH/WALTENSPÜHL, § 11, Rn. 11.4; Vedat BUZ, “İş Sahibinin BK. m. 369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, BATİDER, C. 21, S. 2, 2001, s. 223 (Fesih); CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, OR 363, Rn. 5; EREN, Genel Hükümler, N. 301; EREN, Özel Hükümler, N. 2004; GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 9; GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 11, dn. 5; Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler -Kısa Ders Kitabı- (İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Eser, Vekalet, Kefalet), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, s. 316 (Kısa Ders Kitabı); Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 3 (Cilt II); KELLER/SCHÖBI, s. 305; KILIÇOĞLU, Özel, s. 461; Erden KUNTALP, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Sevinç Matbaası, 1968, s. 18 (Satım Akdi); Mario M. PEDRAZZINI, “Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag”, Schweizerisches Privatrecht VII/1, Hrsg: Max GUTZWILLER/Hans HINDERLING/Arthur MEIER-HAYOZ/Hans MERZ/PAUL PIOTET/Roger Secrétan/Werner von Steiger/Frank Vischer, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1977, s. 550; Öz SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 38 (İnşaat); SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; Özer SELİÇİ, İnşaat Sözleşmelerinden Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 53 (Müteahhidin Sorumluluğu); YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1093; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 477; Theodor BÜHLER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Teilband V 2d, Der Werkvertrag- Art. 363-379 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Hrsg: Peter GAUCH/Jörg Schmid, Schulthess, 1998, Art. 377, Rn. 6 (ZürcherKomm/BÜHLER). Bu hususun eser sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırdığı yönünde bkz. BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT, vor Art. 363-379, Rn. 7. Sözleşmenin kural olarak ani edimli olduğu ve sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü kuralların ancak hakkaniyet gereği uygulanabileceği yönünde bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 141 vd. Öğretide Öz, eser sözleşmelerinin kural olarak ani edimli olduğunu ve fakat bu konuda tüm eser sözleşmelerini kapsayacak külli bir görüş bildirmenin yerine olmadığını ifade etmektedir. Zira yazara göre bazı hallerde eser sözleşmesinin de sürekli borç ilişkisi teşkil etmesi mümkündür. Bkz. Öz, Dönme, s. 21. Öğretide Kurşat, eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğuna dair katı tutumunu (bkz. Zekeriya KURŞAT, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 753 vd. (İmkansızlık), konu özellikle inşaat sözleşmeleri olduğunda yumuşattığını, daha sonra kaleme aldığı bir eserinde beyan etmiştir. Bkz. Zekeriya KURŞAT, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, 2017, s. 455, dn. 115 (İnşaat). Eser sözleşmesini ani edimli kabul etmekle beraber, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme hükümlerine tabi tutulması gerektiği yönündeki fikir için bkz. DEMİRSATAN, s. 84 vd. Sözleşmeyi ani edimli kabul etmekle beraber, somut olay nezdinde, ani edimli sözleşmelere ilişkin kuralların tatbikinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda sürekli sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanabileceği yönünde bkz. BAYGIN, İstisna Sözleşmesi, s. 20, 21. İnşaat sözleşmesinin niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesi olduğu ve kural olarak ani edimli olsa da bazı yönlerden sürekli borç doğuran sözleşme benzeri olduğu yönünde bkz. Köksal KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2014, s. 54 vd.

¹¹⁴⁶ “Eser sözleşmeleri -kural olarak- ani edimli oldukları için fesih, geriye etkili sonuç doğurur. Geriye etkili feshe, sözleşmeden “dönme” denir. Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma dönlür. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK’nın 108/1. maddesine göre; sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler”. Bkz. Yargıtay 23. HD., E. 2015/9708, K. 2018/3902, T.

eser sözleşmesiyle amaçlananın, maddi yahut gayri maddi bir sonuç olması durumu değiştirmemekte ve eserin teslim şeklinin anlık olması, sözleşmeye ani edimli bir karakter katmaktadır¹¹⁴⁷. Alacaklının bu sözleşmenin ifasıyla sağlanacak olan çıkarı, bahse konu teslimle gerçekleşmektedir¹¹⁴⁸. Sözleşmedeki asli edimin yerine getirilmesiyle sözleşmenin sona ermesi arasında sıkı bir ilişki mevcuttur ve yüklenicinin de esas amacı bu teslimi gerçekleştirmek ve sözleşmeyi sona erdirmektir¹¹⁴⁹. Yoksa belirli yahut belirsiz bir zaman boyunca edimlerini sürekli olarak yerine getirmek değildir¹¹⁵⁰. Kaldı ki sözleşmede işgörme faaliyeti¹¹⁵¹ ve sonucu gerçekleştirme taahhüdü adı altında iki ayrı borç bulunmamaktadır. Eser meydana getirme ve eser sonucunun ortaya çıkması birbirinden ayrı ve bağımsız iki borç değil, aynı borcun ifasına ilişkin iki unsurdur¹¹⁵².

Yüklenici, eserin boyutu ve nitelikleri gibi nedenlerle uzun bir süre boyunca çeşitli eylemler yürütebilir. Fakat bunlar yalnızca ifaya hazırlık hareketi olarak yorumlanmalıdır¹¹⁵³. Zira bu hazırlık hareketlerinin devam ettiği süreçte bir yandan da sözleşme ifa ediliyor denmemekte ve ifa yalnızca iş sahibinin bu sözleşmeyle amaçlanan sonuca ulaşmasını sağlayacak tek bir hareketle mümkün olmaktadır. Bu sonucun gerçekleşme anına kadar yüklenicinin yaptığı işler, sözleşmede amaçlanan nihai hâlin gerçekleşmesi için giriştiği uğraşlar ve tüm faaliyetleri iş sahibini ilgilendirmemektedir¹¹⁵⁴. Yüklenicinin yerine getirmesi gereken edim yükümlülüğü,

3/7/2018. “Zira ani edimli türden olan eser sözleşmeleri kural olarak geriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır”. Yargıtay HGK., E. 2022/447, K. 2023/1136, T. 22/11/2023. “Eser sözleşmelerinde sona erme üzerine, her iki tarafında talep edebileceği tasfiyenin dayanağı, TBK’nın 125/III. maddesidir. Bu maddeye göre sözleşmeden dönme halinde taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Sözleşmenin fesih ya da dönme suretiyle sona ermesi halinde geriye etkili sonuç doğuracağı yani, sözleşme hiç yapılmamış gibi başa dönüleceğinden, taraflar sözleşme ile üstlendikleri borçlarını ifa etme yükümlülüğünden kurtulacakları gibi, daha önce ifa ettikleri edimleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceklerdir”. Yargıtay 15. HD., E. 2020/1271, K. 2021/555, T. 1/3/2021. Kararlar için bkz. Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/11/2024).

¹¹⁴⁷ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26.

¹¹⁴⁸ **GÜMÜŞ**, Cilt II, s. 3; **KARAARSLAN**, s. 40; **ÖZ**, Dönme, s. 18. Benzer yönde bkz. **ANTALYA**, Hizmet Akdi III, s. 470.

¹¹⁴⁹ **BernKomm/KOLLER**, Art. 363, Rn. 52; **KARAARSLAN**, s. 40. Bu borcun, eser sözleşmesini hizmet ve vekâletten ayırdığı yönünde bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 21.

¹¹⁵⁰ **BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT**, vor Art. 363-379, Rn. 14.

¹¹⁵¹ Sözleşmedeki işgörme faaliyetinin, bağımlı çalışma ve talimat alma özellikleri ihtiva eden hizmet sözleşmesinden farklılaştığı yönünde bkz. **BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT**, vor Art. 363-379, Rn. 11.

¹¹⁵² **ÖZ**, Dönme, s. 20. Benzer yönde bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 19.

¹¹⁵³ **KURŞAT**, İnşaat, s. 55.

¹¹⁵⁴ **ÖZ**, Dönme, s. 18. Benzer yönde bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 56. Eser sözleşmesi bakımından önemli olanın çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışmanın neticesindeki sonuç olduğu yönünde bkz. **TANDOĞAN**, İstisna

zaman içinde sürekli olarak yerine getirilen değil, yerine getirilerek sona erdirilen türdendir¹¹⁵⁵. Bu sebeple eserin meydana getirilmesi için yüklenicinin gerçekleştirdiği faaliyetlerin belli bir zaman dilimine yayılması¹¹⁵⁶ ve çoğu zaman uzun bir süre alması bu sözleşmeyi sürekli hale getirmemektedir¹¹⁵⁷. Zira eser sözleşmesinde ifa, bir sonucun sağlanmasına yöneliktir; ifa hareketleri de esasen bu sonucun sağlanması içindir¹¹⁵⁸. Bir diğer deyişle, yüklenici yalnızca çalışmayı değil, bu çalışmanın nihayetlenmesiyle ortaya çıkacak eseri de borçlanmaktadır¹¹⁵⁹. Eser tamamlanıncaya değin sözleşmenin ifa edildiğinden söz edilemez. Örneğin bir takım elbise siparişi bakımından terzinin kalıp çıkarması, sonra kumaşı kesmesi yahut ceket ve pantolonu dikme işlerini tamamlaması onun borcunu ifa ettiği anlamına gelmemektedir. İfa, takım elbisenin iş sahibine teslimiyle gerçekleşmiş olur¹¹⁶⁰.

Öğretide bu görüş bir hayli taraftar toplamıştır. Fakat bu görüş yanlıları dahi, eser sözleşmesine ilişkin birtakım hükümleri değerlendirirken, bunların sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü özelliklerden etkilendiğini beyan etmişlerdir¹¹⁶¹. Yine ifaya hazırlık fiilleri olarak isimlendirilen yüklenicinin faaliyetlerinin de ne denli önemli olduğunun altı çizilmiştir. Örneğin, öğretide bir fikre¹¹⁶² göre, eser meydana getirme faaliyeti, nitelikli biçimde gerçekleştirilen ifaya hazırlık fiillerinin ötesindedir. Bunlar, yüklenicinin asli edimi olan teslim yükümlülüğünü tamamlayan; synallagma ilişkisine dahil olmayan ve fakat edim yükümü niteliği taşımayan asli yükümlerdir¹¹⁶³.

Akdi, s. 311. Benzer şekilde sonuca yaklaşmanın değil sonucu elde etmiş olmanın önem teşkil ettiği yönünde bkz. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 150.

¹¹⁵⁵ **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 9. Benzer yönde bkz. **BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT**, vor Art. 363-379, Rn. 14.

¹¹⁵⁶ **ALTINOK ORMANCI**, s. 40.

¹¹⁵⁷ **BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT**, vor Art. 363-379, Rn. 14; **ZürcherKomm/BÜHLER**, Art. 377, Rn. 6.

¹¹⁵⁸ **ÖZ**, Dönme, s. 20.

¹¹⁵⁹ **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 19.

¹¹⁶⁰ **ÖZ**, Dönme, s. 18.

¹¹⁶¹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; **PEDRAZZINI**, s. 550, dn. 33. Aksi yöndeki görüş için bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 18. Benzer biçimde bir Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararında “*Yine eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olmasına rağmen ileriye etkili olarak feshi mümkündür*” ifadesini kullanarak eser sözleşmesi bakımından götürü biçimde ani edimli sözleşme ve buna dair sonuçlara şerh düşmüştür. Kararın tamamı için bkz. İstanbul BAM, 45. HD., E. 2021/273, K. 2021/682, T. 23/6/2021, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/11/2024).

¹¹⁶² **GÜMÜŞ**, Cilt II, s. 3. Benzer yönde bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 18.

¹¹⁶³ **GÜMÜŞ**, Cilt II, s. 3.

(ii) Sürekli eser sözleşmesi ayrımı¹¹⁶⁴

Öğretideki bir görüşe göre, eser sözleşmesi kural olarak ani edimli olsa da tüm eser sözleşmelerini kapsayacak bir sonuca varılması mümkün değildir¹¹⁶⁵. Zira bazı durumlarda sözleşmenin süreklilik arz edecek şekilde kurulması ihtimal dahilindedir. Bu gibi eser sözleşmelerine, sürekli eser sözleşmesi (*Dauerwerkvertrag*) denmektedir¹¹⁶⁶.

Sürekli eser sözleşmelerine ilişkin getirilmiş bu fikir, ilk bakışta eser sözleşmesinin niteliği bakımından ortaya çıkan görüşlerden biri olan karma görüşe benzese de temelde ondan ayrılmaktadır. Karma görüş taraftarlarına göre, eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli borç doğuran cinsten mi olduğu kategorik olarak belirlenemez. Lâkin sürekli eser sözleşmesi ayrımı yapan yazarlara göre, eser sözleşmesinin bu biçimde bir değerlendirmeye ihtiyacı yoktur zira kural olarak ani edimli olan bu sözleşmenin, sürekli borç doğurur biçimde ortaya çıktığı hâller bellidir¹¹⁶⁷. Bu nedenle sözleşmenin niteliği somut olaya göre değişmemekte, sürekli eser sözleşmesi teşkil eden hukuki ilişkiler, zaten en başından bu biçimde akdedilmektedir¹¹⁶⁸.

Sürekli eser sözleşmesi, edim sonucunun, belirli yahut belirsiz bir süre boyunca sürekli olarak yerine getirildiği sözleşmedir¹¹⁶⁹. Buna göre, taraflar arasındaki çerçeve ilişki, tekrar eden münferit sözleşmelerden oluşmakta¹¹⁷⁰ ve bu sebeple de sözleşme, ani edimli olan tipik eser sözleşmesinden ayrılmaktadır¹¹⁷¹. Zira sürekli eser sözleşmesi, devam ettiği süre boyunca

¹¹⁶⁴ Biz, çalışmamızda sürekli sözleşme terimini, sürekli borç doğuran sözleşmeyle aynı anlamda kullanmaktayız. (Benzer biçimde bkz. GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 8). Fakat öğretide yer alan ve bu başlık özelinde yapılan ayrımı, adlandırıldığı biçimde doğrudan çalışmamıza ekledik. Bu başlık dışında, *sürekli sözleşme* kavramı *sürekli borç doğuran sözleşme* anlamında kullanılmış ve bu başlıktaki kabullerden hareket edilmemiştir.

¹¹⁶⁵ ÖZ, Dönme, s. 21.

¹¹⁶⁶ BernKomm/KOLLER, Art. 363, Rn. 161; Banu DEMİR, Sürekli Eser Sözleşmeleri, Seçkin Yayınları, 2020, s. 34 vd.; GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 322; KOLLER, Werkvertragsrecht, Rn. 70; ÖZ, Dönme, s. 21. Bu hususu bakım sözleşmeleri açısından değerlendiren görüş için bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 44 vd. OR Art. 377'nin (TBK m. 484) bu sözleşmelere uygulanıp uygulanmayacağı hususunda öğretide tartışma olduğu konusunda bkz. ZürcherKomm/BÜHLER, Art. 377, Rn. 16.

¹¹⁶⁷ Karma görüş yanlılarının uygulamada esneklik olarak adlandırdıkları ve sözleşmenin ani mi yoksa sürekli mi nitelik teşkil edeceğinin belli olmadığı sistemin hukuki güvenliği sarstığı ve fakat sürekli sözleşmelerin bu ayrımı en baştan yapacak net bir ölçüt ortaya koyduğu yönünde bkz. ÖZ, Dönme, s. 21.

¹¹⁶⁸ Bu sözleşmenin sürekli olarak nitelendirilmesi, tipik eser sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabulünü sağlamayacağı yönünde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 45.

¹¹⁶⁹ BUZ, Fesih, s. 223.

¹¹⁷⁰ DEMİR, s. 34-37.

¹¹⁷¹ BernKomm/KOLLER, Art. 363, Rn. 161; GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 322.

yerine getirilmekte lâkin bu süre boyunca borçlunun hareketleri kısmi ifa olarak değerlendirilmemektedir¹¹⁷². Bu sözleşmede süreye yayılan işgörmeye borcu değil, edim sonucudur¹¹⁷³. Bu nedenle sürekli eser sözleşmelerinin atipik sözleşmeler olduğu ifade edilmektedir¹¹⁷⁴.

Bu sözleşme türüyle gündelik ve ticari hayatta sıkça karşılaşılabilmektedir. Örneğin¹¹⁷⁵, bahçedeki çimleri biçmek üzere bir bahçıvanla anlaşılması hâlinde ortada bir eser sözleşmesi vardır. Fakat bu bahçıvanla bir yıllığına anlaşılması ve düzenli olarak çimlerin biçilmesi işinin bahçıvan tarafından yükümlenilmesi durumunda artık ortada bir sürekli eser sözleşmesi vardır. Zira aradaki sözleşme artık çimlerin biçilmesi işinin ifa edilmesiyle değil, sürenin geçmesiyle sona ermektedir. Yahut bir işyerinin, çalışanlarının kullanımına sunduğu tüm otomobillerin her hafta temizlenmesi işi için oto yıkamacıyla anlaşılması hâlinde de ortada sürekli eser sözleşmesi bulunmaktadır. Benzer şekilde, bir yolun belirli bir süre boyunca bakımının yapılması; bir büronun düzenli biçimde temizlenmesi de bu sözleşmeye örnek olarak gösterilmektedir¹¹⁷⁶.

Sürekli eser sözleşmelerine örnek olarak gösterilen en tipik örnekler, eser tedarik sözleşmeleridir¹¹⁷⁷. Art arda teslimli satış sözleşmelerinden esinlenerek ifade edilen art arda teslimli eser sözleşmelerinin¹¹⁷⁸ bir görünümü olan eser tedarik sözleşmelerinde, iş sahibinin esere olan çıkarı belli dönemlerde tekrar ederek bir süreye yayılmaktadır. Örneğin, iş sağlığı ve güvenliği gerekçesiyle belli standartları haiz kıyafet ve ayakkabıyı işçilerine sağlaması zorunlu olan bir işyeri, üç aylık periyotlarda belli sayıdaki kıyafet ve ayakkabı için bir atölyeyle anlaşmış olabilir. Bu hâlde taraflar arasındaki sözleşme eser tedarikidir¹¹⁷⁹. Sözleşme

¹¹⁷² DEMİR, s. 34. Bu yönde bkz. BernKomm/KOLLER, Art. 363, Rn. 161.

¹¹⁷³ ÖZ, Dönme, s. 21.

¹¹⁷⁴ BernKomm/KOLLER, Art. 363, Rn. 163; BUZ, Fesih, s. 223; DEMİR, s. 34; GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 323; Alfred KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Dike, 2015, Rn. 6 (Werkvertragsrecht); ZürcherKomm/BÜHLER, Art. 377, Rn. 16. Bu bakımdan sürekli eser sözleşmelerinin saf eser sözleşmesi olmadığı yönünde bkz. GÜMÜŞ, Cilt II, s. 3.

¹¹⁷⁵ DEMİR, s. 34 vd.

¹¹⁷⁶ BernKomm/KOLLER, Art. 363, Rn. 161; GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 322; KOLLER, Werkvertragsrecht, Rn. 6. Çeşitli örnekler için bkz. ZürcherKomm/BÜHLER, Art. 377, Rn. 16.

¹¹⁷⁷ ÖZ, Dönme, s. 21. Tedarik sözleşmeleri örnekleri için bkz. BernKomm/KOLLER, Art. 363, Rn. 162.

¹¹⁷⁸ Serozan, art arda teslimli eser yaratma niteliği taşıyan sözleşmeleri ‘akord’ olarak adlandırmaktadır. Bkz. SEROZAN, Dönme, s. 166.

¹¹⁷⁹ Bu sözleşmeyi hizmet ve satıştan ayırmanın özel bir dikkat istediği yönünde bkz. ÖZ, Dönme, s. 22.

kapsamındaki ifa yükümlülüğü belirli aralıklarla olsa da bu aralıkların düzenli yahut düzensiz olması, bir dönem daha sık şekilde ifa edilirken bir dönem daha seyrek biçimde yerine getirilmesi mümkün olabilir. Bu örnekteki durumda, kış aylarında daha kalın giyecekler sipariş edilirken yaz aylarında daha ince kıyafetler sipariş edilebilir. Yahut üretimin yavaşladığı bir dönemde çalışma da buna mukabil azalacağı ve de işçilerin giysileri yıpratma oranı azalacağı için verilen sipariş aralığı uzayabilir.

Sürekli sözleşmeler bakımından verilen bir diğer emsal ise bakım sözleşmeleridir¹¹⁸⁰. Yine art arda teslimli eser sözleşmesinin bir görünümü olduğu ifade edilen bakım sözleşmesinde yüklenici, belirlenen bedel karşılığında belli nitelikteki malların düzgün çalışması için düzenli biçimde bakım ve onarım yapmaktadır ve bu nedenle bu hukuki ilişkinin sürekli eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸¹. Bakım sözleşmesinin konusunu bir taşınır teşkil edebileceği gibi bir taşınmazın bakımı da sözleşmeye konu olabilir. Örneğin bir holdingin, sahip olduğu tüm yazıcı, fotokopi makinesi gibi teçhizatın bakım ve onarımı için bir firmayla anlaşması hâlinde, bu bakım ve onarım işinin yapıldığı süre boyunca da eser sözleşmesi sürekli nitelik taşımaktadır¹¹⁸². Bu sözleşmeye, bakım; onarım, tedarik sözleşmesi dışında, metre başına bedel tespit edilen ve fakat yapının gidişatına göre duvar ustasının bir inşaata duvar ördüğü sözleşmeler de örnek gösterilmiştir¹¹⁸³.

b. Sürekli borç doğuran sözleşme benzeri olduğu görüşü

Eser sözleşmesinin sürekliliği bakımından yapılan bir diğer ayrım ise bu sözleşmenin sürekli borç doğuran sözleşme benzeri olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁸⁴. Sözleşmelerin salt ani edimli sözleşme yahut sürekli borç doğuran sözleşme şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmasının

¹¹⁸⁰ **BernKomm/KOLLER**, Art. 363, Rn. 163; **ALTINOK ORMANCI**, s. 43; **DEMİR**, s. 35; **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 323. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, bakım sözleşmesini sürekli eser sözleşmesi olarak nitelediği karar için bkz. **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, s. 2.

¹¹⁸¹ **DEMİR**, s. 35. Bakım sözleşmesinin geniş anlamda sürekli borç ilişkisi doğurduğunu ileri sürenler olduğu gibi (Bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 44, dn. 109'da anılan yazarlar) dar anlamda sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu savunanlar da (Bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 44, dn. 111'de anılan yazarlar) bulunmaktadır.

¹¹⁸² **DEMİR**, s. 35.

¹¹⁸³ **ÖZ**, Dönme, s. 22.

¹¹⁸⁴ **ALTINOK ORMANCI**, s. 39 vd.; **Pierre TERCIER/Pascal G. FAVRE**, Les Contrats Spéciaux, Genève-Zürich-Bâle, 2009, s. 630 vd. N. 4208 (**ALTINOK ORMANCI**, s. 42'den naklen); **Marie-Noëlle VENTURI-ZEN-RUFFINEN**, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Genève-Zürich-Bâle, 2007, s. 39 vd. (**ALTINOK ORMANCI**, s. 42'den naklen).

yerinde olmadığını savunan bu yazarlar, bu biçimdeki bir sınıflandırmanın yetersiz olduğunu ifade etmektedirler. Zira bu bakış açısı satış ve eser gibi iki sözleşmeyi ani edimli sözleşme başlığı altında toplamaktadır¹¹⁸⁵. Oysa eser sözleşmesi, satış sözleşmesi gibi ani edimli bir sözleşme değildir ve bu nedenle klasik tasnif dışında yer alan sürekli borç doğuran sözleşme benzeri bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde kural olarak tek bir edim bulunmaktadır ve fakat sözleşme, bünyesinde birçok ifaya hazırlık hareketi barındırmaktadır. Bahis konusu bu ifaya hazırlık hareketleri de uzun bir süreye yayılmaktadır. İşte bu uzun süreye yayılmış hazırlık fiilleri onu ani edimli sözleşmelerden ayırmaktadır¹¹⁸⁶. Ayrıca TBK m. 480/II’de yer alan ve eser sözleşmesinde uyarlamaya izin veren hüküm, daha çok sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü bir kurumun eser sözleşmesi bakımından da uygulanmasını sağlamaktadır¹¹⁸⁷. Ancak edimin kapsamı, ifa edileceği süreye bağlı değildir ve ifa ile sözleşme sonlanmaktadır. İfa hareketleri uzun bir süreye yayılsa da karakteristik edimin kapsamı en baştan bellidir. Uzun zaman alan husus eserin inşa sürecidir ve bu nedenle borç ilişkisi bir zamana yayılmaktadır. Bu nedenle eser sözleşmesinin dar anlamda sürekli borç doğuran sözleşme olarak kabulü mümkün değildir. Ne ani edimli ne de sürekli borç doğurur nitelikli kabul edilebilecek bu sözleşmenin, zaman faktörünün sözleşmeye etkisi de göz önüne alındığında ve diğer anılan gerekçelerle, sürekli borç doğuran sözleşme benzeri olarak nitelendirilmesi en yerinde tercih olacaktır¹¹⁸⁸.

c. Karma görüş

Eser sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından ileri sürülen bir diğer görüş, sözleşmeyi ani edimli yahut sürekli diyerek bir kalıba sokmanın uygun olmadığını savunmaktadır¹¹⁸⁹. Zira eser

¹¹⁸⁵ ALTINOK ORMANCI, s. 22.

¹¹⁸⁶ ALTINOK ORMANCI, s. 42.

¹¹⁸⁷ ALTINOK ORMANCI, s. 42.

¹¹⁸⁸ ALTINOK ORMANCI, s. 42; TERCIER/FAVRE, s. 630 vd. N. 4208 (ALTINOK ORMANCI, s. 42’den naklen).

¹¹⁸⁹ BÜYÜKAY, s. 41; Doruk GÖNEN, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 25; Damla GÜRPINAR, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, 2006, s. 19; KARAARSLAN, s. 41; İbrahim KAPLAN, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 121 (Ücret); KULAKLI, s. 40 vd.; Zarife ŞENOCAK, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, 2002, s. 8 vd. Doktrinde Serozan bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: “Bütün bu açıklamaların ışığında, sürekli-geçici

sözleşmesinde yüklenici edim sonucunun meydana gelmesi için işgörmekle borcunu yerine getirmiş sayılmaz, sözleşmede yükümlendiği sonuç mutlak surette ortaya çıkmalıdır¹¹⁹⁰. Fakat bu sonucu meydana getirmek zorunda olan yüklenicinin tek borcu, bu eseri ortaya çıkarmak değildir, aynı zamanda işgörme borcu da üstlenmiştir. Bu işgörme faaliyeti olmaksızın eserin meydana getirilmesi mümkün değildir¹¹⁹¹. Sözleşmede meydana getirilen eser kadar bu eseri meydana getirmenin *yolu ve yordamı* da önem taşımaktadır¹¹⁹².

Karma görüşe göre, özel hükümlerin yer almadığı ve eser sözleşmesinin söz konusu olduğu bir dosya bakımından hâkimin doğrudan ani edimli sözleşmelere ilişkin kuralları uygulaması yerinde değildir¹¹⁹³. Yargıç, önüne gelen somut olaydaki menfaatleri dikkate almalı ve bu çıkarlar terazisinin dengesini sağlamak için hangi nitelik uygunsa ona yönelik bir çözüm geliştirmelidir¹¹⁹⁴. Zira emek vererek bir eser inşa eden yüklenicinin bu ediminin zenginleşme değeri, sözleşmede yer alandan çok daha düşük olabilir ve bu da yüklenicinin boşa çalışması gibi bir sonucu ortaya çıkarır¹¹⁹⁵. Anılan gerekçeyle bu sözleşmelere, bazen ani edimli sözleşmelere bazen de sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü kuralların uygulanması gerekiyor olabilir¹¹⁹⁶. Bir diğer görüşe¹¹⁹⁷ göre ise teslimle birlikte iş sahibinin ifadan olan çıkarı gerçekleşmektedir ve bu yönüyle ani edimli olarak nitelendirilir. Fakat teslime kadar olan

karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliğı taşıyan eser sözleşmesinde, eseri meydana getiren emekçiyi koruyup kollamak, onun, emeğinin değerini, gerçek karşılığını tümüyle elde etmesini sağlamak üzere, alacaklının (eseri ısmarlayanın) (kural olarak) sözleşmeyi çözemeyeceğı kabul edilmek gerekir”. Bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 175, 176 vd. Öğretide *Gökyayla*’ya göre, eser sözleşmesi literatürdeki hakim görüş uyarınca ani edimlidir. Ancak mevcut ani edimli – sürekli borç doğuran sözleşme ayrımı eser sözleşmesinin niteliğine uygun değildir zira eser sözleşmesi bazı yönleri bakımından sürekli borç doğuran sözleşmelere benzemekte iken birtakım yönleri sürekli sözleşmelerle benzeşmektedir. Eserin teslimi ve ücretin ödenmesi ani edimli sözleşmelerin, eserin belli bir zaman dilimi içerisinde meydana getirilmesi ise sürekli borç doğuran sözleşmelerin özelliğini göstermektedir. Bkz. **Emre GÖKYAYLA**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 18, 19 (Eser). **Ercoskun Şenol** da benzer şekilde, sözleşmenin sürekliliğı bakımından alacaklının edimdeki menfaatinin dikkate alınması gerektiğini ve fakat eser sözleşmesindeki ifaya hazırlık hareketlerinin önemi dolayısıyla bu sözleşmelerin ani ve sürekli sözleşmelerin bir birleşimi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **H. Kübra ERCOSKUN ŞENOL**, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 33, 34 (İmkânsızlık).

¹¹⁹⁰ **ŞENOCAK**, s. 8, 9.

¹¹⁹¹ **ŞENOCAK**, s. 9.

¹¹⁹² **SEROZAN**, Dönme, s. 166.

¹¹⁹³ **BÜYÜKAY**, s. 41.

¹¹⁹⁴ Bu yönde bkz. **SUNGURBEY**, Sorunlar, s. 579, 580.

¹¹⁹⁵ **SEROZAN**, Dönme, s. 176. Bu yönde bkz. **SUNGURBEY**, Sorunlar, s. 586.

¹¹⁹⁶ **BÜYÜKAY**, s. 41.

¹¹⁹⁷ **GÜRPINAR**, s. 19.

sürenin ve bu süredeki yüklenicinin imal ediminin bir kenara bırakılması adil değildir. Sözleşmenin karakteristik edimini teşkil eden bu unsurlar salt hazırlık hareketi biçiminde nitelendirilemez¹¹⁹⁸. Bu hâlde yapılması gereken bu ikilemi bilerek somut olay adaletini sağlamaktır¹¹⁹⁹. Buna örnek olarak yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi gösterilmektedir¹²⁰⁰. İlgili durumda dönmenin *ex nunc* etkili mi yoksa *ex tunc* etkili mi olacağı, somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Eser sözleşmesinin karakterini oluşturan yüklenici faaliyetlerini edim dışında saymak ve bunları salt hazırlık hareketi olarak nitelemek, bu sözleşmenin bir işgörme sözleşmesi olmasıyla da çelişmektedir¹²⁰¹. Bir bütünün ayrı ayrı parçalarını teşkil eden edimler, zaman içerisinde peyderpey ifa edilmektedir¹²⁰². Başka bir görüş¹²⁰³ ise sözleşmede yer alan yüklenicinin teslim borcunun ani edimli olduğunu ve bu konudaki uyuşmazlıklarda ani edimli sözleşmelerin tabi olduğu kuralların uygulanması gerektiğini ve işgörme borcuyla alâkalı hususlarda ise sürekli borç doğuran sözleşmelere ilişkin kuralların tatbik edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Eser sözleşmesinin niteliği bakımından ileri sürülen karma görüşün hâkime takdir hakkı vererek somut olay adaletini sağladığını ileri sürenler olduğu gibi, bunun hukuk güvenliğini sarstığını ve eser sözleşmesinin hukuki niteliğinin en baştan belirlenmesi gerektiğini iddia edenler de bulunmaktadır¹²⁰⁴.

Karma görüş, yalnızca öğretilerdeki bu görüşlerden müteşekkil değildir. Yargıtay da inşaat sözleşmesi için bu fikirden hareket etmektedir. Bu fikirden ve bunun eser sözleşmesine yansımından önce inşaat sözleşmesinden kısaca bahsetmek gerekir. Eser sözleşmesinin uygulamada en sık rastlanan örneklerinden birini oluşturan¹²⁰⁵ inşaat sözleşmesi, yüklenicinin bir inşaat meydana getirerek iş sahibine teslim etmeyi ve bunun karşılığında da iş sahibinin

¹¹⁹⁸ ŞENOCAK, s. 9.

¹¹⁹⁹ GÜRPINAR, s. 19.

¹²⁰⁰ ÖZ, s. 19. Bkz. SEROZAN, Dönme, s. 176 vd.; SUNGURBEY, Sorunlar, s. 524 vd.

¹²⁰¹ ŞENOCAK, s. 9.

¹²⁰² BÜYÜKAY, s. 42.

¹²⁰³ KAPLAN, Ücret, s. 121.

¹²⁰⁴ ÖZ, s. 20-21.

¹²⁰⁵ ERMAN, Gelişim, s. 1.

yükleniciye bir miktar parayı ödemeyi üstlendiği, esasen tipik bir eser sözleşmesidir¹²⁰⁶. İnşaat sözleşmesinin süreklilik niteliği bakımından ise Yargıtay, farklı değerlendirmelerde bulunmakta ve *orta bir yol* olarak nitelendirilen¹²⁰⁷ görüşünü uygulamaktadır. Bu görüş inşaat sözleşmesini, ani-süreklî edim¹²⁰⁸ karmaşığı olarak nitelemektedir¹²⁰⁹. Fakat bu içtihadına giden yolda yüksek mahkeme uzun sayılabilecek bir süre zarfında, sözleşmenin niteliğine dair bir dizi karar vermiş, görüş değiştirmiş ve fikrini netleştirmemiştir¹²¹⁰. Sonu içtihadı birleştirme kararına varan bu süreçte, yüksek mahkeme sürekli borç doğuran sözleşme kabulünün bir tezahürü olarak ileriye etkili sona erme kararları¹²¹¹ vermiş ve bunu uzun bir dönem yerleşik bir içtihat olarak uygulamıştır¹²¹². Sonrasında, tam tersi yönde verilen bir karar nedeniyle¹²¹³ içtihat farkı ortaya çıkmıştır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu arasındaki içtihat farklılığı nedeniyle nihayetinde Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu,

¹²⁰⁶ **AYAN**, s. 23; **Fikret EREN**, İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları, Uygulama ve Öğretide İnşaat Hukuku, Ed: Erdem BÜYÜKSAGIŞ/Eyüp KUL, On İki Levha Yayınları, 2023, s. 3 (Genel Esaslar); **Hasan ERMAN**, Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinin Gelişimi, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştay, Der: Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 1 (Gelişim); **GÖNEN**, s. 17.

¹²⁰⁷ **Hasan ERMAN**, “Açılış Tebliği: İnşaat Hukukunun Genel Esasları”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Başak BAYSAL/Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 4 (Genel Esaslar), s. 4.

¹²⁰⁸ Kararda *geçici-süreklî edim karmaşığı* ifadesi kullanılmıştır. Bu kullanımın talihsiz olduğu yönünde bkz. **İNAL**, Gelir Paylaşımli, s. 166. Kullanılması gereken tanımlamanın “*ani edimli fakat karakteristik edimin tamamlanması bina ve gemi inşaat sözleşmelerinde zaman alacağından karşı edim (para borcu) ve karakteristik edim (inşa edimi) bölüm bölüm ifa edildiğinden sürekli sözleşmeye benzemektedir*” şeklinde olması gerektiği yönünde bir görüş de (bkz. **Salih ÇELEN**, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2021, s. 56) bulunmaktadır. Sürekli sözleşme benzeri ifadesi, sözleşmelerin sürekliliği bakımından ileri sürülen görüşlerden birini doğrudan çağrıştırdığından kanımızca karıştırılmaya müsaittir.

¹²⁰⁹ “*İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "anî edimli", sözleşmeler gurubunda mütalâa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır*”. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay İBBGK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25/1/1984, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 30/10/2024).

¹²¹⁰ Kararların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **ATAMULU**, İnşaat, s. 161 vd.

¹²¹¹ Yargıtay 15. HD., E. 1978/275, K. 1978/586, T. 21/3/1978; Yargıtay 15. HD., E. 1979/2453, K. 1980/111, T. 24/1/1980 künyeli kararların metni için bkz. **ATAMULU**, İnşaat, s. 163 vd.; **SUNGURBEY**, Sorunlar, s. 525 vd.

¹²¹² **ÖZ**, Dönme, s. 202.

¹²¹³ Bkz. Yargıtay HGK, E. 1982/356, K. 1982/817, T. 6/10/1982, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 30/10/2024).

ani-sürekli¹²¹⁴ edim karmaşığı olarak nitelendirilebilecek görüşe imza atmıştır¹²¹⁵. Yüksek mahkeme karma niteliğı, “Şayet, olayın niteliğı (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliğı (uyuşmazlığın yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliğı de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliğı ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileri de olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır” ifadeleriyle açıklamıştır¹²¹⁶. Yani somut olayın şartlarına göre bir denge sağlanmalıdır. Bu konuda getirilen kıtas ise olayın niteliğinin ileriye etkili sona ermeyi haklı göstermesidir¹²¹⁷.

¹²¹⁴ Kararda *geçici-sürekli edim karmaşığı* ifadesi kullanılmıştır. Bu kullanımın talihsiz olduğu yönünde bkz. İNAL, Gelir Paylaşımı, s. 166.

¹²¹⁵ Kararın tamamı için bkz. Yargıtay İBBGK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25/1/1984, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 30/10/2024).

¹²¹⁶ Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hasan ERMAN, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)”, İBD, C. 58, S. 1-2-3, 1984, s. 209 vd. (İçtihat); SUNGURBEY, Sorunlar, s. 589 vd.; İsmet SUNGURBEY, “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde Ismarlananın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin Ismarlayınca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/108 Çerçevesinde Çözümlenmesi Gerekeceğı, Ancak Olayın Niteliğı ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not”, Yasa Hukuk Dergisi, C. 7, S. 1, 1984, s. 781 vd. (İnşaat); TANDOĞAN, Cilt II, s. 153 vd.

¹²¹⁷ ATAMULU, İnşaat, s. 168; Emrehan İNAL, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, II. Cild, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1207 (Hukuki Çözüm). Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarında oransal bir belirleme yoluna gitmektedir. Bu yöndeki bir kararında “Sözleşmenin ileriye etkili feshi talebi hâlinde ise, yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur” ifadelerini kullanmıştır. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay HGK., E. 2017/866 K. 2021/724 T. 8/6/2021, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 31/10/2024). Öğretide İnal, Yargıtay'ın sık sık ‘%90 ve üzeri’ şeklinde bir belirleme yaparak spesifik bir oranı esas almasının, bu davalar bakımından bir ölçüt yaratıp yaratmadığı endişesini ortaya çıkardığını ileri sürmektedir. Yazara göre, sözleşmenin ileriye yahut geçmişe etkili sona ermesi bakımından mutlak bir ölçüt yahut bir tamamlanma oranı bulunmamaktadır. Yüksek mahkemenin kabul ettiği karma görüş bakımından esas kriter tamamlanma oranı değil, dürüstlük kuralıdır. Bu açıdan ‘%90 tamamlanma’ şeklindeki olgu, dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin ileriye etkili sona erdiğine bir

Görüldüğü gibi söz konusu inşaat sözleşmeleri olduğunda gerek öğreti gerek yüksek mahkeme daha farklı bir tavır sergilemekte ve sözleşmenin süreklilik niteliğini farklı değerlendirmektedir. Eser sözleşmesinin yanında ve fakat ondan ayrı biçimdeki bu tavrın özünde pek tabi inşaat sözleşmelerinin güncel ekonomideki payı, mahkemeler nezdindeki dosya yekûnu gibi sebepler etkilidir¹²¹⁸. Fakat bu da bize göstermektedir ki esasen eser sözleşmesinin hukuki niteliğine dair bir farklılaşmaya gidilmesine gerek yoktur. Daha açık bir ifadeyle, bir terzinin elbise dikmesi ile müteahhidin bina inşa etmesi bakımından farklı bir anlayışa bürünmek, esasen niteliği aynı fakat adı farklı iki hususa dair farklı sonuçlara ulaşmak demektir. Zira bir inşaatın inşası sırasındaki temel atma, kat çıkma, duvar örme gibi fiillerin, aslında bir terzinin biçki ve dikiş fiillerinden nitelik olarak farkı yoktur¹²¹⁹.

d. Sürekli borç doğuran sözleşme görüşü

Eser sözleşmesinin niteliğine dair tartışmalarda ileri sürülen ve bizim de kural olarak katıldığımız görüş, bu sözleşmenin sürekli nitelik taşıdığını beyan etmektedir¹²²⁰. Buna göre eser sözleşmesiyle yüklenici, esasen sonuca varması gereken bir süreci yönetmektedir ve bu süreçte faaliyette bulunmayı da yükümlenmektedir¹²²¹. Sözleşmedeki edimin kapsamını, ifa edileceği süreden ayırmak mümkün olmadığı¹²²² gibi, alacaklının menfaati de yalnızca eserin teslimiyle değil; bu süreç boyunca sağlanmaktadır¹²²³. Edim, bahse konu sürede artma karakteri

örnek teşkil edebilir ise de mutlak bir kural değildir. Bu nedenle ilgili hususun bir kriter teşkil ediyormuşçasına tekrar edilmesi yerinde değildir. Zira sözleşmenin tamamlanma oranı çok daha düşük olsa da dürüstlük kuralı, sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona ermesini gerektiriyor olabilir. Bkz. İNAL, Hukuki Çözüm, s. 1207-1209.

¹²¹⁸ GÖNEN, s. 24.

¹²¹⁹ Benzer bir örnek için bkz. GÖNEN, s. 24.

¹²²⁰ BernKomm/GAUTSCHI, Werkvertrag, Art. 377, Rn. 1a; ERMAN, Beklenilmeyen Haller, s. 10, 11; Hasan ERMAN, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 516 (Karar İncelemesi); ÖZYÖRÜK, s. 50 vd.; PEYER, s. 91; SUNGURBEY, Dördüncü Cild, s. 466; SUNGURBEY, İnşaat, s. 793; SUNGURBEY, Sorunlar, s. 548.

¹²²¹ Benzer yönde bkz. GÖNEN, s. 20.

¹²²² Aksi yönde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 42.

¹²²³ Yüklenicinin asli ediminin, bir yandan eseri ifa etmek, öte yandan ifa ile beraber taahhüt edilen eserin iş sahibine teslimi olduğu yönünde bkz. Tamer İNAL, “İnşaat Eseri Sözleşmesi”, BeÜHFD, C. 9, S. 17, 2023, s. 118 (İnşaat Eseri).

taşımaktadır¹²²⁴. İlgili süreç ve bu sürecin sonunda ortaya çıkan eser, birbirine bağlı ve bağımlıdır¹²²⁵.

Sözleşmenin sürekli borç doğuran yapısının tespitinde, borçlunun ifa sürecinin yadsınması mümkün değildir¹²²⁶. Sözleşmenin sürekliliğine, alacaklının perspektifi kadar sürekli edim fiilleriyle eseri yaratan borçlunun perspektifinden de bakılmalıdır. Zira eser sözleşmesinde yüklenici eserin meydana getirilme sürecinde genellikle çok uzun bir süre harcamaktadır¹²²⁷. Bu süreler özellikle inşaat sözleşmelerinde yılları almakta ve bu nedenle inşaa süreci çok uzun bir zamana yayılmaktadır. Süre doğrudan bir kıstas değilse de burada geçirilen süre, kaliteli çalışmayı gerektiren *nitelikli* bir süredir. Bu nedenledir ki bu çalışmaları, sözleşmedeki edimin dışında saymak yerinde değildir¹²²⁸. Hatta sözleşmenin kural olarak ani edimli olduğunu ifade eden *Gümüş*¹²²⁹, bu edimi “...edim sonucunun gerçekleşmesine yönelik “– nitelikli bir – ifaya hazırlık fiili” olmanın ötesinde “bir edim yükümü ve asli yüküm olarak teslim yükümünü” tamamlayan ve bu çerçevede “edim yükümü niteliği taşımayan, synallagma ilişkisine dahil olmayan bir asli yüküm” şeklinde izah etmiştir. Anılan gerekçelerle, bunlar salt hazırlık hareketleri olarak görülemez ve yüklenicinin bu anlamdaki işi de yalnızca hazırlık faaliyetleri olarak değerlendirilemez¹²³⁰. Sözleşme bedeli yalnız sözleşmesel sonuç için değil aynı zamanda sözleşmedeki faaliyetler, eserin sonuçlanması amacıyla yapılan çalışmalar için de ödenmektedir¹²³¹. Yüklenicinin eserin ortaya çıkmasını sağlayan fiilleri de edimin bir parçasını teşkil eder¹²³². Hatta denebilir ki eser sözleşmesini satış sözleşmesinden ayıran husus da burada

¹²²⁴ ÖZYÖRÜK, s. 52.

¹²²⁵ İNAL, İnşaat Eseri, s. 105.

¹²²⁶ SEROZAN, Dönme, s. 166. Benzer yönde bkz. KULAKLI, s. 39; ŞENOCAK, s. 9. Yüklenici sözleşmeyi ifa etmeye başlar başlamaz sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü birtakım sorunların ortaya çıkabileceğine dair, iptal hakkı kapsamındaki bir değerlendirme için bkz. GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 390a.

¹²²⁷ Faruk ACAR, “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, <http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>, S. 134, 2013, s. 2 (Eser).

¹²²⁸ ERMAN, Beklenilmeyen Haller, s. 10. Benzer yönde bkz. ŞENOCAK, s. 11.

¹²²⁹ GÜMÜŞ, Cilt II, s. 3.

¹²³⁰ Volker BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1969, s. 127; SEROZAN, Dönme, s. 166. Yüklenici fiillerinin basit bir ifa hareketi olmadığı yönünde bkz. ACAR, Eser, s. 2.

¹²³¹ BEUTHIEN, s. 127; ERMAN, Beklenilmeyen Haller, s. 10; SEROZAN, Dönme, s. 166. İşin ifasına dikkat çeken görüş için bkz. PEYER, s. 91.

¹²³² BEUTHIEN, s. 127; SEROZAN, Dönme, s. 166.

yatmaktadır¹²³³. Kaldı ki eser sözleşmesi, sözleşmelere dair yapılan niteliksel ayırmada işgörme sözleşmeleri içerisinde değerlendirilmektedir¹²³⁴. Bu hâlde, bir işi görmenin sözleşmenin karakterini oluşturmada esas rol oynadığını söylemek yanlış değildir. Yani sonucu meydana getirmek kadar sonuca giden yol da sözleşmenin karakteristiği için son derece önemlidir ki yüklenicinin eseri meydana getirmesi, özellikli bir işgörme yükümlülüğüdür¹²³⁵. İşin görülmesi faaliyetinin, bu faaliyet sonucunda meydana getirilen esere kıyasen daha değersiz yahut önemsiz addedilmesi, sözleşmenin fikriyatına ve temelinde yatan işin görülmesi mantığına aykırıdır.

Sözleşmede alacaklının menfaati de devamlı biçimde sağlanmaktadır. Bu noktada yüklenicinin fiillerini, satış sözleşmesindeki bir satıcının bir ay sonra teslimini borçlandığı bir ürünün tedariki için verdiği uğraşla bir görmemek gerekir¹²³⁶. Gerçekten de bir yüklenicinin bir ay içinde inşa ettiği eser ile satıcının bu sürede yaptığı piyasa araştırması aynı kategoride değerlendirilemez. Bu durum, yüksek mahkeme tarafından inşaat sözleşmeleri açısından değerlendirmeye açılrsa da esasen tüm eser sözleşmelerinde aynıdır. Konu inşaat sözleşmesi olduğunda daha kolay biçimde cevap verilen süreklilik olgusu, konu bir döpiyes dikilmesi olduğunda duraksamaya uğrayabilir. Moda evinin hazırlamakta olduğu döpiyes için giriştiği kumaş kesme, kalıp çıkarma gibi fiiller ile bir inşaatın yapımı sırasında gerçekleştirilen tuğla dizme, beton dökme, temel atma yahut kaba inşaatla ilişkin tüm hareketler ve bu işlerin herhangi bir nedenle yarım kalması hâlinde, ortaya çıkan son durum, sürekliliği her iki hâle uygulamak bakımından farklı mıdır? Zira inşaat gibi bir eser, aslında sözleşmenin karşı tarafı olan arsa sahibinin taşınmazının üzerinde inşa edilmekte ve bu da bütünleyici parça kuralı gereğince hâli hazırda taşınmazın değerinin artmasına, bu bakımdan da iş sahibinin malvarlığında bir artışa sebep olmaktadır¹²³⁷. Sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona ermesi alacaklının bu avantajlı

¹²³³ GÖNEN, s. 24.

¹²³⁴ İşgörme sözleşmelerinden farklılaştığı yönünde bkz. GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 19.

¹²³⁵ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 18; ŞENOC AK, s. 9; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 477. Yüklenicinin fiillerinin basit bir eylem kabul edilemeyeceği yönünde bkz. İNAL, İnşaat Eseri, s. 105. Karma görüşte olsa da Şenocak, sözleşmenin karakteristik ediminin işgörme faaliyeti değil, bu faaliyet sonunda eserin ortaya çıkarılması olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ŞENOC AK, s. 9.

¹²³⁶ GÖNEN, s. 24, 25.

¹²³⁷ İnşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin iş sahibinin taşınmazı üzerinde inşa ettiği yapının, TMK m. 718/II ile TMK m. 684 uyarınca kendiliğinden o taşınmazın bütünleyici parçası hâline geldiği ve sözleşmeden dönülmesi üzerine, yapılan işlerin, iş sahibinin malvarlığında bir zenginleşmeye sebep olduğu ve bunun iadesinin sebepsiz

konumunu değiştirmemektedir. Lâkin döpiyes alacaklısı bakımından da değişen bir durum esasen bulunmamaktadır. Zira bu hâlde de terzi, ileriye etkili sona eren sözleşme uyarınca imal ettiği kadarını iş sahibine teslim edip karşılığını alabilmektedir. Bu sebeple kaba inşaatın tuğlalarının dizilmesi ile döpiyesin kumaşının biçilmesi fiillerinin hukuki nitelik olarak bir farkı bulunmamaktadır¹²³⁸. İkisinde de alacaklının ifadan beklediği menfaatin gerçektelemediği söylenemez¹²³⁹.

Eser sözleşmesindeki bir diğer özellik, iş sahibi ve yüklenici arasında yoğun bir güven ilişkisinin bulunmasıdır¹²⁴⁰ ki bu husus daha önce de açıkladıęımız¹²⁴¹ üzere sürekli borç doğuran sözleşmelerde taraf ilişkilerinin en tipik özelliklerinden biridir. Taraflar arasındaki ilişkiye bu yakıştırmanın yapılmasının nedeni, alacaklının menfaatinin yüklenicinin faaliyetlerine çok sıkı biçimde bağlı olmasıdır¹²⁴². Yani sonuç bir yana süreç de büyük önem arz etmektedir. Taraflar arasındaki ilişki ve bu ilişkinin seyri, sözleşmenin yerine getirilme safhasının önemi nedeniyledir. Bu süreç, ani edimli sözleşme ilişkisini savunan yazarların ileri sürdüğü gibi mühim olmasaydı, bu hususta kanun koyucunun özel bir çabasının olmaması gerekirdi.

Eser sözleşmesinin ani edimli olduğunu ileri süren bazı yazarlar da sözleşmenin sürekli niteliğini bir tarafa bırakmamaktadır. Örneğin Öz'e göre “...*bu hükümler dar yorumlanmalı, bunlara kıyasen veya yasanın ruhuna dayanma gerekçesiyle, açık hüküm bulunmayan durumlarda ani edimli eser sözleşmelerine sürekli borç ilişkilerine özgü hükümler -büyük bir ihtiyaç olmadıkça- uygulanmamalıdır*”¹²⁴³. Yine Seliçi, “*Bu yüzden kanun koyucunun istisna*

zenginleşme kurallarınca sağlanacağı yönünde bkz. **Turgut ÖZ**, “Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 10, S. 100, 2018, 32 (Kat Karşılığı).

¹²³⁸ **GÖNEN**, s. 24.

¹²³⁹ **GÖNEN**, s. 25. Bu yönde bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 58. Alacaklının da ifa hareketlerine gerek vekâletname verme gerek kısmi pay geçirme gibi birçok fiille katıldığı ve onun yönünden de sürekli borç doğuran bir sözleşmenin varlığı yönünde bkz. **ÖZYÖRÜK**, s. 59. Bu gibi durumlarda sözleşmede öngörülen amaç doğrultusunda iş sahibine bir ekonomik değer kazandırılmış olması ihtimali için bkz. **BUZ**, Dönme, s. 217, 218.

¹²⁴⁰ **DEMİRSATAN**, s. 84; **ERMAN**, Beklenilmeyen Haller, s. 11. Güven ilişkisinin eser sözleşmesinden ziyade vekâlet sözleşmesi bakımından bir kriter olduğu yönünde bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 22.

¹²⁴¹ İlgili hususla alakalı daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, B.

¹²⁴² **ERMAN**, Beklenilmeyen Haller, s. 10-11; **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 7; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26. Benzer yönde bkz. **DEMİRSATAN**, s. 84, dn. 63.

¹²⁴³ Öz, yasa koyucunun eser sözleşmesi hükümleri içerisine sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü kurallar eklemesinin yalnızca yüklenicinin korunmaya çalışılması mânâsında olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 16-21.

sözleşmesinde, borçlunun edim filini ayrıca düzenlerken sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları göz önünde tutmuş olduğu görülmektedir”¹²⁴⁴. Gerçekten de eserin ayıplı olması hâlinde işsahibinin seçimlik haklarının düzenlendiği TBK m. 475 (eBK m. 360), kural olarak sözleşmeden dönme hakkını engellemiştir¹²⁴⁵. Benzer biçimde TBK m. 484’te yer alan kural da iş sahibine, yüklenicinin tüm zararlarını gidermek ve yapılan kısmın karşılığını ödemek koşuluyla fesih hakkı tanımaktadır¹²⁴⁶. Yine TBK m. 473, işsahibi yüzünden ifanın imkansızlığını düzenleyen TBK m. 485 (eBK m. 370), yüklenicinin ölümü yahut yeteneğini kaybetmesini düzenleyen TBK m. 486 (eBK m. 371) gibi hükümler *her nasılsa* ani edimli olduğu savunulan eser sözleşmesinde işin yapıldığı kadarıyla ifa edildiği fikrinden hareket etmektedir¹²⁴⁷. 818 sayılı eBK’da yer alan m. 356 da bu hükümlere benzer şekilde yüklenicinin işgörme faaliyetine önem atfetmekte ve yüklenicinin özen derecesi hizmet sözleşmesindeki işçinin göstermek zorunda olduğu özen derecesine gönderme yapmaktadır¹²⁴⁸. Yasa koyucu bu hükümlerle aslında, sözleşmenin süreklilik niteliğine atıfla tarafları koruma saiki gütmüştür¹²⁴⁹. Bu hâliyle hükümlerin *ex nunc* etkili sona ermeyle uyumlu olduğu görülmektedir¹²⁵⁰. Yine sözleşmenin esasen ani edimli olduğunu ileri süren *Kurşat*, sürekli borç ilişkisine özgü olabilecek bu hükümlerin, eser sözleşmesinin hazırlık aşamasının uzun sürmesi nedeniyle getirildiğini, hükümlerin varlığından sözleşmenin sürekli borç doğuran bir niteliği haiz olduğu sonucunun çıkarılamayacağını ve fakat hükümler yok gibi de davranılamayacağını ileri

¹²⁴⁴ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26.

¹²⁴⁵ KULAKLI, s. 39; SUNGURBEY, Dördüncü Cild, s. 471.

¹²⁴⁶ Hükümün amacının, genelde uzun süren sözleşmede, tarafların zaman içinde değişen menfaatlerini dikkate almak olduğu yönünde bkz. BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT, Art. 377, Rn. 1.

¹²⁴⁷ KULAKLI, s. 40 vd. Benzer yönde bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 53. Öğretide Pedrazzini, OR m. 375/II (TBK m. 482/II), m. 376 (TBK m. 483) ve m. 378’i (TBK m. 485) buna örnek göstermekte ve her ne kadar eser sözleşmesi bakımından ani edimli görüş taraftarı olsa da bu gibi hâllerde meydana çıkan iade borcunda feshin etkisinin *ex nunc* etkiye yaklaştığını ifade etmektedir. Bkz. PEDRAZZINI, s. 550, dn. 33. TBK m. 486’nın, eser sözleşmesinin ileriye etkili sona ermesini düzenlediği yönünde bkz. Vedat BUZ, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, İlhan Öztrak’a Armağan, Ed: İbrahim KAPLAN/Şafak EREL, 1994, s. 36 (Eser).

¹²⁴⁸ ŞENOCAK, s. 9. eBK m. 356/I: “Müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tâbidir”.

¹²⁴⁹ KULAKLI, s. 41; KURŞAT, İnşaat, s. 57. Bu yönde bkz. ERMAN, Karar İncelemesi, s. 517.

¹²⁵⁰ ÖZ, Dönme, s. 17, dn. 70. Öte yandan Öz’e göre bu hükümlerin varlığı sözleşmenin sürekli niteliğini işaret etmemektedir. Yazara göre bu kuralların sebebi yasa koyucunun yükleniciyi bazı durumlarda gözetme ihtiyacıyla alâkalıdır. Salt bunların varlığı sözleşmeyi ani edimli olmaktan çıkarmamaktadır. Hatta bu hükümler, yasa koyucunun sözleşmeyi ani edimli kabul ederek bazı hallerde yükleniciyi korumaya çalıştığını gösterdiğinden dar yorumlanmalı ve açık hüküm bulunmayan hallerde bunlara kıyasen, sürekli sözleşmelere özgü hükümler büyük bir ihtiyaç hasıl olmadıkça eser sözleşmesine uygulanmamalıdır. Bkz. ÖZ, Dönme, s. 18-20.

sürmektedir¹²⁵¹. Ayrıca ve önemli olarak, ilgili hükümlerle iş sahibine bu süreçte bazı yetkiler tanınması, iş sahibinin menfaatinin bu dönemde ortaya çıktığını ayrıca göstermektedir¹²⁵².

Yargıtay'ın bilhassa inşaat sözleşmeleri nezdinde kabul ettiği karma görüş ve *ex nunc* etkili sona erme olgusu, esasen sözleşme adaletini gerçekleştirmeyi arzulamasındandır. Daha açık bir ifadeyle yüksek mahkeme, gerek taraflar arasındaki ilişki gerek edimlerin niteliği gereği *ex tunc* etkili bir sona ermenin adaleti sağlamadığının farkındadır. Bu sebeple aslında hukuki olarak kabul edilemez sonuç nedeniyle, sözleşmenin süreklilik niteliğinin neden mühim olduğu anlaşılmış ve ezbere bir kabulün yarattığı adaletsiz durum giderilmeye çalışılmıştır.

Bu noktada bazı eser sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesinin esere olan etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, bir döpiyesin dikilmesi, bir binanın inşası, bir oda takımının yapılması sözleşmeleri bakımından hükümsüzlüğün ileri sürülmesi ve sonuçlarının *ex nunc* etkili olarak ortaya çıkması hâlinde, az veya çok ortaya bir eser çıkmış olur. Bu durum, iş sahibinin sözleşmeden olan menfaatinin sağlanmasının yanında, açıktır ki ona bir fayda sağlamaktadır. Bir diğer deyişle, sözleşmede öngörülen amaç doğrultusunda iş sahibine bir ekonomik değer kazandırılmış olmaktadır¹²⁵³. Edimin ekonomik bir değer kazandırıp kazandırmadığının tespiti bakımından bir görüş, TBK m. 486'dan (eBK m. 371)¹²⁵⁴ yola çıkmakta ve ilgili edimin üçüncü bir kimseye tamamlatılması ölçütünden faydalanılabileceğini dile getirmektedir¹²⁵⁵. Buna göre, üçüncü bir kişiye tamamlatılabilmenin¹²⁵⁶ mümkün olması hâlinde, ekonomik bir kazandırmadan söz etmek mümkün olmaktadır¹²⁵⁷. Fakat öyle bazı hâller vardır ki iş sahibinin ekonomik bir değer

¹²⁵¹ KURŞAT, İnşaat, s. 57.

¹²⁵² KURŞAT, İnşaat, s. 58.

¹²⁵³ BUZ, Dönme, s. 217, 218. İnşaat sözleşmeleri bakımından verilen bir örnekte, sözleşmenin sürekli mi yoksa ani edimli mi olduğunun, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, inşaatın tamamlanan bölümünün kısmi ifa olarak kabul edilip edilemeyeceği bakımından önem teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Bkz. KOCAAĞA, s. 56.

¹²⁵⁴ TBK m. 486 uyarınca, iş sahibi bakımından kullanılabilir bir eserin, üçüncü bir kişiye tamamlatılabilen bir eser olduğu yönünde bkz. BUZ, Eser, s. 37. Benzer yönde bkz. PEDRAZZINI, s. 551.

¹²⁵⁵ Bu görüşe, sözleşmeden dönme hâlinde, yerine getirilmiş maddi varlığı olmayan edimlerin iadesi açısından yapılan açıklamalarda yer verilmiştir. Bkz. BUZ, Dönme, s. 216-218. Benzer yönde bkz. ÖZ, Dönme, s. 221.

¹²⁵⁶ Eserin tamamlanma oranı kavramı bakımından ayrıca bkz. ACAR, Eser, s. 3 vd.

¹²⁵⁷ “Çünkü anılan içtihadın gerekçesinde açıklandığı üzere; inşaat sözleşmeleri emek ve masrafa dayanan uzun bir zaman sürecine yayılmış olduğundan sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara tabidir. Burada müteahhidin kusurlarının varlığı kısmi ifasının karşılığını almasına engel olmayıp, ancak iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamında etkili olabilir. Yukardan beri açıklanan somut olayın bu akışı içinde özellikle davalı yüklenicilerin işi bitirmek için gösterdikleri çaba, ilk sözleşmeye göre edimlerinin tamamına yakın

kazandığı tam manasıyla söylenemez. Örneğin bir heykeltraşa sipariş edilen heykel inşa etme işinin hükümsüzlük sebebiyle sona ermesi hâlinde, yarım kalan işi üçüncü bir kişinin tamamlaması, işin doğası gereği mümkün değildir. Yahut yalnızca yüklenicisinin sahip olduğu bir teknoloji ile inşa edilen, dünya üzerinde bir başkası tarafından meydana getirilemeyen ve bu nedenle üçüncü bir kişinin devam etme olanağı bulunmayan bir eserin inşası hâlinde de aynı durum bulunmaktadır. Bu iki hâlde de eserlerin mevcut hâliyle kullanılması yahut üçüncü bir kişiye tamamlatılması imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle iş sahibine ekonomik bir kazandırma sağladıklarından söz etmek de mümkün değildir. Bu gibi bir hâlde genel kuraldan ayrılıp bir istisnanın varlığını kabul etmek ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarının geçmişe etkili biçimde tesir ettiğini söylemek gerekebilir. Fakat bu gibi nadir rastlanır bir durum, sürekliliğin genel kural olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bir diğer anlatımla, sözleşmenin sürekliliği bakımından bir değişiklik gündeme gelmemekte, hükümsüzlüğün etki ettiği an birtakım gerekçelerle farklılaşmaktadır. Bu nedenle denebilir ki kural sürekliliktir ve fakat ilgili şekildeki gibi bir ihtimalin varlığı durumunda dürüstlük kuralı gereği *ex tunc* etki gündeme gelmelidir¹²⁵⁸. Ancak geleceğe etkili sona erme, asli ilkedir. Bu sebeple kanaatimizce, karma görüşte olduğu gibi somut olay bakımından bir inceleme yapılmasına gerek

bölümünü ikmal etmiş olmaları, ek sözleşme ile kararlaştırılan ve imar değişikliğine dayanan ilave iki katın göz önünde bulundurulması halinde dahi tümü itibarıyla işin % 65'inin ikmal edildiği gözetilerek işin ortaya çıkan bu özelliği ve kapsamı bakımından kısmi ifalarının karşılığı olmak üzere sözleşmelerinde öngörülen bağımsız bölümler oranlanarak hangilerine ve ne kadarına hak kazandıklarının belirlenmesi suretiyle feshin ileriye etkili (ex nunc) şeklinde kabulüne karar verilmesi gerekir". Kararın tamamı için bkz. Yargıtay HGK., E. 1987/15-509 K. 1988/48 T. 27/1/1988, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 7/12/2024).

¹²⁵⁸ Öğretide Erman, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri için benzer bir sonuca varmıştır. Yazar, Yargıtay'ın, geçici-süreklî karmaşığı görüşü karşısında, bu sözleşmelerin kural olarak süreklî borç doğurur niteliği haiz olduğunu ifade etmiş ve fakat istisnai hâllerde sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkabileceğini ifade etmiştir. Yazar ayrıca, "Her ne kadar YİBBGK kararında bu hususlara değinilmiş ve BK 106 uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin özelliği ve niteliği gereği MK. 2'deki dürüstlük kuralının göz önünde tutularak bazı istisnai hâllerde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermiş sayılması gerektiği belirtilmişse de, kararda bu tür sözleşmelerin süreklî borç ilişkisi doğurduğunun ve bu sözleşmelerde feshin kural olarak ileriye etkili sonuç doğuracağını kesin bir biçimde gösterilmemesi kanımızca büyük bir eksiklik" diyerek esas kuralın sözleşmenin sürekliliği olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **ERMAN**, İçtihat, s. 212-216. Öğretide Kurşat ise, esasen ani edimli kabul ettiği eser sözleşmesine, inşaat sözleşmeleri söz konusu olduğunda benzer bir istisna tanımakta ve görüşümüzün tam tersi yönde ve fakat aynı doğrultuda bir fikir ileri sürmektedir. Buna göre, "Dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacak değerlendirme ile teslim henüz gerçekleşmemiş olsa bile yüklenicinin yapmış olduğu işlere yönelik, duruma göre süreklî borç ilişkisine yakın bir değerlendirme yapılabilir. Fakat bu yapılırken, eser sözleşmesi hükümlerinin temelde ani edimli bir sözleşme çatısı öngördüğü, alacaklının temel menfaatinin gerçekten de teslim olduğu gerçekleri göz ardı edilmemeli ve adeta bir süreklî borç ilişkisi sonucuna yol açılmamalıdır. Bunun önüne geçmek için süreklî borç ilişkisini çağrıştıracak yorumlara istisnaen ve aksi uygulamanın hakkaniyete aykırı olacağının açık olduğu hâllerde başvurulması doğru olacaktır". Bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 58, 59.

bulunmamakta ve kuralın ileriye etkili sona erme olduğu ve ancak istisnai hâllerde geçmişe etkili sona ermenin gündeme gelebileceği kabul edilmelidir.

2. İnşaat sözleşmesinin bazı türleri bakımından

a. Genel olarak

İnşaat sözleşmeleri¹²⁵⁹ kural olarak saf eser sözleşmeleridir¹²⁶⁰. İnşaat sözleşmesi bakımından bu tespit yapılabilirse de inşaat sözleşmesi çatısı altındaki bazı sözleşmelerin hukuki niteliği bu biçimde doğrudan tespit edilememektedir. Örneğın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin tipik birer eser sözleşmesi oldukları söylenemez¹²⁶¹. Bu nedenle bahse konu sözleşmelerdeki edimlerin sürekliliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir¹²⁶². İlgili gerekçeyle, öncelikle bu sözleşmelerin özelliklerine değinilecek ve devamında, süreklilik nitelikleri izah edilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, bir yanda eser sözleşmesi niteliği taşıırken diğerk yanda bir taşınmazın devrini konu edindiği ve bu nedenle karma bir sözleşme özelliği taşıdığı ifade edilmektedir¹²⁶³. Yine bir inşaat sözleşmesi olan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin de hukuki niteliğine ilişkin birçok ihtimal değerlendirilmiştir. Özetle, sözleşmenin inşaat meydana getirme unsuru bakımından eser; bağımsız bölümlerin satışının taahhüdü bakımından satış ve tarafların satıştan bir gelir kazanmaya yönelik ortak menfaati bakımından da adi ortaklık

¹²⁵⁹ Sözleşme nitelemesinin hukuki olmadığı ve fakat terminolojide yerleşik hâle geldiği yönünde bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 209. Benzer yönde bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 4.

¹²⁶⁰ **AYAN**, s. 39; **EREN**, Genel Esaslar, s. 3; **ERMAN**, Gelişim, s. 1; **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 205; **GÖNEN**, s. 17; **KOCAAĞA**, s. 25. İnşaat sözleşmelerini eser sözleşmelerinden ayıran görüş için bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 4. İnşaat sözleşmelerinin eser sözleşmesinin alt türü olmakla beraber isimsiz bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **İNAL**, İnşaat Eseri, s. 90 vd.

¹²⁶¹ **EREN**, Genel Esaslar, s. 3. “*Böylece inşaat sözleşmeleri, yükleniciden yana, sürekli sözleşmelere özgü bir rejime bağılı tutulmuştur*”. Bkz. **SEROZAN**, Özel Bölüm, s. 92.

¹²⁶² Bunun en bariz örneği tipik eser sözleşmesinin ani edimli olduğunu savunan bazı yazarların konu kat karşılığı inşaat sözleşmesi olduğuanda götürü biçimde ani edimli sözleşme nitelemesi yapmamaları ve bu sözleşmenin sürekli sözleşme özellikleri de taşıdığını belirtmeleridir. Bu yönde bkz. **ATAMULU**, İnşaat, s. 40.

¹²⁶³ **AYAN**, s. 39; **ERMAN**, İçtihat, s. 211; **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 4; **Bilal KARTAL**, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I)”, Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 1-2, Ocak-Nisan 1983, s. 111 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1174, 1175; **Semih YÜNLÜ**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, 2015, s. 909.

sözleşmesine gönderme yapılmaktadır¹²⁶⁴. Bu nedenlerle karma sözleşme niteliği taşıdığı ileri sürülmektedir¹²⁶⁵.

b. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi

Piyasa ihtiyacı ve ekonomik gerekçelerle farklı görünümlere bürünmüş ve birçok şekilde adlandırılan inşaat sözleşmelerinden biri de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir¹²⁶⁶. Bu sözleşme, yüklenicinin eser olarak arsa üzerine bir inşaat yapmayı ve bu inşaatın belirli bağımsız bölümlerinin teslimini ve buna karşılık iş yahut arsa sahibinin de arsa paylarının bir bölümünü yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür¹²⁶⁷.

Sözleşmenin ani edimli olduğunu ileri süren yazarlara¹²⁶⁸ göre tıpkı saf eser sözleşmesinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de alacaklının menfaati inşaatın

¹²⁶⁴ ÇELEN, s. 48; Umut YENİOCAK, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 40.

¹²⁶⁵ ÇELEN, s. 47; İNAL, Gelir Paylaşımı, s. 193; YENİOCAK, s. 41. Bir karma sözleşmeye uygulanacak kurallar bakımından öğretide birçok fikir ileri sürülmüştür. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. KUNTALP, Karma Sözleşme, s. 227 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt I, s. 33 vd. Bu görüşler içerisinde bugün öğretilde en çok kabul görenin kıyas görüşü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. AYAN, s. 40; ERMAN, İnşaat Sözleşmesi, s. 6, 7; KURŞAT, İnşaat, s. 16. Özellikle çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurları bünyesinde barındıran bu sözleşmelere uygulanacak kurallar bakımından, somut olay; taraf iradeleri ve güven ilkesi doğrultusunda incelenerek dolaylı biçimde kıyasa başvurulmasının, en başta düşünmeden yapılacak bir tercihe göre çok daha fazla menfaat durumuna uygun ve esnek bir tercih olduğu yönünde bkz. SEROZAN, Özel Bölüm, s. 96, 97.

¹²⁶⁶ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, taşınmaz satışı ve kat inşası sözleşmesi, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gibi ifadeler, bu sözleşmeyi adlandırmak için kullanılmaktadır. Bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1169. ‘Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesi’ biçimindeki kullanım için bkz. KARTAL, s. 96 vd.

¹²⁶⁷ EREN, Genel Esaslar, s. 5; ERMAN, İnşaat Sözleşmesi, s. 1; İNAL, Hukuki Çözüm, s. 1202; Suat SARI, ‘‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi’’, İÜHFM, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 276 (Şerh); SEÇER, İnşaat, s. 5. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin genelde üç yöntemden biriyle akdedildiği ileri sürülmektedir. Buna göre ilk yöntem, arsa veya arsa paylarının en baştan yükleniciye devredilmesi ve arsa sahibi lehine ipotek hakkı tesis edilmesidir. İkinci yöntemde, arsa payları, inşaatın sözleşmede kararlaştırılan aşamaya ulaşması akabinde kısım kısım devredilmekte ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılabilmesi için yükleniciye temsil yetkisi verilmektedir. Üçüncü yöntemde ise yükleniciye en baştan yahut sözleşmenin devamında bir devir yapılmamaktadır. Bu hâlde iş sahibi, yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerin devrini ve yüklenici de bağımsız bölümleri inşa ederek teslim etmeyi taahhüt etmekte ve yüklenicinin borcunu ifa etmesi üzerine iş sahibi de payların devrini gerçekleştirmektedir. Bkz. Emrehan İNAL, ‘‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi’’ İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Başak BAYSAL/Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 372, 373 (Arsa Payı). Benzer yönde bkz. SEÇER, İnşaat, s. 16.

¹²⁶⁸ AKKAYAN YILDIRIM, s. 61 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 795; EREN, Genel Esaslar, s. 11; Zafer KAHRAMAN, ‘‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu’’, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan,

teslimiyle¹²⁶⁹ gerçekleşmektedir. Sözleşmenin akdedilmesi ile teslime kadarki zaman aralığının, sözleşmenin ifasıyla doğrudan bir ilişkisi yoktur. Bunlar ancak dolaylı olarak faydalı eylemlerdir. Bir sürenin geçmesiyle ve bu eylemlerle, alacaklının menfaati artmadığı gibi bunlar kısmi ifa boyutuna da ulaşmamaktadır¹²⁷⁰; zira iş sahibinin menfaati bir zamana yayılarak değil bir anda gerçekleşmektedir¹²⁷¹. Borçlunun bu türden faaliyetleri, kendi ediminin ifasını mümkün hâle getirmek bakımındandır¹²⁷².

Sözleşmenin sürekli borç doğuran bir nitelik teşkil ettiği fikrindeki ve bizim de katıldığımız yazarlar¹²⁷³ ise yüklenicinin inşaatın inşasına yönelik fiillerinin salt hazırlık hareketi olarak nitelendirilmesini uygun bulmamaktadır¹²⁷⁴. Yine bazı eser sözleşmelerinin niteliği hususundaki çekincenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından bulunmadığını ve sözleşmenin sürekli borç doğuran niteliğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁷⁵. Özellikle bu görüşe göre, edimler bölümler hâlinde bir sürece yayılmış olarak ifa edilmekte ve nihayetinde bütünlük arz eden anlamlı bir sonuç meydana getirmektedir. Sözleşmenin karşımıza çıkma biçimleri, ya inşaat tamamlanmadan önce yapılan kısma karşılık gelecek şekilde arsa sahibinin yükleniciye bağımsız bölümleri devretmesi ya da en başta külli biçimde devredilen arsaya karşılık kurulan ipoteğin inşaatın yapılan bölümlerine karşılık kaldırılmasıdır¹²⁷⁶. Bu hâller incelendiğinde görülecektir ki sözleşmenin bütününi teşkil eden edimler bir zaman dilimi içerisinde peyderpey yerine getirilmekte ve nihai sonucun ortaya çıkmasına hizmet etmektedir¹²⁷⁷. Ayrıca, sözleşmenin devamı sırasında, özen ve sadakat

Der Yayınları, 2015, s. 432 (Arsa Payı); **KURŞAT**, İmkansızlık, 753; **SEÇER**, İnşaat, s. 85; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 53; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1176. Benzer yönde bkz. **KOLLER**, Werkvertragsrecht, Rn. 91. Sözleşmenin kural olarak ani edimli olmakla birlikte bazı özel hâllerde sürekli sözleşmelere ilişkin kurallar ihtiva edebileceği yönünde bkz. **SEÇER**, İnşaat, s. 87.

¹²⁶⁹ **AKKAYAN YILDIRIM**, s. 61; **EREN**, Genel Esaslar, s. 11.

¹²⁷⁰ **SEÇER**, İnşaat, s. 78.

¹²⁷¹ Görüşlere dair ayrıntılar için bkz. **ERMAN**, Genel Esaslar, s. 4.

¹²⁷² **AKKAYAN YILDIRIM**, s. 61, 62.

¹²⁷³ **ERMAN**, Beklenilmeyen Haller, s. 10, 11; **ERMAN**, İçtihat, s. 212; **ERMAN**, Karar İncelemesi, s. 516, 517; **KAHRAMAN**, İnşaat, s. 38; **KARTAL**, s. 111. Bu yönde bkz. **BernKomm/GAUTSCHI**, Werkvertrag, Art. 377, Rn. 1a.

¹²⁷⁴ **ERMAN**, Gelişim, s. 4. Bu yönde bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 176.

¹²⁷⁵ **KARTAL**, s. 111.

¹²⁷⁶ **İNAL**, Arsa Payı, s. 372, 373; **SEÇER**, İnşaat, s. 16.

¹²⁷⁷ **KARTAL**, s. 111; **YÜNLÜ**, s. 912.

borçlarının sürekli biçimde yerine getirilmesi ve arsanın da devamlı olarak inşaatla elverişli bırakılması gerekmektedir¹²⁷⁸.

Bu tartışmaların arasında ise yukarıda¹²⁷⁹ açıkladığımız ve Yargıtay'ın, sözleşmeyi ani – sürekli edim karmaşığı olarak nitelediği görüşü bulunmaktadır¹²⁸⁰. Yüksek mahkeme, saf inşaat sözleşmesinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından da bahse konu içtihadı birleştirme kararına kadar birtakım değişik kararlara imza atmıştır. Şüphesiz ki inşaat sözleşmesine dair bir kabul, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini de etkilemektedir¹²⁸¹. Fakat mahkeme, doğrudan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ele alındığı bir kararında¹²⁸², bu sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme mi yoksa ani edimli bir sözleşme mi olduğunun tespit edilemediği bir sonuca dahi ulaşmıştır¹²⁸³. Sonrasında ise ani edimli sözleşme fikrinden hareket eden bir hüküm kurmuştur¹²⁸⁴. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu

¹²⁷⁸ YÜNLÜ, s. 912.

¹²⁷⁹ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 1, c.

¹²⁸⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı sonrasında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli mi yoksa sürekli borç doğuran bir sözleşme mi olduğu tartışmasının büyük oranda önemini yitirdiğine dair bkz. İNAL, Hukuki Çözüm, s. 1206.

¹²⁸¹ Kararda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından bir açıklık olmamakla birlikte, karardaki sonucun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından; yüklenicinin, meydana getirdiği inşaatla orantılı olarak arsa payı alması gerektiği yönünde olması gerektiği hakkında bkz. İNAL, Gelir Paylaşımı, s. 168.

¹²⁸² Yargıtay 15. HD., E. 1979/1709, K. 1979/2437, T. 30.11.1979 künyeli kararında yüksek mahkeme ne ani edimli sözleşme ne de sürekli borç doğuran sözleşme görüşüne uyan bir karara imza atmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaat meydana getirme borcunun karşılığı olan bedel, bilindiği gibi bağımsız bölümdür. Yapıdaki eksikliğin karşılığı olarak bedelde bir indirim uygulanması hâlinde bunun bağımsız bölüm nezdinde yapılması gerekir. Bu kararda ise mahkeme, ödenecek tutarın belirlenmesine ilişkin *ex nunc* etkili bir sonuca ulaşırken arsa payı yerine para verilmesi gerektiğini ifade ederek *ex tunc* etkili bir tavır sergilemiş ve nihayetinde iki görüşü de ne tam olarak benimseyen ne de tam olarak dışlayan bir karara hükmetmiştir. Bkz. ÖZ, Dönme, s. 201.

¹²⁸³ ATAMULU, İnşaat, s. 164.

¹²⁸⁴ “Eser sözleşmesinin belirleyici ögesi bir işin görülmesi değil, bir iş sonucunun meydana getirilmesi olduğu için bu sözleşme, İş - hizmet sözleşmesinden farklı olarak, sürekli sözleşme niteliğinde sayılmamakla birlikte, sürekli edim eylemleri ile eseri yaratacak borçlu açısından bakıldığında, çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü kuralların göz önünde tutulması gerekir (Serozan - age - 171 - 173, 184) (İsmet Sungurbey -Medeni Hukuk Sorunları- C. 4 -İstanbul 1980- sayfa 466, 471, 473) (Özer Seliçi -İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu- İstanbul 1978, sayfa 77, 78). Bu görüşten hareketle, özel daire bozma kararında açıklandığı gibi eser sözleşmelerinde, iş sahibinin, eski hale getirmeyi amaçlayan dönme hakkını kullanamayacağı, bunun sonucu olarak yalnızca nedensiz zenginleşme değerini ödeyerek sözleşmeden kurtulamayacağı ve bu nedenle de BK.nun 360. maddesinin, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi durumuna kıyas yoluyla da uygulanarak eser hangi oranda tamamlanmışsa sözleşmeyle kararlaştırılan ücretinin de aynı oranda ve aynen ödenmesi gerektiği bir kısım yazarlarca ileri sürülmüş ve özel dairece sürekli olarak uygulanmıştır (Sungurbey -Medeni Hukuk Sorunları Cilt 4, sayfa 466 vd.) (M.R. Karahasan -İnşaat, İmar- İhale Hukuku- Ankara 1979- sayfa 209) (Serozan -Sözleşmeden Dönme- 184- 185) (Özer Seliçi -Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Dönme, Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi Doçentlik Tezi- İstanbul 1977, sayfa 26) (Yargıtay 15. HD.'nin 21.3.1978 gün 275/586; 8.4.1977 gün, 470/837; 27.3.1978 gün 637/645 sayılı kararları).

arasındaki bu içtihat farklılığı nedeniyle nihayetinde Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, yukarıda bahsettiğimiz ve ani – sürekli edim karmaşığı olarak nitelendirilebilecek görüşe imza atmıştır. Karara göre süreklilik niteliğı bakımından somut olayın şartlarına göre bir denge sağlanmalıdır¹²⁸⁵. Bu konuda getirilen kıstas ise olayın niteliğinin ileriye etkili sona ermeyi haklı göstermesidir¹²⁸⁶.

... Görülüyor ki yasa hükmü, sözleşmeye aykırı olarak işi geciktiren ya da tamamlamayan yüklenicinin iş sahibinin dönme bildirimine kadar yaptığı kısımla orantılı bir ücret (kar) alamamasını öngörmektedir. Bu itibarla teslim zamanının geçmesine karşın borcun yerine getirilmemesi halinde yapılan uyarı ve ayrıca verilen uygun önel sonunda da eser tamamlanmamış ise ve borçlu da bu gecikmede kusuru bulunmadığını kanıtlayamamışsa, yaptığı kısım için orantılı bir pay ve kar alamamasında adalete aykırı bir yön yoktur.

... Fesih bildiriminin yalnızca ileriye mi etkili olacağı, yoksa geçmişı de kapsar biçimde dönme niteliğinde mi olması gerektiğı, her somut olayın özelliğine bakılarak saptanırken, fesih sonucu ortaya çıkacak durumları da gözden uzak tutmamak gerekir. İş kusuru ile yarıda terk eden ya da sürüncemede bırakan yükleniciye, yaptığı kısımla orantılı bir pay verilmesi halinde, yüklenici taşınmazın paydaşı olacaktır ki, bu durumda yarım kalan işlerin kim tarafından nasıl tamamlanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kat Mülkiyeti Yasasına göre ana taşınmazın tamamı bitirilmeden kat mülkiyeti kurulamayacağından ve iskan izni alınamayacağından iş sahibinin yalnız kendisine kalacak daireleri bir başkasına yaptırması mümkün değildir. Sözleşmeye göre yükleniciye kalacak bağımsız bölümleri de yaptırmak zorunda kalacak olan iş sahibini, peşinen böyle bir külfete katlanmak zorunda bırakmak, adil bir çözüm olmayacaktır. Bu harcamalarını, daha sonra yükleniciye tazmin ettirmesi ve gecikme tazminatı alması olanağı ise, haksızlığı giderecek bir neden değildir. İş kusuru ile yarıda bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı karını almış, hem de işin bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından yararlanmış olacaktır. Ayrıca kusurlu yükleniciye böyle bir olanağın tanınması, işin karlı kısımlarını yapıp, istediğı zaman eseri yarıda bırakmak gibi kendi kusurundan yararlanmak olanağı da doğurur”. Bkz. Yargıtay HGK., E. 1982/15-356, K. 1982/817, T. 6/10/1982, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 31/10/2024).

¹²⁸⁵ Benzer yönde bkz. **ERMAN**, Gelişim, s. 3; **ERMAN**, Genel Esaslar, s. 5.

¹²⁸⁶ **ATAMULU**, İnşaat, s. 168. Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarında oransal bir belirleme yoluna gitmektedir. Bu yöndeki bir kararında “Sözleşmenin ileriye etkili feshi talebi hâlinde ise, yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur” ifadelerini kullanmıştır. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay HGK., E. 2017/866 K. 2021/724 T. 8/6/2021, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 31/10/2024). Öğretide *İnal*, Yargıtay’ın sık sık ‘%90 ve üzeri’ şeklinde bir belirleme yaparak spesifik bir oranı esas almasının, bu davalar bakımından bir ölçüt yaratıp yaratmadığı endişesini ortaya çıkardığını ileri sürmektedir. Yazara göre, sözleşmenin ileriye yahut geçmişe etkili sona ermesi bakımından mutlak bir ölçüt yahut bir tamamlanma oranı bulunmamaktadır. Yüksek mahkemenin kabul ettiği karma görüş bakımından esas kriter tamamlanma oranı değil, dürüstlük kuralıdır. Bu açıdan ‘%90 tamamlanma’ şeklindeki olgu, dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin ileriye etkili sona erdiğine bir örnek teşkil edebilir ise de mutlak bir kural değildir. Bu nedenle ilgili hususun bir kriter teşkil ediyormuşçasına tekrar edilmesi yerinde değildir. Zira sözleşmenin tamamlanma oranı çok daha düşük olsa da dürüstlük kuralı, sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona ermesini gerektiriyor olabilir. Bkz. **İNAL**, Hukuki Çözüm, s. 1207-1209.

Yargıtay'ın son içtihadıyla¹²⁸⁷ uyumlu olarak *karma* görüşü savunan yazarlara¹²⁸⁸ göre yüklenicinin fiilleri edim yükü dışında tutularak yalnızca hazırlık faaliyeti olarak nitelendirilemez¹²⁸⁹. Özellikle havalimanı, köprü ve yol gibi uzunca bir süre devam eden sözleşmelerin yapım aşamaları düşünüldüğünde¹²⁹⁰ bu görüş daha da netleşmektedir. Bu süreçte gerçekleştirilen ifanın hazırlık hareketi sayılması hakkaniyete aykırı olduğu gibi, bunu daima edimin parçası saymak da uygunsuz addedilebilir¹²⁹¹. Sürekli borç doğuran sözleşme görüşünde ileri sürülen argümana benzer biçimde karma görüşü savunan yazarlar da bilhassa yüklenicinin edimini yerine getirdikçe iş sahibinin arsa paylarını devretmesini yahut en başta arsa devri karşılığında kurulan ipoteğin kısım kısım fekkedilmesini buna delil göstermektedirler¹²⁹².

c. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi

İnşaat sözleşmesi türlerinden olan gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi¹²⁹³, yüklenicinin bağımsız bölümler inşa etmesi neticesinde, bunların satışından elde edilen gelirin, arsa sahibi ve

¹²⁸⁷ Bu içtihadın aksine olacak şekilde nispeten yeni tarihli bir kararında Yargıtay, “*Bu sona erme arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, kural olarak ani edimli olması nedeniyle, geriye etkili olacağından, arsa sahibi bedel olarak verdiği tapu paylarını, tapu iptâli ve tescili davası açmak suretiyle isteyebilecektir*” ifadelerini kullanmıştır. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2020/1271, K. 2021/555, T. 1/3/2021. Benzer yönde bkz. Yargıtay 23. HD., E. 2015/7655 K. 2018/3429 T. 30.5.2018. Kararlar için bkz. Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/11/2024).

¹²⁸⁸ ALTINKAN, s. 55, 56; ATAMULU, İnşaat, s. 173; YÜNLÜ, s. 917 vd. Öğretide Erman, önceleri sözleşmenin sürekli borç doğuran niteliğini savunurken Yargıtay İBBGK kararı sonrasında sözleşmenin karma yapıda olduğu görüşünü desteklemektedir. Bkz. ERMAN, İnşaat Sözleşmesi, s. 8, 9. Bu görüşün hukuki niteliğe yönelik bir açıklama ihtiva etmekten ziyade ilerlemiş inşaat sözleşmelerinde feshin meydana gelebileceği yönünde bir sonuç ortaya koyduğu ve esasa etki eden bir neticeye varmadığı yönünde bkz. SEÇER, İnşaat, s. 85. Sözleşmenin, arsa sahibinin arsa paylarının devri borcu açısından ani edimli ve yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim borcu bakımından ise sürekli bir niteliği haiz olduğu yönünde bkz. ATAMULU, İnşaat, s. 173.

¹²⁸⁹ GÜRPINAR, s. 19.

¹²⁹⁰ EREN, Genel Esaslar, s. 12.

¹²⁹¹ ALTINKAN, s. 53.

¹²⁹² ERMAN, İnşaat Sözleşmesi, s. 8, 9; YÜNLÜ, s. 912.

¹²⁹³ Sözleşme, gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi; hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesi, arsa satışı karşılığı inşaat sözleşmesi, satış vaadi karşılığı hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesi gibi isimlerle anılmaktadır. Bkz. İNAL, Gelir Paylaşımli, s. 142; YENİOCAK, s. 25; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1204.

yüklenici arasında paylaşılmasını konu edinmektedir¹²⁹⁴. Bu sözleşme de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi piyasa ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹²⁹⁵.

Sözleşmenin karma niteliği ve inşaat sözleşmesinin bir türü olması, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin süreklilik niteliği bakımından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine benzer bir değerlendirme yapılması gerektiği fikrine sebep olabilir¹²⁹⁶. Fakat sözleşme, inşaat yapılması ve devrinin yanında aslında bu bağımsız bölümlerin devrinin pazarlanması şeklinde bir işgörme edimini de içermekte¹²⁹⁷ ve bu edim sözleşmeye önemli bir renk vermektedir¹²⁹⁸.

Bizim de katıldığımız görüşe¹²⁹⁹ göre sözleşme sürekli borç doğurma nitelini haizdir. Özellikle yüklenici, sözleşmenin kurulmasından itibaren tanıtım ve pazarlama işlerini yerine getirmeli ve bölümlerin satışı için gerekli sistemi kurmalıdır. Tarafların bu çabası öğretide de sözleşmenin adi ortaklık ilişkisi kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesine neden olmuştur¹³⁰⁰. Bu tartışmalar ve sonuçları bir kenara bırakıldığında dahi, sürekli bir amaç unsuru etrafında bir araya gelen kimselerin varlığından söz etmek yanlış olmayacaktır. Bu anlamda, sözleşmenin bağımsız bölüm meydana getirme ve bunların pazarlanması gibi süreklilik arz eden fiilleri kapsadığı, hem de taraf ilişkilerinin çok daha girift olduğunun altının çizilmesi gerekir.

Bir başka görüşe¹³⁰¹ göre ise sözleşme ani ve sürekli sözleşme karmaşığdır. Lâkin bu görüşteki *İnal*, esasen sözleşmenin sürekli borç doğurur bir nitelik taşımaya daha yakın olduğunu, zira

¹²⁹⁴ İNAL, Gelir Paylaşımlı, s. 149; Emrehan İNAL, “Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları”, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, Der: Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 72 (Genel Esaslar); Emrehan İNAL, “Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, 2015, s. 380 (Nitelik). Alternatif tanımlar için bkz. ÇELEN, s. 31 vd.; YENİOCAK, s. 25; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1207.

¹²⁹⁵ Sözleşmenin faydaları ve amacı bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. İNAL, Gelir Paylaşımlı, s. 144 vd. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çeşitleri için bkz. İNAL, Genel Esaslar, s. 73 vd.

¹²⁹⁶ Sözleşmeyi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir görünümü olarak kabul eden görüşün isabetsiz olduğu yönünde bkz. İNAL, Nitelik, s. 388.

¹²⁹⁷ İNAL, Gelir Paylaşımlı, s. 168. Sözleşmenin hukuki niteliği konusunda birçok ihtimal öğretide değerlendirilmiştir. Fakat her gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi bakımından ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği ve bu hususta külli bir görüş ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. İNAL, Nitelik, s. 384.

¹²⁹⁸ Sözleşmeyi adi ortaklık olarak niteleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, T. 24/04/2013, E. 2012/13-798, K. 2013/568 künyeli kararı ve bunun eleştirisi için bkz. İNAL, Nitelik, s. 390 vd. Yargıtay’ın aksi yöndeki kararları ve açıklamalar için bkz. KURŞAT, İnşaat, s. 10 vd.

¹²⁹⁹ YENİOCAK, s. 49 vd.

¹³⁰⁰ İlgili değerlendirmeler için bkz. ÇELEN, s. 34 vd.; İNAL, Gelir Paylaşımlı, s. 180 vd.

¹³⁰¹ İNAL, Gelir Paylaşımlı, s. 166 vd.; İNAL, Genel Esaslar, s. 75 vd. *Sürekli edimli sözleşme benzeri* ifadesi kullanmakla beraber aslında sürekli – ani edimli karmaşığ fikrini benimseyen görüş için bkz. ÇELEN, s. 57.

bilhassa gelir paylaşımına dayalı bir birlikteliğin adi ortaklık niteliğine çok yaklaştığını ve fakat prensip olarak karma nitelikli kabul etmenin daha yerinde olduğunu ileri sürmektedir¹³⁰². Bu sonuca, çok az kısmı tamamlanmış, bazı bağımsız bölümlerinin satışının yapılmış olduğu bir gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin, özellikle yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sona ermesi durumunu örnek vererek ulaşmaktadır. Buna göre, sözleşmenin sürekli kabul edilmesi, sona ermenin *ex nunc* etkili olmasına neden olacak ve bu hâldeki bir uyuşmazlıkta yüklenici elde edilmiş gelirden pay alacaktır. Bu nedenle, ilgili husus reddedilmeli ve sözleşmenin geçmişe etkili biçimde sona erdiği kabul edilmelidir. Fakat bu durumda dahi, özellikle bağımsız bölümlerin satışı bakımından, sözleşmenin adi ortaklık niteliğinin tartışılmasına neden olan bir husus vardır ki bu da tarafların gelir elde etme hedefinin *ortak bir amaç* teşkil edebileceği fikridir¹³⁰³. Hâl böyle iken sözleşmenin kural olarak sürekli borç doğuran niteliği haiz olduğunun altının çizilmesi gerekir. Fakat bilhassa yüklenicinin kusurlu olarak temerrüde düştüğü ve gelir elde etmek amacıyla bağımsız bölümlerin satışını yaparak inşaatın çok az bir kısmını tamamladığı ihtimalde, sözleşmenin ileriye etkili sona ermesine yönelik talebi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşabilir¹³⁰⁴. Fakat biz, karma görüşün kabul ettiği gibi her somut olay bakımından bir değerlendirme yapılması yerine; ana kuralın süreklilik olduğunun ve yalnızca istisnai hâllerde geçmişe etkili sonuçlar doğuran sona ermenin tatbik edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, yukarıda eser sözleşmesinin süreklilik niteliği bakımından ifade ettiğimiz ana kural ve istisnası, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi açısından da geçerlidir.

C. Hükümsüzlüğün Görünüm Biçimleri

Daha önceki bölümde de ifade edildiği üzere, hükümsüzlük çeşitleri çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Şüphesiz eser sözleşmesi için de durum böyledir. Bu başlık altında eser sözleşmesi denince karşımıza en çok çıkan geçersizlik hâlleri ve bunların ayrıntıları açıklanacaktır.

¹³⁰² İNAL, Gelir Paylaşımlı, s. 169, 170.

¹³⁰³ İNAL, Gelir Paylaşımlı, s. 186 vd.

¹³⁰⁴ Benzer yönde bkz. YENİOCAK, s. 55.

1. Kesin hükümsüzlükte

a. Kesin hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri

(i) Şekil kuralının ihlali

Eser sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir¹³⁰⁵. Fakat klasik eser sözleşmesi dışında birçok görünümde eser sözleşmesi yahut eser sözleşmesiyle bağlantılı sözleşme vardır ve bunlar kanunen şekle tabi kılınmıştır. Yasal olarak şekil şartı öngörülmüş olan bu gibi sözleşmelerin hangi şekil şartına tabi oldukları ve buna aykırılığın sonuçları çok çeşitli tartışmalara sahne olmaktadır. Bu hususlar incelenmeden önce hangi eser sözleşmelerinde şekil şartı öngörüldüğünü incelemek gerekmektedir.

(1) Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'na tabi sözleşmeler

Şekil şartı öngörülen eser sözleşmesi örneklerinden ilkin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda¹³⁰⁶ (DİK) ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda¹³⁰⁷ (KİK) düzenlenmiş olanlar oluşturmaktadır¹³⁰⁸. Bu kanunlarda yer alan özelliklere geçmeden önce bir adım geriye gitmek ve bu kanunlara tabi eser sözleşmelerinin özel hukuk niteliğine kısaca değinmek gerekir. Zira idarenin taraf olduğu sözleşmeler söz konusudur ve akla bu sözleşmelerin kamu hukuku niteliği gelebilir. Fakat bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğu kabul edilmektedir¹³⁰⁹. Zira, örneğin, 4735¹³¹⁰ sayılı Kanun m. 4/III uyarınca, taraflar eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir ve bu düzenleme nedeniyledir ki idarenin üstünlüğü yerine tarafların eşitliğinin esas alındığı ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu hususu açıklık kazanmıştır¹³¹¹. Fakat yine idarenin sözleşen taraflardan birini oluşturması nedeniyle, bu tür sözleşmelerin iki aşamalı olduğu ve

¹³⁰⁵ BÜYÜKAY, s. 51; GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 406; KOLLER, Werkvertragsrecht, Rn. 91.

¹³⁰⁶ RG, S. 18161, T. 10/9/1983.

¹³⁰⁷ RG, S. 24648, T. 22/1/2002.

¹³⁰⁸ Vedat BUZ, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, 2007, s. 227 vd. (Kamu İhale Sözleşmeleri); BÜYÜKAY, s. 51 vd.; KURŞAT, İnşaat, s. 23 vd.

¹³⁰⁹ BUZ, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 68 vd.; BÜYÜKAY, s. 51; GÖKYAYLA, Eser, s. 20.

¹³¹⁰ RG, S. 24648, T. 22/1/2002. 4735 sayılı Kanun m. 1: “Bu Kanunun amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir”.

¹³¹¹ BUZ, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 69.

sözleşme yapılınca kadar olan ihalenin yapılması ve sonuçlandırılması aşamasının idare hukukuna ve sözleşmenin akdedilmesinin ise özel hukuka tabi olduğu ifade edilmektedir¹³¹². Böylece bu sözleşmenin şekli başta olmak üzere tüm geçerlilik şartları ve bu sözleşmeden kaynaklanan tüm sorunlar borçlar hukuku kurallarınca çözümlenmelidir¹³¹³.

Taraflar arasında imzalanacak sözleşmeye dair DİK m. 57¹³¹⁴ bir kural getirmiş ve sözleşmenin noterlikçe tescil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Burada belirtilen şekil bir geçerlilik şeklidir ve fakat sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesini zorunlu kılmamakta, onaylama biçiminde yapılmasına cevaz vermektedir¹³¹⁵. Bunun yanında KİK m. 46¹³¹⁶ bakımından ise yazılı şekil şartı yeterli görülmüş ve ihale dokümanında aksi belirtilmiş olmadıkça sözleşmenin¹³¹⁷ notere tescili ve onaylatılmasının gerekli olmadığı hüküm altına alınmıştır¹³¹⁸.

Yargıtay kararlarında bu şeklin geçerlilik şekli olarak anlaşılmasına neden olabilecek birtakım ifadeler bulunmakta, kanunda öngörülen şeklin ispat mı yoksa geçerlilik şekli¹³¹⁹ mi olduğu yönünde bir tartışmanın ise gereksiz olduğu öğretilde ileri sürülmektedir¹³²⁰. Zira idarenin kabul beyanını, tarafların karşılıklı olduğu bir ortamda yazılı olarak açıklamasının gerekli olduğu bir sistemde, bu tartışmanın mânâsı bulunmamaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki bu sözleşmelerde

¹³¹² Bu sözleşmelerin dahil olduğu hukuki rejim bakımından kamu hukuku teorisi, özel hukuk teorisi, ayrılabilir işlem teorisi ve nihayet yukarıda açıkladığımız iki aşama teorisi ileri sürülmüştür. Teoriler hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. **BUZ**, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 74 vd. Bu sözleşmelere sırayla, ihale sözleşmesi; teknik şartname, 2886 sayılı Kanun, TBK eser sözleşmesi ve nihayetinde TBK genel hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. **KAPLAN**, Ücret, s. 120.

¹³¹³ **BUZ**, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 84, 85.

¹³¹⁴ DİK m. 57/I: “Sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır”.

¹³¹⁵ **BÜYÜKAY**, s. 52; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1092.

¹³¹⁶ KİK m. 46/I: “Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir”.

¹³¹⁷ Kanunda, taraflar arasında imzalanacak sözleşmenin, uygulamada birliğin sağlanması amacıyla Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanmış bir tip sözleşme olacağı düzenlenmiştir. Bkz. **Efrail AYDEMİR**, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 228.

¹³¹⁸ **BÜYÜKAY**, s. 52. Noter onayı ve tescilin idarenin onayına bırakıldığı yönünde bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 24.

¹³¹⁹ Bu yönde bkz. **GÖKYAYLA**, Eser, s. 16; **KAPLAN**, Ücret, s. 123.

¹³²⁰ **BUZ**, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 228, 229.

yapılacak değişiklikler de şekle tabidir¹³²¹. Fakat sözleşme sürecinin ihaleyle yürütülüyor olması nedeniyle taraflar, istedikleri şekilde değişiklik yaparak ihale yapılmasının amacına aykırı bir sonucun doğmasına neden olamazlar¹³²².

(2) İnşaat sözleşmeleri

Klasik mânâdaki inşaat sözleşmesi, esasen eser sözleşmesidir. Bu nedenle inşaat sözleşmesi de kural olarak şekle tabi değildir¹³²³. Fakat inşaat sözleşmesinin türleri bakımından durum farklıdır.

Taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından TMK m. 706 ve TBK m. 237 hükümleri, bu devrin amaçlandığı sözleşmenin geçerliliğinin resmi şekil şartına tabi olduğunu düzenleme altına almaktadır. Yine 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60 ve m. 89 uyarınca, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri noterlerde yapılabilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, daha önce de ifade ettiğimiz gibi¹³²⁴, eser ve taşınmaz satışının birlikte yer aldığı karma bir sözleşmedir. Mevzuatta, taşınmaz devrini bünyesinde barındıran bu sözleşme açısından şekil koşuluna uyulmamasını öngören özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹³²⁵. Bu nedenle sözleşme, anılan hükümler gereği resmi şekil şartına riayet edilerek akdedilmelidir¹³²⁶. Resmi şekil şartını sağlayacak olan makam ise 2644 sayılı Tapu Kanunu (TK) m. 26 gereğince tapu sicil müdürlükleridir¹³²⁷. Ancak 7413 sayılı Kanun ile Noterlik Kanunu'na eklenen m. 61/A

¹³²¹ KURŞAT, İnşaat, s. 20.

¹³²² KURŞAT, İnşaat, s. 20, 21.

¹³²³ GÖNEN, s. 25 vd.; KURŞAT, İnşaat, s. 20.

¹³²⁴ Açıklamalar için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, a.

¹³²⁵ KURŞAT, İnşaat, s. 20; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1181.

¹³²⁶ ERMAN, İnşaat Sözleşmesi, s. 15; GÖKYAYLA, Eser, s. 15; Safa REİSOĞLU, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar” BATİDER, C. 24, S. 2, 2007, s. 9, 10 (İnşaat); SEÇER, İnşaat, s. 38; Nezih SÜTÇÜ, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt-1, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, 2018, s. 89, 90; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1181; YÜNLÜ, s. 909, 910. “Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır (TMK madde 706). Resmi şekilde yapılmayan gayrimenkul satış sözleşmeleri geçersiz olup, taraflar arasında hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de ileride taşınmaz mülkiyetinin tapuda devrini yapmayı taahhüt eden bir ön sözleşmedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri de resmi senet şeklinde düzenlenmesi ve noter huzurunda iki tarafça imzalanması suretiyle geçerlilik kazanır (TBK madde 29, Noterlik K. madde 60/3, md.89)”. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 6. HD., E. 2023/327, K. 2024/486, T. 5/2/2024, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 8/11/2024).

¹³²⁷ SEÇER, İnşaat, s. 38, 39. Uygulamada neredeyse yok denecek kadar sayıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapu müdürlükleri nezdinde akdedilmektedir. Zira tapu müdürlüklerinin uygulamada kullandığı sistemler nedeniyle borç sözleşmesinin hemen ardından tescil işlemi gerçekleştirilmektedir. Bu da yüklenicinin

düzenlemesi gereğince¹³²⁸, noterler de taşınmaz satışı sözleşmesi yapmak bakımından yetkili hâle gelmiştir. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi niteliğinde de kurulabilmektedir ki bu durumda da NK m. 60 ve m. 89 gereği noterlerin, ilgili sözleşmenin kurulması açısından yetkili olduğu kabul edilmektedir¹³²⁹. Sözleşme karma yapılı olduğundan, bahse konu şekil şartının, inşaat yapma borcu da dahil olmak üzere, sözleşmenin tamamı bakımından gerekli olduğu¹³³⁰, zira arsa payının devrine ilişkin borcun; eser inşa etmeye de sirayet ettiği ifade edilmektedir¹³³¹.

Uygulamada, özellikle yüklenicilerin daha bilgili olması ve bazı durumlarda sözleşmenin geçerlilik şekline aykırı yapılmasını sağlayarak, sonrasında, kendilerinden ifa talep edildiğinde şekle aykırılık iddialarında bulunmaları gündeme gelmektedir. Adi yazılı şekilde yapılan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açıktır ki şekil şartına aykırıdır. Fakat noterde yapılmış olmasına rağmen de şekle aykırılık gündeme gelebilmektedir. Zira sözleşmenin noter tarafından düzenleme¹³³² şeklinde yapılması gerekir, onaylama biçiminde¹³³³ yapılması,

henüz ifaya hazırlık hareketlerine bile başlamadığı bir noktada arsa sahibinin taşınmazını devretmesini gerektirdiğinden son derece olumsuz sonuçlar yaratmaya muktedirdir. Bkz. **SARI**, Şerh, s. 279, 280.

¹³²⁸ 23/6/2022 tarihli 7413 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren NK m. 61/A hükmünün ilk fıkrası şöyledir: “*Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir*”.

¹³²⁹ **KURŞAT**, İnşaat, s. 21; **SEÇER**, İnşaat, s. 39.

¹³³⁰ **AYAN**, s. 33; **SEROZAN**, Özel Bölüm, s. 91; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1181. Aksi yönde bkz. **ERMAN**, İçtihat, s. 212. Öğretide *Koller*, bu durumda taşınmazın devrine ilişkin kısım bakımından şekil şartına uyulması gerekli ise de eser sözleşmesi bakımından böyle bir zorunluluk bulunmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca, resmi şekle tabi sözleşmenin, kural olarak şekle uyulmadan akdedilebilecek sözleşmeye atıf yapıp yapmaması noktasında ise tartışma bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıntılar için bkz. **KOLLER**, Werkvertragsrecht, Rn. 91.

¹³³¹ **ATAMULU**, İnşaat, s. 43; **SÜTÇÜ**, s. 90. Şekil şartının sözleşmenin esaslı noktalarını kapsadığı ve ortada farklı bir sözleşme de olmadığı için, inşaatın yapılması edimi bakımından da şekil şartı bulunduğu yönünde bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 21. Aksi yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2015/2798, K. 2015/6055, T. 30/11/2015; Yargıtay 15. HD, E. 2015/6313, K. 2015/2417, T. 21/4/2016. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 16/12/2024).

¹³³² 15/10/2019 tarihli ve 34 sayılı Genelge ile yayımlanan yazıda: “*Bu konuda, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 20.12.1978 gün, 1978/2023 esas, 2443 sayılı kararında “kat karşılığı inşaat sözleşmesi istisna ve satış vaadi sözleşmelerini kapsayan karma bir akit olduğundan geçerliliği gayrimenkul satış vaadi açısından re’sen (düzenleme) tanzim edilmiş noter senedinin varlığını icap ettirmektedir. Noterin imza tasdiki suretiyle yapacağı işlem, akdi geçersiz kılacağı gibi, akde bağlı cezai şartı da geçersiz kılar” denilmektedir. Bu nedenle, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin Yargıtay kararına uygun olarak düzenleme biçiminde yapılması gerektiğinden, bu yönde işlem yapmayan noterlerin, hukuki sorumluluk fonundan yararlanmaları mümkün bulunmamaktadır*” ifadeleri yer almaktadır. Bkz.

<https://portal.tnb.org.tr/Lists/BirlestirilmisGenelgelerListesi/Attachments/35/Birlestirilmis%20Genelge%2034.pdf>, s. 2 (Erişim Tarihi: 8/11/2024).

¹³³³ “*Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna*

geçersizliğine neden olmaktadır¹³³⁴. Yine de *Erman*, tarafların kendi arasında akdettikleri sözleşmenin her sayfasının noterce okunarak kendilerince uygun bulunduğunun belirlenmesi ve noter damgası ile taraf ve tanıkların imzasının alınması hâlinde, artık resmi şekle uyulduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³³⁵. Bunların yanında resmi şekilde akdedilmiş sözleşmenin değiştirilmesinin de bu biçimde yapılması gerektiğinin altının çizilmesi gerekir¹³³⁶.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin şekli bakımından ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi bir kanıya doğrudan varmak mümkün değildir. Kanaatimizce de isabetli olan bir görüşe göre, bu sözleşmede arsa sahibinin taşınmaz satış vaadi edimi dikkate alınmalı ve tüm sözleşmeye bu unsura ilişkin şekil şartı uygulanmalı, yani sözleşmenin resmi şekil şartına tabi olduğu kabul edilmelidir¹³³⁷. Zira paylaşıma konu olacak gelir, üçüncü kişilere yapılacak bağımsız bölüm satışından elde edilmekte ve bu da esasen arsa sahibinin sözleşmeyle yükümlendiği bu husustaki satış vaadinden kaynaklanmaktadır¹³³⁸. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yer alan bu ön sözleşme, esasen bu sözleşmenin tarafları olan arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilmektedir. Fakat, ileride akdedilecek olan asıl sözleşmenin taraflarının bunlar olmasına gerek olmadığı, asıl sözleşmenin; ön sözleşmenin taraflarından biri ile üçüncü kişi arasında kurulabileceği ifade edilmektedir¹³³⁹. Bu husus da üçüncü kişi yararına

uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanunun 634 ncü maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213 ncü maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re'sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir". Kararın tamamı için bkz. Yargıtay İBGK., E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30/9/1988, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 8/11/2024).

"Noterde düzenleme şeklinde yapılması gereken sözleşme, noterde yapılmakla birlikte kanunun aradığı şekle uygun olmaksızın onaylama şeklinde yapılmışsa bu sözleşme de geçerli olmayacaktır". Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 3. HD., E. 2021/2699, K. 2022/773, T. 15/2/2022, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 8/11/2024).

¹³³⁴ **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 17; **SEÇER**, İnşaat, s. 39, 40.

¹³³⁵ **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 17.

¹³³⁶ **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 17.

¹³³⁷ **ÇELEN**, s. 88.; **YENİOCAK**, s. 60.

¹³³⁸ **ÇELEN**, s. 81 vd.

¹³³⁹ **ÇELEN**, s. 87. Asıl sözleşmenin esasen ön sözleşme tarafları arasında akdedileceği ve fakat ön sözleşme taraflarından birinin, asıl sözleşmeyi üçüncü bir kişiyle akdedeceğini ön sözleşmede taahhüt etmesinin de mümkün olduğu yönünde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 1078.

taşınmaz satış vaadi olarak nitelendirilmektedir¹³⁴⁰. Aksi yöndeki görüş¹³⁴¹ ise gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin kural olarak¹³⁴² herhangi bir şekil şartına tabi olmadığını beyan etmektedir. Bunun gerekçesi¹³⁴³ ise ön sözleşmenin asıl sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi gerekliliğidir. Ancak gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, üçüncü kişilere yapılacak satıştan elde edilecek gelirin paylaşılması gibi soyut ve genel biçimde kaleme alınabilir ki bu da ön sözleşmenin, ileride akdedilecek asıl satış sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermemesi sonucunu doğurur¹³⁴⁴. Şekil şartının varlığını savunan görüş¹³⁴⁵ ise inşa edilecek bağımsız bölümlerin, bunların alıcılarının ve bedellerinin gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi akdedilirken belli olmadığını ve fakat zaten bunların belirlenebilir olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir. Bu fikre göre, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi

¹³⁴⁰ ÇELEN, s. 87.

¹³⁴¹ İNAL, Gelir Paylaşımli, s. 210 vd. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi bakımından genel bir tespitin zor olduğu, sözleşmenin unsurları arasında şekil şartı ihtiva eden bir edimin bulunması hâlinde bir şekil şartından bahsedilebileceği yönünde bkz. KURŞAT, İnşaat, s. 23.

¹³⁴² Her ne kadar kural bu olsa da aynı paylaşım esası yahut asgari gelir taahhüdü taşıyan gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri resmi şekle tabidir. Fakat söz konusu aynı paylaşım esasının bulunduğu sözleşmeler bakımından, sözleşmenin tamamının resmi şekilde yapılması gerekir. Oysa asgari gelir taahhüdü içeren sözleşmeler açısından, yalnızca koşula bağlı satış vaaadinin (bileşik sözleşme olması hasebiyle) resmi şekilde akdedilmesi gerekmektedir. Zira bu satış vaadi, sözleşmenin geri kalan edimleri ile bir karşılıklı ilişkisi içerisinde değildir. Bkz. İNAL, Gelir Paylaşımli, s. 219-222. Aksi yönde bkz. ÇELEN, s. 94.

¹³⁴³ İNAL, Gelir Paylaşımli, s. 212.

¹³⁴⁴ Öğretide İnal, birçok gerekçe ile sözleşmenin resmi şekle tabi olmadığını ileri sürmüştür. Çalışmamız özelinde yukarıda ileri sürülen gerekçenin dışında yazar öncelikle resmi şekil kuralının *ratio legis*'inin buna müsaait olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca sözleşmenin adi ortaklık unsuru taşıması da şekil kuralı olduğu anlamına gelmemektedir zira adi ortaklık sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir. Yine yüklenicinin inşa edeceği bağımsız bölümleri pazarlama borcu, taşınmaz simsarının maddi fiillerine benzerlik taşısa da yüklenici için külfet değil borç olan bu hususun simsarlık sözleşmesinin bir unsuru olduğu ileri sürülemeyeceğinden burada adi yazılı şeklin olduğu da iddia edilemeyecektir. Son olarak bağımsız bölümlerin satışı için yükleniciye temsil yetkisi verilmesi nedeniyle şekil şartının akla gelebileceği ve fakat Türk hukukundaki çoğunluk görüşü yahut temsil yetkisi verme taahhüdü biçiminde bir borcun mevcut olamayacağı görüşü nedeniyle, yine gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin bir şekle tabi olmayacağını ifade etmektedir. Bu unsurlara dair ayrıntılı bilgi için bkz. İNAL, Gelir Paylaşımli, s. 210-222.

¹³⁴⁵ ÇELEN, s. 90 vd. Öte yandan taraflarını kamu kurum ve kuruluşlarının oluşturduğu gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinin resmi şekle tabi olmadığı çeşitli hükümlerde ifade edilmiştir. Buna göre KİK m. 46 uyarınca “Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir”. Benzer şekilde 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu m. 6 ek fıkra uyarınca “Başkanlık tarafından yapılan taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan gayrimenkul satış sözleşmeleri ile gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinde resmi şekil şartı aranmaz”. Başkanlık ile kastedilen TOKİ Başkanlığıdır. Bkz. ÇELEN, s. 91, 92.

unsurları bakımından bir ön sözleşme olduğunun ve bu yönden de şekil şartına tabi olduğunun kabulü gerekmektedir¹³⁴⁶.

(ii) İnşaat sözleşmeleri bakımından imar mevzuatına aykırılık

(1) Genel olarak

İnşaat sözleşmelerinin taraflar arasında akdi bir ilişki kurmasının yanında topluma ve dolayısıyla kamu hukukuna yansıyan görünümüleri bulunmaktadır. Toplumsal düzenin sağlanması, inşa edilen yapıların belirli standartları taşımasını; kişilerin haklarının korunmasını gerektirir. Bunun dışında devlet, egemenliği altındaki toprak parçasının kullanımını denetlemek için çeşitli mekanizmalar geliştirmiştir. Tüm bu hususlar nedeniyle ki inşaat sözleşmeleri özel hukuka dair sınırlamaları güçlendiren bazı kamu hukuku karakterli sınırlamalarla desteklenmektedir. Bunun en önemli görünümünden biri 3194 sayılı İmar Kanunu (İK)¹³⁴⁷ olmakla birlikte¹³⁴⁸ birçok çeşitli kanun imar mevzuatına yön vermektedir¹³⁴⁹. İmar Kanunu uyarınca yapılan imar planlarına aykırı olacak şekilde, belli alanlarda yapı inşa etmek yasak olduğu gibi, inşa edilmesi mümkün olan yerlerde de bazı kurallara uymak zorunludur¹³⁵⁰. Fakat yapı inşa etmenin çok daha ötesinde bazı taşınmazlar bakımından doğrudan özel mülkiyet yasaklanmıştır. Örneğin ormanlar¹³⁵¹ ve kıyılar¹³⁵² bakımından anayasal bir koruma tesis

¹³⁴⁶ Üçüncü kişi yararına taşınmaz satış vaadi sözleşmesindeki üçüncü kişinin doğmuş olmasına ve tüzel kişi ise kurulmuş olmasına gerek yoktur. Yine bağımsız bölümler ve bedelleri de aslında sözleşme kurulurken belirlenebilir niteliktedir zira gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi kurulurken düzenlenen mimari proje, inşaatta kullanılacak tüm ürünlerin metrekare ve adetleri ile kalitelerinin belirlendiği mahal listeleri ve maliyet hesaplarında, bağımsız bölümlerin tüm ayrıntıları ve yine işin en başında tapu sicili nezdinde kurulan kat irtifaklarında da bağımsız bölümlerin yer, bedel ve büyüklükleri kayıt altına alınmaktadır. Tüm bu hususlar göstermektedir ki akdedilen gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde tüm esaslı unsurlar belirlenebilir ve hatta yer yer belirli niteliktedir ki esas olan da belirlenebilir niteliği haiz olan bir ön sözleşmenin varlığıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELEN, s. 89 vd.

¹³⁴⁷ RG, S. 18749, T. 3/5/1985.

¹³⁴⁸ İK m. 3: “Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz”.

¹³⁴⁹ İmar mevzuatının başta İK olmak ve bununla sınırlı olmamak üzere 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 775 sayılı Gecekondu Kanunu gibi kanunlar ve bunlara bağlı çıkartılmış çeşitli yönetmeliklerden müteşekkil bir bütün olduğu yönünde bkz. İlker Hasan DUMAN, İnşaat Hukuku, 13. Baskı, 2024, s. 346.

¹³⁵⁰ Turgut ÖZ, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 25 (Mevzuat).

¹³⁵¹ Anayasa m. 169/II: “Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz”.

¹³⁵² Anayasa m. 43/I: “Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır”.

edilmiş olup buraların özel mülkiyete konu olması kural olarak mümkün değildir¹³⁵³. Yine TMK m. 715¹³⁵⁴ de özel mülkiyete tabi olması imkân dahilinde olmayan taşınmazlar bakımından bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye göre de kamu mallarının tasnifinde sahipsiz mallar olarak nitelendirilen alanlar özel mülkiyete konu edilemez¹³⁵⁵. Özel mülkiyete konu edilemeyen bir taşınmazda özel mülkiyete tabi bir inşaat yapılması ise yine kural olarak yasaktır. Anılan nedenle bu gibi yerlerin imara elverişli olmadığı ve örneğin ormanlık alanda yahut sit alanında yapılmak üzere imzalanan bir sözleşmenin geçersiz olacağı açıktır¹³⁵⁶. İmara izin verilen yerler bakımından ise ilgili mevzuat birtakım sınırlamalara gitmiş ve uyulması gerekli kuralları düzenlemiştir. Bunlar inşa edilecek taşınmazın yüksekliği, şekli, materyal özellikleri gibi çeşitli konularda olabilir¹³⁵⁷. Fakat bu kuralları düzenlemekle yetinilmemiş ve kanunun öngördüğü istisnalar hariç, tüm yapılar bakımından inşadan önce izin alınması şartı getirilmiştir. Yapı ruhsatı alınmaksızın yahut bu ruhsata aykırı şekilde inşa edilen taşınmazlar *kaçak inşaat* olarak adlandırılmakta¹³⁵⁸ ve İK m. 32¹³⁵⁹ uyarınca kaçak yapının yıkımı dahil olmak üzere çeşitli müeyyideler¹³⁶⁰ uygulanmaktadır.

¹³⁵³ İlgin ÖZKAYA ÖZLÜER, “İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım”, İnÜHFD, C. 9, S. 2, 2018, s. 326.

¹³⁵⁴ TMK m. 715: “*Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.*

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tâbidir”.

¹³⁵⁵ ÖZKAYA ÖZLÜER, s. 325, 326.

¹³⁵⁶ ÖZ, Mevzuat, s. 25. Hakkın kötüye kullanılması kuralının devreye girdiği bir durumda imar mevzuatına aykırılığı ileri sürmek mümkün olmayabilir. Bkz. KURŞAT, İmkansızlık, s. 761. Aksi yönde bkz. ÖZ, Mevzuat, s. 25.

¹³⁵⁷ ÖZ, Mevzuat, s. 25. İK m. 1: “*Bu Kanun, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiştir”.*

¹³⁵⁸ DUMAN, s. 350.

¹³⁵⁹ İK m. 32/I: “*Bu Kanun hükümlerine göre; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur” ve m. 32/V, birinci cümle; “*Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafi yapı sahibinden tahsil edilir”.**

¹³⁶⁰ Kaçak yapı inşa etmek suç teşkil etmekte ve İK m. 42 uyarınca ceza yaptırımını uygulanmasını gerektirmektedir. Bkz. DUMAN, s. 351.

(2) Aykırılığın niteliği

İmar mevzuatı bakımından getirilen kuralların ve yasakların TBK m. 27/I bağlamında hangi tür bir sözleşme özgürlüğü sınırlamasına takıldığı sorusunun cevaplanması gerekir. Bu yanıt, mevzubahis aykırılığın imkânsızlık mı yoksa emredici hükme aykırılık mı olduğu noktasında bir tercihi gerektirmektedir¹³⁶¹. Bu eyleme girişilmeden önce belirtilmelidir ki verilecek cevap, kural olarak hükümsüzlük sonucunun doğması bakımından farklılık arz etmemektedir¹³⁶². Bu nedenle, bu nitelendirme çabasının gün sonunda pratik bir sonuçtan uzak olduğu, zira ortaya aynı sonucun çıktığı ifade edilmektedir¹³⁶³.

İlgili ayrımı tartışmadan önce yasa koyucunun TBK m. 485¹³⁶⁴ ve m. 486¹³⁶⁵ gibi hükümlerde, esasen eser sözleşmesinde imkânsızlığı özel olarak¹³⁶⁶ düzenlediğini ifade etmek gerekir. Fakat bu hükümler eser sözleşmesinde sonraki imkânsızlığı hüküm altına almakta¹³⁶⁷ ve esasen ifa imkânsızlığına temas etmektedir¹³⁶⁸. Konumuz baştaki objektif imkânsızlığa odaklandığından bu hükümlerin doğrudan çalışmamızla alakalı olmadığından altını çizmek gerekir.

Öğretide¹³⁶⁹ ve mahkeme kararlarında¹³⁷⁰ bu türden imar mevzuatına aykırılık hâlinin genelde imkânsızlık olarak nitelendirildiği ve imkânsızlık şemsiyesi altında ise hukuki imkânsızlıkla

¹³⁶¹ Baştaki objektif imkânsızlığın genellikle hukuka aykırılık ile örtüştüğüne dair bkz. **Rona SEROZAN**, “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkânsızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vedat Yayıncılık, 2007, s. 2029, 2030 (İmkânsızlık).

¹³⁶² **İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 38.

¹³⁶³ **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 253; **İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 131.

¹³⁶⁴ TBK m. 485: “Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır”.

¹³⁶⁵ TBK m. 486: “Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür”.

¹³⁶⁶ Borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlığı düzenleyen TBK m. 136 ve sorumlu olduğu hâlde uygulanan TBK m. 112 imkânsızlık bakımından genel hüküm niteliğindedirler. Bkz. **KULAKLI**, s. 64.

¹³⁶⁷ **KULAKLI**, s. 64.

¹³⁶⁸ **KARAARSLAN**, s. 56.

¹³⁶⁹ **BÜYÜKAY**, s. 63; **CHK-KUT/BAUER**, OR 19-20, Rn. 35; **KURŞAT**, İmkânsızlık, 760, 761; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 290; **ÖZ**, Dönme, s. 164; **ÖZ**, Mevzuat, s. 25; **SEROZAN**, İfa, § 14, N. 8. Kamu düzeninden kaynaklanan imar mevzuatına aykırılığın objektif imkânsızlığa sebep olacağı yönünde bkz. **Elif DEMİREL**, İnşaat Hukukunda İmkânsızlık, Platon Hukuk, 2023, s. 84, 85.

¹³⁷⁰ “Mahkemece “ek sözleşme ile döküm yapılması kararlaştırılan sahanın hafriyat dökümü yasak olan saha olması sebebiyle sözleşmenin ifasının başlangıçtan beri imkansız olduğu, hukuki ve fiili sebeplerden dolayı

ilişkilendirildiği görülmektedir. Bilindiği gibi edimin ifasının fiilen ve mantıken mümkün olmasına rağmen bir kanun hükmü nedeniyle yerine getirilememesine hukuki imkânsızlık denmektedir¹³⁷¹. İşte imar mevzuatının yasakladığı çeşitli durumların da bu engele takıldığı ve örneğin genişlik ve alan hesaplamalarına göre ilgili ilçede ancak dört kat olarak inşa edilebilecek bir binanın beş kat olarak yapılmasına dair sözleşmenin hukuki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olduğu ifade edilmektedir¹³⁷². Zira bu noktada tarafların bu taşınmazı inşa etmek bakımından mantıki yahut fiili bir engeli olmamasına rağmen sözleşme, hukuki engeller nedeniyle ifa edilebilir değildir.

İmar yasaklarının ihlâli hâlinde ortaya çıkan durumu hukuki imkânsızlık olarak adlandırmayan ve sözleşme özgürlüğünün bu noktada emredici hükme aykırılık nedeniyle sınırlandırıldığını ileri sürenler de bulunmaktadır¹³⁷³. Zira emredici bir kurala aykırılık hukuki imkânsızlığa değil, aslında hukuka aykırılığa neden olmaktadır¹³⁷⁴. Nitekim bazı kararlarda¹³⁷⁵ da imar yasaklarının emredici yönüne vurgu yapılmıştır. Gerçekten de imar düzenlemeleri ve bunlara aykırılık hâlinde cezai müeyyidenin dahi kural altına alınmış olması, ortada bir emredici hükmün varlığını göstermekte ve bu hâliyle ilgili kurallara aykırılık emredici kuralların ihlâli anlamına gelmektedir. Kanaatimizce bu konuda doğrudan bir ayırım yapmaya gerek yoktur.

imkansız olan sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olduğu ve başlangıçtan itibaren geçersiz olacağı, burada geçerli olan butlan yaptırımından bahsedebilmek için imkansızlığın sözleşmenin konusu ile ilgili olması ve yalnız borçlu bakımından değil, objektif mahiyette ve herkes için söz konusu olması gerektiği...”. Tamamı için bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2018/17, K. 2018/1642, T. 19/4/2018, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 28/11/2024). Benzer yönde bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2005/1974, K. 2006/2012, T. 5/4/2006, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 28/11/2024).

¹³⁷¹ ALTUNKAYA, s. 95; ANTALYA, BG 1,3, N. 1393. Bu durumu dar anlamda hukuki imkânsızlık olarak ifade eden Dural, geniş anlamda hukuki imkânsızlığı ise dürüstlük kuralı uyarınca edimin ifasının borçludan beklenemeyeceği durumlar olarak nitelemektedir. Bkz. DURAL, s. 9, 24.

¹³⁷² ÖZ, Mevzuat, s. 25.

¹³⁷³ İstŞerhi-ERGÜNE/KURŞUN, N. 38; SÜTÇÜ, s. 265. “Hukuki imkansızlık baştaki imkansızlık bakımından çok önem taşımaz. Başlangıçtaki imkansızlık, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Ancak sonraki imkansızlık bakımından hukuki imkansızlık, önem taşıyabilir”. Bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 2058, 2059. Hukuki imkânsızlık şemsiyesi altında genelde imar yasaklarına aykırılıkla beraber anılan ithalat ve ihracat yasakları bakımından bu yönde bkz. KELLER/SCHÖBI, s. 146.

¹³⁷⁴ ALTUNKAYA, s. 222; BernKomm/KRAMER, Art. 19-20, Rn. 253; HÜRLIMANN, Rn. 100.

¹³⁷⁵ “İmar mevzuatına aykırılığın varlığı halinde yüklenici, işin bedeline hak kazanamaz ve arsa sahibi de eksik ve ayıplı işler bedelini isteyemez. Çünkü aksinin kabulü, hukuka aykırılığın ve yasa tanımazlığın meşrulaştırılması ve sürdürülmesi anlamına gelir...” Tamamı için bkz. Yargıtay 6. HD., E. 2023/1894, K. 2023/2334, T. 13/6/2023, Lexpera İçtihat Bankası. “Emredici hukuk kurallarını içeren 3194 Sayılı İmar Yasası hükümlerine göre; yapıyla yapıma izin arasında çok sıkı bir ilişki kurulmuştur”. Tamamı için bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2012/459, K. 2012/5124, T. 4/6/2012, Kazancı İçtihat Bankası. (Erişim Tarihi: 3/12/2024).

Zira ilgili durum objektif imkânsızlığa ve aynı zamanda emredici hükme aykırılığa da neden olmaktadır¹³⁷⁶. Bu sebeple genelde kararlarda, imar yasağına aykırılığın iki yönüne de değinilmektedir. Anılan gerekçeyle ilgili durumun emredici hükme aykırılık ve imkânsızlık doğurduğu söylenebilir¹³⁷⁷.

(3) İmar barışının hükümsüzlük bakımından etkisi

Sözleşmenin geçersizliğinin mahkemece re'sen dikkate alınması ve yapılan herhangi bir işlemin ona sıhhat kazandırmaması genel kuraldır. Fakat imar yasaklarına aykırı şekilde kurulmuş ve ifa edilmiş sözleşmelere konu taşınmazlar bakımından dönem dönem birtakım kanunlar çıkarıldığı ve bunların uygulamada *imar affi*¹³⁷⁸ adıyla anıldığı bilinmektedir. Örneğin 2018 yılında çıkarılan 7143 sayılı Kanun¹³⁷⁹ ile imar mevzuatına aykırı yapıların¹³⁸⁰ ‘yapı kayıt belgesi’ ile kayıt altına alınması amaçlanmıştır¹³⁸¹.

Bu gibi kanunlar imar mevzuatına aykırı bir sözleşmenin geçersizliğini düzeltmeyecektir¹³⁸². Bu hususa değinen bir Yargıtay kararında¹³⁸³, taşınmazı imar mevzuatına aykırı şekilde inşa

¹³⁷⁶ SEÇER, İnşaat, s. 7. “*Hukuki imkânsızlık bir tür “kanunun emredici hükümlerine aykırılık” halidir*”. Bkz. ÖZ, Mevzuat, s. 25.

¹³⁷⁷ Hukuka aykırılığa kesin hükümsüzlük sonucunu bağlayan kuralların ratio’sunun objektif baştaki imkânsızlıktan farklı davranmayı gerektirmektedir. Tazminat sorumluluğunun değerlendirilmesi bakımından iki ayrı hâlin aynı potada incelenmesinin uygun olmadığı yönünde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 232.

¹³⁷⁸ “3194 Sayılı Kanun’a eklenen geçici 16. maddenin de, daha önce çıkarılan imar affi niteliğindeki yasalar gibi kaçak binalara hukuki bir koruma sağlayıp sağlamadığı, yasa da yer almamakla birlikte literatürde kabul gördüğü gibi “bir imar affi” olarak kabulünün mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Daha önce çıkarılan ve imar affi olarak tabir edilen yasal değişikliklerle getirilen statünün bir mülkiyet belgesi olarak kabulü mümkün değildir. Daha önce gecekondular affi olarak da değerlendirilen yerlere ilişkin verilen tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olarak değil, ilgili taşınmaz üzerindeki fiili kullanmayı koruyan bir zilliyetlik belgesi olarak kabul görmüştür”. Bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2020/766, K. 2021/65, T. 18/1/2021, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 3/12/2024).

¹³⁷⁹ 7143 Sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG, S. 30425, T. 18/5/2018.

¹³⁸⁰ Kanun tüm yapıları kapsamına almamaktadır. Örneğin Boğaziçi sahil şeridi ve Gelibolu Tarihi Alanında kalan yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. DUMAN, s. 359, ÖZKAYA ÖZLÜER, s. 322.

¹³⁸¹ Kanun’un amacı ve uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAYA ÖZLÜER, s. 313 vd.

¹³⁸² KURŞAT, İmkansızlık, 760, 761; DUMAN, s. 361.

¹³⁸³ “Örneğin, taraflar aralarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi aktetmiş olsunlar. Bu sözleşme gereğince, yüklenici iskân belgesi alınacak şekilde inşaatı yapıp sözleşme ile kararlaştırılan oranda, arsa sahibine teslim borcu bulunmasına karşın, inşaatı imara aykırı olarak yapıp, sonrasında da geçici 16. maddesi gereğince yapı kayıt belgesi alındığını, artık yapı kayıt belgesi ile inşaatın kullanılabileceğini ileri sürerek imara uygun olarak inşaatı teslim etme borcundan kurtulabilecek midir?... ”

eden yüklenicinin edimini ifa ettiğinden bahsedilemeyeceğine karar verilmiştir. Karara göre bu Kanun'un 16. maddesi “*Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir*” hükmünü haizdir. İlgili madde nedeniyle de “*İmar Kanunu'na eklenen geçici 16. madde ile getirilen düzenlemenin, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde kararlaştırılan edimlerin ifasına bir etkisinin bulunmadığı sonucuna varmak mümkündür*”. Anılan nedenle denebilir ki geçersiz bir sözleşmeye dayanarak inşa edilmiş yapılar bakımından yukarıda anılan kanun uyarınca alınmış yapı kayıt belgesi sözleşmeyi geçerli hâle getirmemekte ve yalnızca bina yeniden yapılınca, yani sözleşme geçerli olarak baştan akdedilinceye kadar kullanılabilir durumda olmasına imkân sağlamaktadır¹³⁸⁴.

Diğer bir halde ise, arsa sahibi imara aykırı olan yapı ile ilgili yapı kayıt belgesi aldığı anda, binanın kullanılması sağlanabilecektir, ancak yapı kayıt belgesi yukarıda belirtildiği üzere binayı iskân alınacak şekilde imara uygun hale getirmeyecektir. Dolayısıyla arsa sahibi imara aykırı yapıya yapı kayıt belgesi alarak kayıt altına almış olsa dahi, bu belgenin alınması binayı iskân almaya uygun şekilde imara uygun hale getirmedikten yüklenicinin edimini ifası sonucunu da doğurmayacaktır. Geçici 16. maddenin 10. fıkrasında belirtildiği üzere, yapı kayıt belgesi yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulanmasına kadar geçerlidir. Yine aynı fıkra da yapının yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Geçici 16. maddede öngörülen yapı kayıt belgesi, imara uygun olmayan binalara verildiğine göre yüklenici açısından imara uygun yapılmamış bir yapıda edimin ifa edildiğinin kabulü mümkün değildir. Burada belirtildiği üzere yapının yeniden yapılması, bu alanın kentsel dönüşüme sokulması ve belgenin bu tarihe kadar geçerli olması öngörüldüğünden yeniden yapılması öngörülen binada bu belgenin alınmasıyla ifa yükümlüğünün yerine getirildiğinin kabulü mümkün değildir.

Tüm bu anlatılanlar nezdinde değerlendirdiğimizde, yapı kayıt belgesi imara aykırı yapının kullanılmasına ilişkin olup, imara uygun hale getirmemektedir. Geçici 16. maddenin 10.bendinde belirtildiği üzere, yapı kayıt belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşümüne kadar geçerlidir. Düzenlemenin amacı da, yapının yeniden yapılmasına kadar kullanımına idare tarafından imkân sağlanmasından ibarettir. Aksi takdirde, imara aykırı bir yapı yapmış olan yüklenicinin, yapı kayıt belgesi alındığını ileri sürerek, ediminin ifasını yapının tekrar yapılmasına kadar ertelemiş olur ki, bu durum başlı başına edimin ifa edilmediğini gösterir. Edimin ifasının, yapının tekrar yapılmasına kadar beklenmesini talep etmek de kabul edilemez bir durumdur ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Netice itibarıyla, İmar Kanunu'na eklenen geçici 16. madde ile getirilen düzenlemenin, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde kararlaştırılan edimlerin ifasına bir etkisinin bulunmadığı sonucuna varmak mümkündür. Tabi ki sözleşme hürriyeti gereğince, tarafların yapı kayıt belgesi alınması sonrasında kavuştukları yeni durum karşısında, karşılıklı olarak edimlerinin ifa durumunu değerlendirmeleri ve mevcut duruma göre yeni bir tavır takınmaları da mümkündür”. Bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2020/766, K. 2021/65, T. 18/1/2021, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 3/12/2024).

¹³⁸⁴ Benzer yönde bkz. **DUMAN**, s. 361.

b. Kesin hükümsüzlüğün etkisi

(i) Kural olarak

Kesin hükümsüzlüğün eser sözleşmesine etkisi bakımından – kanaatimizce sözleşme sürekli borç doğuran bir niteliği haiz olduğundan – kural olarak ileriye etkili sona ermenin dikkate alınması gerekir. Fakat yukarıda da ayrıntılı biçimde izah ettiğimiz üzere mahkemeler eser sözleşmelerini genelde ani edimli ve bazı inşaat sözleşmelerini ise karma nitelikli kabul etmektedir¹³⁸⁵.

Bunun yanında hükümsüzlük sebebinin özel olarak değerlendirilmesi gerekirse eğer, şekle aykırılığın sözleşmelere ve bir adım daha ileri gidildiğinde sürekli sözleşmelere etkisinin kesin hükümsüzlük olduğu ifade edilmelidir¹³⁸⁶. Bununla beraber, şekle aykırılığın sözleşmeye etkisi bakımından birçok fikir ileri sürülmüştür. Bunlardan biri de fiili sözleşme ilişkileridir¹³⁸⁷. Bu görüş, diğer hükümsüzlük sebepleri gibi şekle aykırı biçimde akdedilmiş olmasına rağmen uzun bir süre ifa edilmiş sürekli sözleşmenin, artık ileriye etkili biçimde sona ermesi gerektiği anlayışından hareket etmektedir¹³⁸⁸. Bu bakış açısı, ulaştığı sonuç bakımından yerinde olmakla birlikte görüşe çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Bilhassa şekle aykırı sözleşmenin akıbeti hususunda yeterince karmaşa mevcutken bir de içeriği yeterince açık olmayan bir teoriyle ortaya çıkan sorunu çözmeye çalışmanın yerinde olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁸⁹. Yine, bu çözümün, şekle aykırılığa uygulanacak yaptırımını değil, sonucunu tespit etmeye yönelik olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır¹³⁹⁰.

Kanaatimizce ortaya çıkan bu kesin hükümsüzlük hâli fiili sözleşme ilişkileri doktrini olmadan da açıklanabilir¹³⁹¹. Zira şekle aykırılık, geniş anlamda bir içerik sakatlığı sebebidir. O hâlde

¹³⁸⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 1 vd.

¹³⁸⁶ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 31.27.

¹³⁸⁷ **GIGER**, s. 104 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde verdiği karar için bkz. BGE 110 II 244, www.bger.ch (Erişim tarihi: 23/10/2024) Kararı çeşitli gerekçelerle eleştiren görüşler için bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 558 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 31.29.

¹³⁸⁸ **ALTAŞ**, s. 126 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, N. 943; **GIGER**, s. 104 vd.

¹³⁸⁹ **ALTAŞ**, s. 129, 130.

¹³⁹⁰ **ÖZBİLEN**, s. 195.

¹³⁹¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin fiili sözleşme ilişkileri doktrinini takip ederek verdiği ileriye etkili sona erme kararının isabetsiz olduğu, geçersizlik sonucunun amaca uygun sınırlandırılması ile bu sonucun doğacağı yönünde

diğer kesin hükümsüzlük durumlarında olduğu gibi, kesin hükümsüzlüğün etkisi bakımından TBK m. 394/III'ün geniş etkisine başvurulmasında bir sakınca bulunmamaktadır. TBK m. 394/III'ün tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere teşmilini sağlayan görüşümüz¹³⁹² burada da sonuç doğurmaktadır. Bu görüş çerçevesinde şekle aykırı bir eser sözleşmesinin ileriye etkili şekilde sona ereceği söylenebilir.

Hükümsüzlüğün sonuçlarının *ex nunc* etkisini imar mevzuatına aykırı inşaat sözleşmeleri bakımından ayrıca değerlendirmek gerekir. Zira bu gibi hâllerde genelde ilgili yapının yıkılmasına karar verilmektedir. Yüklenicinin ediminin görünür olmaktan çıktığı ve gün sonunda iş sahibinin boş arsasıyla baş başa kaldığı bu gibi bir ihtimalde, ileriye etki nasıl tesis edilmelidir?

Öncelikle ifade edilmelidir ki kural olarak ileriye etkili bir sona ermenin ortaya çıkmasında beis yoktur¹³⁹³. Her ne kadar iş sahibinin alacağını elde etmediği ve bir inşaata kavuşmadığı düşünülse de yüklenicinin yaptığı masraflar ve verdiği emeğin karşılanmaması da düşünülemez. Burada incelenmesi gereken husus tazminat talepleri bakımındandır¹³⁹⁴. Esasında geçmişe etkili sonuçlar doğuran sona erme hâlinde de bu tazmin taleplerinin karşılanması gündeme gelmektedir. Aradaki fark, tarafların ifa ettiği edimlerin sebepsiz zenginleşme kurallarınca iadesinin sağlanması yahut sağlanmaması gerektiği noktasındadır¹³⁹⁵. Böylece saf eser sözleşmesi niteliği taşıyan bir inşaat sözleşmesi bakımından, iş sahibine, ödediği bedel iade edilecek ve yüklenici de yıkılan taşınmazın hurda değerini alarak kendi edimini geri almış olacaktır¹³⁹⁶. Bizim bu husustaki kanaatimiz ise ileriye etkili sona ermenin uygulanması ve iş sahibinin ödediği bedelin, yapılan işle orantılı olarak yüklenicide ve yıkılan

bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 31.29. Hükmün amaca uygun sınırlaması (*teleolojik reduksiyon*) bakımından şekle aykırı sözleşmelerin akıbeti ve takip edilecek yöntem için bkz. **AKBULUT**, s. 310 vd.

¹³⁹² Görüşe dair ayrıntılı bilgiler için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I.

¹³⁹³ Sürekli borç doğuran sözleşmelerin baştan objektif olarak imkânsız olması hâlinde, sözleşme ifa edilmiş olsa dahi sözleşmenin geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona ereceği ve edimlerin sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde iade edileceği yönünde bkz. **KARAARSLAN**, s. 60, 61.

¹³⁹⁴ Doğrudan bu çalışmanın konusu olmadığı için tezin geri kalanında sona erme nedeniyle tarafların tazminat talepleri özel olarak değinilmesi gereken hâllerde incelenmiş ve kural olarak özel bir izaha girilmemiştir. Fakat aslında sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle zarara uğrayan tarafın bunun tazminini talep etmesi gerekli şartların sağlanması ihtimalinde her durum için mümkündür.

¹³⁹⁵ **ALTUNKAYA**, s. 237; **ÖZ**, Mevzuat, s. 25. Bu yöntemin sözleşmeyi hiçe sayan basit bir hukuki çözüm sunduğu yönünde bkz. **SEROZAN**, İfa, § 14, N. 3.

¹³⁹⁶ **ÖZ**, Mevzuat, s. 25.

taşınmazın değerinin de iş sahibinde kalmasıdır. Bu noktada adaletsizlik yaratabilecek tek durum bu hukuka aykırılığın yüklenicinin kusuruyla ortaya çıkmasıdır ki bu durum da ifade ettiğimiz gibi karşımıza iş sahibinin tazminat talebini çıkarmaktadır. Zira yüklenicinin kusuru hâlinde – ki bu gibi hâllerde yüklenicinin kusursuz olması kolay rastlanır bir durum değildir – ortaya çıkan iş sahibinin zararının karşılanması gerekir¹³⁹⁷. Bu zararın hangi şekilde karşılanacağı ve karşılanma yöntemlerine getirilen eleştirilere burada daha fazla girmeyeceğiz¹³⁹⁸. Fakat denebilir ki genellikle imkânsızlık olgusuyla anılan bu tartışmalar ve olgulara, hükümsüzlük başka bir nedenden kaynaklandığında pek rastlanmamaktadır. Oysa imar yasaklarına aykırılıkta olduğu gibi, hükümsüzlük gerekçesi, emredici hükme aykırılık da

¹³⁹⁷ Gerçekleştirilemeyecek edimleri sözleşme konusu yapan ve diğer tarafta güven uyandıran kişinin hükümsüzlükten adeta yararlanması ve bunun arkasına sığınması mümkün olmamalıdır. Bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 233.

¹³⁹⁸ Bahse konu zararın hangi şekilde karşılanacağı hususunda kanun koyucunun bir düzenlemesi olmaması nedeniyle zararın tazmini için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, baştaki kusurlu objektif imkânsızlık hâlinde öncelikle genel hükümlerle kıyas yoluna gidilmiş ve fakat bunun yeterli olmadığı hâllerde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun gündeme gelebileceği ifade edilmiştir. Zira sözleşmenin geçerli olduğu hususunda karşı tarafta yaratılmış olan güven sözleşme görüşmeleri sırasında sarsılmıştır. Bu anlamda giderilecek zarar menfi zarardır. Öğretide *Altunkaya*, borçlunun garanti taahhüdünün varlığının varsayılması hâlinde müspet zararın da istenebileceğini ileri sürmektedir. Ayrıntılar için bkz. **ALTUNKAYA**, s. 238 vd. Öğretide Antalya da baştaki objektif imkânsızlık hâlinde sözleşme tarafının uğradığı zararı *culpa in contrahendo* kapsamında talep edebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **ANTALYA**, BG 1,3, N. 1204. Baştaki objektif imkânsızlığın giderimi hususuna eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşan *Serozan*, somut olaydaki menfaatler durumunun haklı göstermesi hâlinde, taahhütte bulunanın hukuki ayıptan ötürü garanti sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca baştan objektif imkânsızlığı bilen yahut bilmesi gereken kişinin, garanti sorumluluğunun varsayıldığı ölçüde artık asli giderim yöntemi buna dayanmakta ve *culpa in contrahendo* sorumluluğu tali hâle gelmektedir. Tazminatın nedeni, sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına olan güvenin boşa çıkması olduğundan tazminatın kapsamı da bununla sınırlı kalmaktadır. Bu kabul ifa engellerini yapmacık bir ayırma tabi tutmanın yanında ifa engellerine bağlanan hukuki sonucu da yapmacık şekilde ayırmak anlamına gelmektedir. Bu nedenle baştaki objektif imkânsızlığa bağlanan sonuçları aşmak gerekir ki bu iki hâlde sağlanabilir. İlki TBK m. 27'nin anlamında, bilhassa inşaat ruhsatı, ithalat izni gibi durumlar bakımından teleolojik redüksiyonuna gidilmesidir. Böylece baştaki objektif imkânsızlık hâlinde de sonraki imkânsızlık ve garanti taahhüdü varsayılacaktır. Diğer bir yol ise *culpa in contrahendo* tazminatını olumsuz güven zararıyla değil olumlu ifa çıkarı ile belirlemektir. Bkz. **SEROZAN**, İfa, § 14, N. 16 vd. Başka bir eserinde *Serozan*, baştaki objektif imkânsızlığın, sonraki imkânsızlık rejimine tabi kılınarak yaşanan adaletsizliğin engellenebileceğini ifade etmekte ce fakat makul çözümün bahse konu ayrımı ortadan kaldırmak olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **SEROZAN**, İmkânsızlık, s. 2030-2036. *Serozan*'ın fikirleriyle benzer yönde görüşler ileri süren *Ergüne*, konudaki imkânsızlık hâlinde garanti sözleşmesi kurgusuna dayanmadan olumlu zararın talep edilebilmesinin ancak Alman Hukukundaki gibi imkânsızlığa rağmen sözleşmenin geçerli sayılması ile mümkün olduğunu ifade etmektedir. Fakat bu yönde genel bir kural içermeyen kanun nedeniyle bu, ancak *de lege ferenda* bir çözüm olabilir. Bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 233-241. Müspet zararın talep edilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **KURŞAT**, İmkânsızlık, s. 761. Öğretide *Karaarslan* ise, borçlunun edimin imkânsızlığını baştan bilmesi yahut bilmek zorunda olması hâlinde uyandırılan güvene aykırılık nedeniyle kendisinden *culpa in contrahendo* tazminatı istenebileceğini ileri sürmektedir. Sürekli borç ilişkileri bakımından sözleşme görüşmeleri yapılmasının, ani edimli sözleşmelere göre daha yoğun güven barındırdığını ifade eden yazar, imkânsızlığa dair bilgiyi saklamanın hem dürüstlük kuralına hem de sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına yönelik oluşturulan güvene aykırı hareket anlamına geleceğini ifade etmektedir. Bkz. **KARAARSLAN**, s. 61.

olabilir. Baştaki imkânsızlık ile sonraki imkânsızlık bakımından ortaya çıkan sonuçların son derece farklılaşması ve bunun yarattığı adaletsizlik duygusu anlaşılabilir olsa da açıktır ki ortaya çıkan hükümsüzlüğe kusuru ile sebep olan kimsenin, buna sebep olan olgu ne olursa olsun ortaya çıkan sonuca katlanması gerekir¹³⁹⁹.

(ii) Hakkın kötüye kullanılması teşkil eden durumlar

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı şekle aykırı sözleşmelerde ve bilhassa şekle aykırı inşaat sözleşmelerinde oldukça geniştir. Bilindiği gibi hakkın kötüye kullanılması yasağı dürüstlük kuralının bir yansıması olarak¹⁴⁰⁰ TMK m. 2/II’de “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” düzenlemesiyle karşılık bulmaktadır¹⁴⁰¹. Şekil şartının, bilhassa da konusunu bir taşınmazın teşkil ettiği hukuki işlemlere ilişkin olanların, hakkın kötüye kullanılması yasağının en sık başvurulmuş hâllerinden biri olduğunu söylemek yanlış olmaz¹⁴⁰². Zira inşaat sektörü her ne kadar oldukça geniş olsa da bu paydada yer alan her bireyin şekle ilişkin bilgi sahibi olduğu söylenemez. Öte yandan taraflar oldukça yüksek olan harç tutarlarını ödememek için de adi yazılı bir sözleşmeyi tercih etmekte ve başlangıçta iyi giden ilişkiler sonrasında birçok nedenle bozulabilmekte ve şekle aykırılık da sözleşmeden kurtulmanın en kolay yolu addedilmektedir¹⁴⁰³. Özellikle son yıllarda gerek hammadde gerek ürün fiyatlarındaki artışın hızlı ve fazla olması, bu çatışmayı körüklemiş ve sözleşmenin ifasının zorlaşması nedeniyle kurtulmaya tevessül etme daha sık rastlanır hâle gelmiştir. Bu bilgisizlik yahut sözleşmeye duyulan inançtan faydalanma amacı güden bir tarafın

¹³⁹⁹ *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun yalnızca baştaki objektif imkânsızlık bakımından değil hükümsüzlüğe yol açan diğer hâllerde de gündeme gelebileceği yönünde bkz. **SEROZAN**, İfa, § 14, N. 21.

¹⁴⁰⁰ Ayrıntılı bilgiler için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2013 vd.

¹⁴⁰¹ Hakkın kötüye kullanılması yasağının hukuka egemen ilkelerden olduğu ve düzenleme kapsamı ne olursa olsun, ilkenin, hukuka egemen kılınacağı bir çerçevede uygulanması gerektiği yönünde ve ayrıca kavramla alâkalı ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 21 vd.

¹⁴⁰² Öğretide, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hangi hâllerde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinin belirlenmesi gerektiği fikri ileri sürülmüş, bu belirlemenin çelişkili kararların önüne geçeceği ifade edilmiştir. Fakat somut olayın özelliklerine göre bir tutum, bir nüansın bile kişinin davranışının hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceğini değiştirdiği böylesi durumlar için önceden kalıplar çizmenin yerinde olmadığına dair bkz. **ÖZBİLEN**, s. 210, 211.

¹⁴⁰³ **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 28; **REİSOĞLU**, İnşaat, s. 11; Benzer yönde bkz. **SEÇER**, İnşaat, s. 53.

varlığı ise hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşılaşmaktadır. Hâkim bu durumun varlığını re'sen dikkate almalıdır¹⁴⁰⁴.

Şekle aykırı işlemin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı sayıldığı durumlardan ilki ve belki de en sık rastlanana, şekle aykırı olduğu bilinen¹⁴⁰⁵ sözleşmede taraflardan biri edimlerini ifa ettikten sonra karşı yanın şekle aykırılık iddiasında bulunmasıdır. Bu durumda, kendi edimini ifa etmek istemeyen yahut edemeyen tarafın ileri sürdüğü şekle aykırılık iddiası, dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle yerinde görülmeyebilir¹⁴⁰⁶. Zira bu durumda şekle aykırılığı ileri süren tarafın amacı üstlendiği edimlerden kurtulmak yahut zamanla aleyhine gelişen sözleşme ile bağlarını koparmak istemesidir¹⁴⁰⁷. Yüklenicinin inşaatı belirli seviyeye getirdiği yahut tamamladığı aşamada, iş sahibinin bağımsız bölümlerin değerinin herhangi bir nedenle artması nedeniyle arsa paylarının devrinden kaçınması ve hükümsüzlüğü öne sürerek inşaatın giderlerini ödemek kaydıyla sözleşmeden kurtulma çabası bu duruma örnek teşkil etmektedir¹⁴⁰⁸. Yahut edimini yerine getiren iş sahibinin, yüklenicinin performansından memnun olmaması hâlinde geçersizlik kartına başvurması da buna benzerdir¹⁴⁰⁹. Yine her iki

¹⁴⁰⁴ **ANTALYA**, Geçerlilik Şekli, s. 378; **ÖZBİLEN**, s. 209.

¹⁴⁰⁵ Şekle aykırılığın taraflarca bilinmemesi hâlinde sonradan bu durumu öğrenen tarafın geçersizliği ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği yönünde bkz. **ÖZBİLEN**, s. 222 vd.

¹⁴⁰⁶ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 66; **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 23; **GÜNERGÖK/ KAYIHAN**, s. 137. “İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile taraflar arasında düzenlenen satış sözleşmesi her ne kadar adi yazılı olup resmi şekil şartlarını taşıyor olsa da davacının ödemelerini yaptığı ve dava konusu bağımsız bölümü teslim alarak ikamet etmesi nedeniyle satış sözleşmesinin yazılı şekil şartlarını taşımadığına karar vermek iyi niyet ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacağından adi yazılı satış sözleşmesi geçerli kabul edilmiş, davacının tapu iptali talebini güncel tapu kaydındaki malike yöneltmeyip davalıya yönelik tazminat olarak davaya devam etmek istemesi nedeniyle bilirkişi raporunda belirlenen dava konusu taşınmazın bedelinin davalıdan alınması gerektiği belirtilerek 157.812,50TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davanın kabulüne karar verilmiştir”. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 6. HD., E. 2022/5292, K. 2023/54, T. 17/1/2023, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 13/11/2024). Benzer yönde bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2008/1881, K. 2009/2175, T. 14/4/2009, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 15/11/2024).

¹⁴⁰⁷ **ÖZBİLEN**, s. 220; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 31.31.

¹⁴⁰⁸ **REİSOĞLU**, İnşaat, s. 11; **SEÇER**, İnşaat, s. 53, 54.

¹⁴⁰⁹ “Taraflar arasında, tarihsiz ve adi yazılı ve bu haliyle, kural olarak, resmi şekle uygun yapılmadığından, geçersiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı çekişmesizdir. Ancak, sözleşme uyarınca, 28848 Ada 2 parsel numaralı taşınmazda paydaş olan davacılar tarafından tapuda bir kısım paylar davalı yükleniciye devredilmiş olmakla, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 30.9.1988 tarih, 1987/2 E. ve 1988/2 K. sayılı ilamı gereğince, artık, sözleşmenin şeklen geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, iyiniyetli olarak kabul edilemez.

Anılan sözleşmede de kayıt altına alındığı gibi, taraflar açıkça, sözleşme konusu parselin, diğer paydaşları ve komşu parsel malikleri ile de, anlaşma yapılması gerektiğini bilmektedirler. Keza, sözleşmede, işin süresi de, bu doğrultuda, diğer paydaş ve komşu parsel malikleri ile sözleşmeler imzalandıktan sonra, 3 ay içinde ruhsat alınıp, bunu takiben 3 yıl içinde inşaatın tamamlanıp teslim edileceği şeklinde kararlaştırılmıştır.

tarafın edimlerini yerine getirmiş olduğu bir senaryoda bu taraflardan birinin sonradan hükümsüzlüğü ileri sürmesi ihtimalinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür¹⁴¹⁰.

Taraflardan birinin kendi üzerine düşen edimleri yerine getireceği hususunda diğerini oyalayarak onda haklı bir güven yaratması ve bilhassa onun yükümlülüklerinin ifasını sağlaması ve sonrasında şekle aykırılığı ileri sürmesi, bir diğer deyişle çelişkili davranması da hakkın kötüye kullanılmasına örnektir¹⁴¹¹. Benzer şekilde sözleşmedeki şekil eksikliğini kendi yararı için isteyen tarafın sonradan geçersizlik iddiasında bulunması¹⁴¹² yahut şekle aykırı sözleşmenin düzenlenmesine kasten sebep olan kimsenin sonradan şekle aykırılık savını öne sürmesi¹⁴¹³ de aynı şekilde hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşılaşabilecektir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı bazı hâllerde şekle aykırılığın neden olduğu hükümsüzlüğün yaratacağı birtakım olumsuz sonuçların düzeltilmesi amacıyla önerilmektedir¹⁴¹⁴. Özellikle

Dosya kapsamına göre, davacılar paylarını, 25.5.2012 ile 27.6.2012 tarihleri arasında tapuda davalıya devretmişlerdir. Ne var ki, davacılar, sözleşme uyarınca 2 numaralı parsel ile tevhit edilecek 1,7 ve 8 numaralı parsel sayılı taşınmazların paydaşlarıyla da sözleşme yapması için gereken makul süreyi davalı yükleniciye tanımadan, 25.1.2013 günü eldeki davayı açmışlardır. Aynı dönemde, yüklenicinin, önemli sayıda paydaşla sözleşme yaptığı ve bunları dosyaya ibraz ettiği, yani, anılan süreyi de boş geçirmedeği anlaşılmıştır.

Hal böyle iken, davacıların da, bildiği ve dürüstlük kurallarına göre tahammül etmeleri gereken uygun süreyi beklemeden açtıkları davanın reddi yerine, hatalı yorumla yazılı şekilde kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur”. Bu kararda Yargıtay, genelde karşılaşılan örneklerin aksine inşaatın belli bir aşamaya gelmesini dahi aramadan şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 23. HD., E. 2014/7831, K. 2015/1516, T. 10/3/2015, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 16/11/2024).

¹⁴¹⁰ **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2125; **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 22; **ÖZBİLEN**, s. 213 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, Rn. 31.33. Bu hususlarla benzer biçimde dürüstlük kuralı ilkelerinin tartışıldığı kararın ilgili bölümü şöyledir: “*Tapuda kayıtlı bur taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakim M.K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi*”. Yargıtay İBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30/9/1988, Lexpera İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 16/11/2024). Kararın Kat Mülkiyeti Kanunu’na tabi olacak bağımsız bölümlerin yer aldığı taşınmazdan yapılan satışları konu edinse de ilgili ilkelerin diğer olaylara da uygulanması gerektiğine dair bkz. **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 24, 25.

¹⁴¹¹ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 65; **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2062; **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 26; **ÖZBİLEN**, s. 217, 218.

¹⁴¹² **ANTALYA/TOPUZ**, N. 2125; **ERMAN**, İnşaat Sözleşmesi, s. 28.

¹⁴¹³ **ÖZBİLEN**, s. 221 vd.

¹⁴¹⁴ **SEÇER**, İnşaat, s. 54.

tarafların sebepsiz zenginleşme uyarınca verdiklerini iade alabilmelerinin dahi *mağduriyetlerini* gidermeyebileceği ihtimali bu önerinin gerekçesini oluşturmaktadır¹⁴¹⁵. Görüldüğü gibi sebepsiz zenginleşme uyarınca iadenin etkin bir yöntem olmayabileceği ifade edilmektedir. Bu noktada hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvuru sebeplerini değil ve fakat mağduriyet giderici olarak bu ilkeye başvurulmasına dair fikrin temelindeki gerekçeyi tartıştığımızın altını çizmek isteriz. Kanaatimizce bu ilkeye doğrudan başvurulabilmesi ihtimali bir kenara bırakıldığında, bahse konu düzeltici etki için bu yönteme tevessül etmeye ihtiyaç yoktur. Zira hükümsüzlüğün geçmişe etkili biçimde tesir etmesinin ortaya çıkardığı hakkaniyete aykırı sonuçlar ortada bir dürüstlük kuralı ihlâli olmadığında da çözülebilmelidir. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olması hâlinde çözüm bulunan durumlara karşılık, kalan ihtimallerde çözümsüz kalınmaması, bu çalışmanın genelinde karşılığını bulan anlayış ile mümkündür.

c. Kısmi hükümsüzlük

Eser sözleşmesi, tarafların serbest iradesinin hakim olduğu bir sözleşme türüdür. Bu nedenle, tarafların hak ve yükümlülüklerinin özel bir koruma altına alındığı hizmet sözleşmesine nazaran, eser sözleşmesinde ortaya çıkan kısmi hükümsüzlük örnekleri, bu sözleşmenin kendi yapısından ziyade genel hükümlerin ihlâli şeklindedir.

Kısmi hükümsüzlük bakımından ileri sürebileceğimiz ilk örnek inşaat sözleşmesi bakımından gündeme gelebilir. İmar yasaklarına aykırılık hâlinde ortaya çıkan kesin hükümsüzlük bazı durumlarda kısmi hükümsüzlük meydana getirebilir. Örneğin ana inşaatın özel mülkiyete konu arsa üzerinde ve fakat aynı projeye dahil olan müştemilat bölümünün aslında deniz kıyısına denk gelmesi hâlinde ortaya bu türden bir durum çıkabilir. Ana taşınmaz bakımından imara aykırı bir husus yokken müştemilat bölümünün denk geldiği taşınmazda imar yasağı olması, ilgili kısmın geçersizliğine yol açabilir. Aynı durum birden fazla bloklu inşaatlarda yahut

¹⁴¹⁵ SEÇER, İnşaat, s. 54.

binanın kat sayısı¹⁴¹⁶ bakımından da gündeme gelebilir¹⁴¹⁷. Yine imar yasağına benzer şekilde, sözleşmeye konu birden fazla parselden biri üzerinde inşaatı engel bir irtifak hakkı mevcut olması, ilgili parselde denk gelen kısım yönünden hükümsüzlüğün ortaya çıkmasına neden olabilir¹⁴¹⁸. Bu geçersizliğin hukuki nedeni bakımından mevcut olan tartışmalara yukarıda değinilmişti¹⁴¹⁹. İmkânsızlık ile olan ilişki düşünüldüğünde ise kısmi imkânsızlık olgusu gündeme gelmektedir¹⁴²⁰. Buna göre, her ne kadar sözleşmenin ifa yeri inşaat sözleşmesi bakımından edimin bir unsuru¹⁴²¹ olsa da burada sözleşmenin ilgili kısmı imar yasaklarına denk

¹⁴¹⁶ “Taraflar arasında mevcut 28.8.1979 tarihli sözleşmenin 2 ve 3. maddesinde inşaatın 1 bodrum, 1 zemin ve 5 normal kat yapılacağı yazılıdır. Oysa belediyeden alınan inşaat ruhsatında davalının yapımını üstlendiği inşaatın yol seviyesinin üstünde 5 kat ve yol seviyesinin altında bir kat olmak üzere toplam 6 kat yapılacağı öngörülmüştür. Görülüyor ki davacıya ait arsa sözleşmede belirtildiği gibi 7 kat inşaatı elverişli değildir. İmar mevzuatı kamu düzeniyle ilgili olup, hiç kimse emredici nitelikteki imar kurallarına aykırı davranmaya zorlanamaz. Diğer bir deyimle olayda fiili ve hukuki bir durumun üstünde bir fazla kat inşaat yapılması yönünden imkansızlık mevcut olup, bundan dolayı yükleniciye bir kusur yüklemenin olanağı yoktur. O halde mahkemece yapılacak iş, imar mevzuatının elverdiği ölçüde fiilen yapılan inşaat için sözleşmede öngörülen oran uygulanarak eksik kat inşaatından dolayı aynı oranda davacıya isabet etmesi gereken bağımsız bölümleri veya bağımsız bölümdeki payı saptamak ve davasını bedele hasredip mahkemece bu yönde verilen karar temyiz etmediği göz önünde tutularak fiilen kendisine tahsis edilen bağımsız bölümlerden daha fazla bir alacağı çıkarsa bunun bedeline hükmetmek olmalıdır”. Yargıtay 15. HD, 1736/4360, T. 15/12/1988, karar için bkz. **SÜTÇÜ**, s. 269.

¹⁴¹⁷ **ÖZ**, Mevzuat, s. 25. Bölünebilir edimlerde kısmi imkânsızlığın meydana gelmesi hakkında bkz. **ERCOŞKUN ŞENOL**, İmkânsızlık, s. 31 ve s. 116 vd. Kısmi hükümsüzlük bakımından bölünebilirlik ve bilhassa sözleşmenin anlaşma – alt anlaşma yönünden bölünebilirliği ile esaslı unsurlar bakımından bölünebilirliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 117 vd.

¹⁴¹⁸ **SÜTÇÜ**, s. 268.

¹⁴¹⁹ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, C, 1, a, (ii), (2).

¹⁴²⁰ “Sözleşmeyle yapılması kararlaştırılan işlerden bir kısmı için imkansızlık varsa, bu işlere dayalı sözleşme hükümleri geçersiz olacağından, bu işlerle ilgili noksanların giderilmesi ya da yeniden yapılması karşılığı gereken tazminata hükmedilemez. Bunlar için ödenen bedelden ancak isabet edenin iadesi istenebilir.

... Belediye Başkanlığından alınan 10.12.1991 gün ve 398 sayılı yazıda, sözleşmeye konu işlerden kafeterya ve plaj tesisinin yapılmasına yasal engel bulunduğu bildirilmiştir. Bu hali ile anılan iki iş için sözleşme geçersizdir (BK. md. 20). O halde bu iki iş için noksanların giderilmesi ya da yeniden yapılması karşılığı gereken tazminata hükmedilemez. Bunlar için davacılar ödedikleri bedelden ancak isabet edenin iadesini isteyebilirler. Bundandır ki sözleşmedeki bedelin saptanması zorunludur. Bu durumda, taraflar çağrılarak ödenen bedel ya da bedel yerine kaim devredilmiş aynı veya sair haklar var ise bunların ekonomik değerinin sorulması (HUMK. md. 213) mutabakat sağlandığı takdirde buna itibar edilmesi, değilse sözleşmeye tekaddüm eden tarihte uyumsuzluk konusu yedi çeşit işin günün rayıçlarına göre toplam bedelinin ve buna göre yapılmasına kamu düzeni bakımından engel bulunan iki kalem işe isabet eden bedelin bilirkişiler marifetiyle saptanması (HUMK. md. 357, BK. md. 366) ve bu iki kalem iş için bu bedelin iadesine karar verilmesi gerekirken, diğer işlerdeki noksanlıklar gibi söz konusu iki kalem iş içinde bir sonraki yıl rayıçları ile tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir”. Yargıtay 15. HD, E. 1992/5256, K. 1993/3099, T. 29/6/1993, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 16/12/2024).

¹⁴²¹ Yer bakımından imkânsızlık öğretide tartışmalı bir husus olup bir görüşe göre sözleşmenin kararlaştırılan yerde ifa edilmemesi imkânsızlık doğurmaz. Zira imkânsızlık kural olarak sözleşmenin konusunda meydana gelmekte ve ifa yeri de yine kural olarak edimin bir unsurunu teşkil etmemektedir. Ancak inşaat sözleşmesinde ifa yeri edimin bir parçası hâline gelmekte ve esaslı unsur niteliğine bürünmektedir. O hâlde kararlaştırılan yerde ifa edilmeme artık kısmi imkânsızlık değil tam imkânsızlığa neden olmaktadır. Bkz. **ALTUNKAYA**, s. 137; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 122, 123; **DURAL**, s. 95; **ERCOŞKUN ŞENOL**, İmkânsızlık, s. 161. Bizim örneğimizde ise eserin tamamı değil bir kısmı bakımından ifa yeri problemi gündeme gelmektedir.

gelmekte ve imkânsızlık o kısım bakımından ortaya çıkmaktadır. O hâlde yalnızca o bölümü etkileyen bir sonuç doğurmalıdır. Tarafların bu kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmayacakları yönünde açık bir iradenin varlığından söz edilemiyorsa, bu durumda ilgili kısım olmaksızın sözleşmenin ayakta kaldığı söylenebilir¹⁴²². Tarafların her ikisinin de ilgili bölümün imar yasaklarını ihlâl ettiğini bilmesine rağmen yine de sözleşmeyi kurması hâlinde ise öncelikle geçersiz kısma dair yasağın ileride ortadan kalkacağına ilişkin bir inançları olup olmadığı incelenmelidir. Zira hem işsahibi hem de yüklenici, her nasılsa bahse konu imar yasağının inşaat devam ederken ortadan kalkacağına, mevzuatın değişeceğine inanarak sözleşme yapmış olabilir¹⁴²³. Bu durumda sözleşmenin geciktirici şarta bağlandığı ve kararlaştırılan tarih geldiğinde halâ daha mevzuat değişikliği olmadıysa geçersizlik yaptırımı uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴²⁴. Bu hususun yukarıda açıklandığı gibi taşınmaz projesinin bir kısmına denk gelmesi hâlinde ise yalnızca ilgili kısım bakımından sonuç doğuracağı söylenebilir. İncelenmesi gereken diğer husus ise tarafların bu geçersizliği açık şekilde bilmeleri ve bile bile bu sözleşmeyi kurlmaları ihtimalidir. Bu durumda artık ilgili kısım bakımından tarafların farazi iradeleri araştırılmaz ve bahse konu bölüm geçersiz addedilir¹⁴²⁵.

Hükümsüzlüğün şekille alâkalı olduğu durumlarda kısmi hükümsüzlüğün gündeme gelme ihtimali de değerlendirmeye muhtaçtır. Bilindiği gibi genel kural, şekle tabi sözleşmenin, bu şarta uymaksızın akdedilmesi hâlinde kesin hükümsüzlüğüdür¹⁴²⁶. Fakat bazı hâllerde şekle dair eksikliğin de kısmi hükümsüzlüğe sebep olabileceği öğretisi ve mahkeme kararlarında ileri sürülmekte ve geniş anlamda içerik sakatlığı sebeplerinden biri olarak ele alınan şekle aykırılık bakımından da kısmi hükümsüzlüğün niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁴²⁷. Bilhassa sözleşmenin yalnızca bazı hükümlerinin şekle tabi olması, bir diğer anlatımla, şeklin sözleşmenin tamamına sirayet etmemesi hâlinde durum böyledir¹⁴²⁸. Fakat

¹⁴²² Bu kabulün TBK m. 27/II'ye kıyasen ileri sürülebileceği yönünde bkz. **ÖZ**, Mevzuat, s. 26.

¹⁴²³ **ÖZ**, Mevzuat, s. 26; **SÜTÇÜ**, s. 270.

¹⁴²⁴ **ÖZ**, Mevzuat, s. 26. Bu sonucun ancak, objektif imkânsızlık mutlak yahut sözleşme emredici kurallara ya da ahlâka aykırı değilse kabul edilebileceği yönünde bkz. **SÜTÇÜ**, s. 270.

¹⁴²⁵ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 174, dn. 239. *Favor negotii* ilkesi gereği kalan kısmın geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **HÜRLIMANN**, Rn. 204- 206.

¹⁴²⁶ **SEROZAN**, Formmangels, s. 27, 28.

¹⁴²⁷ **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 108; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 186 vd. Benzer yönde bkz. **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 170.

¹⁴²⁸ **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 108; **KOLLER**, AT, Rn. 12.17 vd.

resmi şekil şartının sözleşmenin tamamına sirayet ettiği durumlar bakımından, sözleşmenin tamamının şekle uygun biçimde akdedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴²⁹. Kaldı ki şekil kuralının amacı tarafların korunmasıdır ve bu da ancak öngörülen şeklin sözleşmenin tüm unsurları bakımından uygulanması ile mümkün olur. Tarafların farazi iradesi, şekil kuralı ile amaçlanan korumaya göre ikincil sıradadır¹⁴³⁰.

Şekle aykırılığın karma sözleşmeler bakımından ortaya çıkması ihtimalinde ise bir görüş, kısmi hükümsüzlüğün gündeme gelebileceğini ileri sürmektedir¹⁴³¹. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2015 tarihli bir kararında adi yazılı şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki şekle aykırılığın sözleşmenin yalnızca taşınmaz satış vaadi içeren kısmına hasredilmesi gerektiğini ve kesin hükümsüzlük değil kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıkacağını hüküm altına almıştır¹⁴³². Yine aynı Hukuk Dairesi 2016 yılında verdiği kararda da “*Bu yönüyle somut olayda sözleşmenin bir bütün halinde geçersiz olduğu görüşü yerine doktrinde de kabul edilen kısmi butlan görüşü uygulanmalıdır. Bu görüşe göre de sözleşmenin, iş bedeli olarak tapuda kayıtlı arsaların devri vaadi kısmını içeren bölümü geçersiz olmakla birlikte işin yapılması ve iş bedelinin bu arsaların değeri olduğu konusunda tarafların iradeleri uyuşmuş olduğundan iş bedelinin sözleşme hükümleri doğrultusunda belirlenmesi gerekir*” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁴³³. Öğretideki diğer görüş ise, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, örneğin

¹⁴²⁹ BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s. 108; HÜRLIMANN, Rn. 314.

¹⁴³⁰ HÜRLIMANN, Rn. 314.

¹⁴³¹ BUCHER, Allgemeiner Teil, s. 170; SEROZAN, Formmangels, s. 27, 28.

¹⁴³² “Kural olarak, taşınmaz satış vaadini de içermesi nedeniyle resmi şekilde düzenlenmesi gereken 30.07.2008 tarihli sözleşmenin adi yazılı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle geçersiz olduğu kabul edilmekteyse de, tarafların iradelerinin yüklenici tarafından yapılan işin bedelinin 1 numaralı bağımsız bölümün bedeliyle 15.000,00 TL nakit karşılığında uyduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, somut olayda, sözleşmenin bir bütün halinde geçersiz olduğu görüşü yerine, doktrinde de kabul edilen ve özellikle İsviçre Hukuku'nda Giger tarafından savunulan kısmi butlan görüşünün uygulanması gerekir. Bu görüşe göre, sözleşmenin taşınmaz satış vaadini içeren kısmı geçersiz olmakla birlikte, iş bedeli konusunda tarafların iradeleri uyuşmuş olduğundan, iş bedelinin sözleşme hükümleri doğrultusunda belirlenmesi gerekecektir. Bu durumda, yüklenici davacının hak ettiği iş bedeli sözleşme tarihinde geçerli bulunan mahalli serbest piyasa rayıçlarına göre belirlenen 1 numaralı bağımsız bölüm bedelinin 15.000,00 TL eksiği olarak kabul edilmelidir”. Yargıtay 15. HD, E. 2015/2798, K. 2015/6055, T. 30/11/2015, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 16/12/2024).

¹⁴³³ “Söz konusu sözleşmede iş bedeli karşılığı iş sahibine ait sözleşmede ada ve parsel numaraları gösterilen 2 arsanın yükleniciye verileceği kararlaştırılmıştır. Kural olarak iş sahibine ait tapuda kayıtlı arsaların devrini de içermesi nedeni ile 27.7.2007 tarihli sözleşme adi yazılı şekilde düzenlendiğinden geçersiz olup buna dayalı olarak tapu iptali ve tescili talep edilemez ise de; ifa ile sonuçlandığı ileri sürüldüğünden tarafların iradelerinin yüklenici tarafından yapılan işler bedelinin davalı adına kayıtlı olan ada 1 ve Ada 2 parsel sayılı arsaların sözleşmenin yapıldığı tarihteki bedellerinin karşılığı yönünde birleştiği anlaşılmaktadır...”. Yargıtay 15. HD, E. 2015/6313, K. 2015/2417, T. 21/4/2016, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 16/12/2024).

karma yapılı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki şekil şartının, inşaat yapma borcu da dahil olmak üzere, sözleşmenin tamamı bakımından gerekli olduğunu¹⁴³⁴, zira arsa payının devrine ilişkin borcun; eser inşa etmeye de sirayet ettiğini ifade etmektedir¹⁴³⁵.

Kısmi hükümsüzlük eser sözleşmesinin bedele ilişkin hükmünde de ortaya çıkabilir. Buna göre kesin götürü¹⁴³⁶ bedelle belirlenmiş bir eser sözleşmesinin uyarlanması gündeme gelebilir. TBK m. 480/I¹⁴³⁷ esasen bedelin götürü olarak belirlenmiş olması hâlinde bunun kural olarak değişmezliğini ele almaktadır. Fakat hükmün ikinci fıkrasında bir uyarlama kuralı bulunmaktadır¹⁴³⁸. Bu kurala göre, uyarlama yapılabilmesi için başlangıçta öngörülme-yen veya öngörülebilir olsa da taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar ortaya çıkmalı, bu yeni durumlar taraflarca belirlenen götürü bedelle eserin imalini engellemeli yahut son derece güçleştirmeli, durumun ortaya çıkması yükleniciye isnat edilememeli, eser tamamlanmamış olmalı ve taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma bulunmamalıdır¹⁴³⁹. Sözleşmede aksi yönde bir anlaşma bulunması ise, aslında akdin kurulmasından sonra ortaya çıkabilecek beklenmedik durumlara kimin katlanacağını taraflarca belirlenmesidir¹⁴⁴⁰. Bu anlamda taraflar olumsuz bir

¹⁴³⁴ **AYAN**, s. 33; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1181. Aksi yönde bkz. **ERMAN**, İçtihat, s. 212, Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise bu durumda taşınmazın devrine ilişkin kısım bakımından şekil şartına uyulması gerekli ise de eser sözleşmesi bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu noktada, resmi şekle tabi sözleşmenin, kural olarak şekle uyulmadan akdedilebilecek sözleşmeye atıf yapıp yapmaması gerektiği noktasında da tartışma bulunmaktadır. Ayrıntılar için bkz. **KOLLER**, Werkvertragsrecht, Rn. 91.

¹⁴³⁵ **ATAMULU**, İnşaat, s. 43. Şekil şartının sözleşmenin esaslı noktalarını kapsadığı ve ortada farklı bir sözleşme de olmadığı için inşaatın yapılması edimi bakımından da şekil şartı bulunduğu yönünde bkz. **KURŞAT**, İnşaat, s. 21.

¹⁴³⁶ Eser sözleşmesinde götürü bedel sabit, değişken yahut birim fiyat şeklinde belirlenebilir. Esasen götürü bedel zaten değişmez niteliği gereği sabittir ve fakat diğer götürü bedel türlerinde bu değişmezlik esnediği için sabit götürü bedel, bir götürü bedel türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Değişken götürü bedel ise kesinlik niteliğinin taraflarca koyulan bir sözleşme kaydıyla aşıldığı ve maliyet değişikliğinin bedele yansıtıldığı bir götürü bedel çeşididir. Birim fiyat şeklinde götürü bedel ise esasen sabit götürü bedelin birim fiyat nezdinde belirlenmesidir. Ayrıntılar için bkz. **GÖNEN**, s. 47 vd.

¹⁴³⁷ TBK m. 480/I: “*Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez*”.

¹⁴³⁸ TBK m. 480/II: “*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir*”.

¹⁴³⁹ Uyarlama şartlarına dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. **CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, OR 373, Rn. 10 vd.; **ERMAN**, Beklenilmeyen Haller, s. 71 vd.; **GÖNEN**, s. 69 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1146 vd.; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 542 vd.

¹⁴⁴⁰ Bu yönde bir anlaşmanın ancak TBK m. 480/II’nin emredici değil yedek hukuk kuralı olduğunun kabulü hâlinde mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **GÖNEN**, s. 91. Hükmün emredici olmadığı yönünde bkz. **CHK-**

kayıt koyarak sözleşmenin uyarlanmasının önüne de geçebilirler. Örneğin dünya genelinde yaşanan tedarik sıkıntısı nedeniyle malzeme fiyatlarının artmış olmasının sözleşmede belirlenen bedeli değiştiremeyeceği yahut enflasyon gibi durumların bedelin uyarlanması sebebi olmayacağı şeklinde sözleşmesel kayıtlar hüküm altına alınmış olabilir. Bu türden bir kayıt TBK m. 480/II'nin emredici olmaması nedeniyle geçerli¹⁴⁴¹ kabul edilse de öyle bazı hâller vardır ki uyarlama hakkından vazgeçme yüklenici için son derece ağır bir sonuç doğurabilir. Bilhassa sözleşmedeki bu kaydın kişilik hakkına ve TMK m. 23 sınırlamasına aykırılık oluşturacak nispette bir zorluk yaratması hâlinde artık geçersiz olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁴². Pek tabii yüklenicinin ticari alanda faaliyet gösterdiği bir ihtimalde – ki bu azımsanmayacak derecede yüksek bir orandır – TMK m. 23 sınırlamasının koşullarının kolay biçimde ortaya çıkmayacağının kabul edilmesi gerekir¹⁴⁴³. Zira TMK m. 23 sınırlaması, kişiyi ekonomik durumunun ötesinde bir sözleşme yapmaktan alıkoymamakta ve bu itibarla ekonomik geleceği tehlikeye sokan her taahhüt de bu hükme aykırı olmamaktadır¹⁴⁴⁴. Bu nedenledir ki sözleşmedeki kaydın geçersiz addedilmesi için ağır bir rizikoya sebebiyet vermesi gerekir¹⁴⁴⁵. Bu hâlde artık olumsuz intibak kaydına rağmen TBK m. 480/II'den yararlanma imkânının devam ettiği kabul edilmektedir¹⁴⁴⁶. Yani sözleşmede ortaya çıkan boşluk yine kanundaki hükümle doldurulmakta ve ortaya değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük çıkmaktadır.

Yukarıda anılan duruma benzer bir kısmi hükümsüzlük hâline iş değişikliği ve ek iş¹⁴⁴⁷ talep edilmesi ihtimalinde de rastlanabilir. Sözleşmeye konulan bir kayıt, iş sahibine tek taraflı olarak

HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, OR 373, Rn. 19; **ERMAN**, Beklenilmeyen Haller, s. 122; **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 1128; **BernKomm/GAUTSCHI**, Werkvertrag, Art. 373, Rn. 4f; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1148.

¹⁴⁴¹ Bu yönde bkz. **BAYGIN**, İstisna Sözleşmesi, s. 95, 96; **ERMAN**, Beklenilmeyen Haller, s. 122; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 247, 248; **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 1128; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1148; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 547.

¹⁴⁴² **CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, OR 373, Rn. 19; **BAYGIN**, İstisna Sözleşmesi, s. 100, 101; **GÖNEN**, s. 97; **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 1129, 1130; **GÜRPINAR**, s. 155, 156; **KOCAAĞA**, s. 192.

¹⁴⁴³ **CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, OR 373, Rn. 19; **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 1130.

¹⁴⁴⁴ **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 1130.

¹⁴⁴⁵ Benzer yönde bkz. **BAYGIN**, İstisna Sözleşmesi, s. 100, 101.

¹⁴⁴⁶ **GÖNEN**, s. 98.

¹⁴⁴⁷ Eser sözleşmesi kural olarak sözleşmede kararlaştırılana uygun olarak ifa edilip teslim edilir. Yüklenicinin değişiklik yapması ancak iş sahibinin onayı ile mümkündür. Bazı hâllerde yüklenicinin üstlendiği edimin içeriği değişikliğe uğrayabilir. Buna göre ilave işler eklenebileceği gibi birtakım işlerden vazgeçilebilir yahut iş kararlaştırılardan farklı biçimde ifa edilebilir. Tüm bu hâllerde iş değişikliği ve/veya ek iş gündeme gelmektedir. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **BAYGIN**, İstisna Sözleşmesi, s. 54, 55; **KAPLAN**, Ücret, s. 143, 144.

ek iş ve iş değişikliği talep etmesi hakkı tanıyabilir. Bu durumda ilgili hükmün içeriği bakımından da TMK m. 23'ün ve TBK m. 27'nin öngördüğü sınırlamalar geçerlidir¹⁴⁴⁸. Zira iş sahibinin hakkının kapsamı yüklenicinin ekonomik özgürlüğünü ciddi biçimde sınırlayabilir yahut kişilik hakkına aykırılık teşkil edebilir. Örneğin büyük bir otelin tüm odalarında kullanılmak üzere son derece nadir bulunur, hatta neredeyse rezervleri tükenmiş ve bu nedenle pahalı bir mermer türünden yapılacak masa takımlarının imali sırasında, iş sahibinin mermer türünü tek taraflı beyanı ile imalatın herhangi bir safhasında değiştirebileceği ve bu nedenle doğacak tüm masrafa yüklenicinin katlanacağı yönündeki bir kaydın geçersizliği sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğüne sebep olabilir¹⁴⁴⁹.

Yine yukarıda anlatılan gerekçelere benzer bir durumu ele alan bir kararda Yargıtay, kısmi hükümsüzlük sonucuna ulaşmıştır. Buna göre bir kooperatif ile inşaat ustası arasında kurulan eser sözleşmesinde yer alan, ustadan kaynaklı bir sorun nedeniyle kooperatifin işi bıraktırması hâlinde ustanın yaptığı işin bedelini alamayacağına ilişkin hüküm, emredici hükme aykırılık nedeniyle mahkemece geçersiz addedilmiştir¹⁴⁵⁰. Kanaatimizce buradaki geçersizlik değerlendirmesinin emredici hükme aykırılık üzerinden yürütülmesi yerinde değildir. Bu incelemenin daha ziyade ahlâka aykırılık yahut kişinin özgürlüklerinin hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırılması bakımından yapılması gerekirdi.

¹⁴⁴⁸ **BAYGIN**, İstisna Sözleşmesi, s. 56, 57; **GÖNEN**, s. 215; **KAPLAN**, Ücret, s. 145.

¹⁴⁴⁹ Bu gibi durumlarda sözleşmenin tamamının da kesin hükümsüz hâle gelebileceği yönünde bkz. **GÖNEN**, s. 216.

¹⁴⁵⁰ “Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, yerel mahkemece taraflar arasındaki sözleşmede, ustadan kaynaklı problemlerden dolayı kooperatif tarafından işin bırakılması halinde usta, yaptığı işin bedelini alamayacağına dair madde bulunduğu gerekçesi ile iş bedeline ilişkin talep reddedilmiş ise de, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan söz konusu hükmün, yukarıda zikredilen Anayasa ve emredici nitelikteki Borçlar Kanunu genel hükümleri ile eser sözleşmesine ilişkin emredici özel düzenlemelere aykırı olduğu anlaşıldığından geçersiz olduğuna karar verilmiştir.

Yerel mahkemece, geçersiz olan sözleşme maddesi gerekçe gösterilerek ödenmeyen iş bedeline ilişkin talebin reddedilmesi doğru olmamıştır.

Mahkemece yapılacak iş, 25.09.2009 tarihli tespit dosyası raporunda işleri bitmiş ve oturulur vaziyette olduğu belirtilen 2 bloğun belirlenmesi ile bu bloklara ilişkin projelerin getirtilerek taraflar arasındaki sözleşmedeki iş kalemlerine ilişkin metrajlar belirlendikten sonra, bu metrajların taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen birim fiyatlar ile çarpımı neticesinde bulunan iş bedeli üzerinden, dosya kapsamında alınan raporlarda belirtilen ayıplara ilişkin makul bir nefaset kesintisi yapmak sureti ile varsa ispatlanan ödemelerinde mahsubu neticesinde davacının hak ettiği iş bedelinin belirlenmesinden ibarettir”. Yargıtay 6. HD., E. 2021/5900, K. 2022/5513, T. 28/11/2022, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 24/12/2024).

Eser sözleşmesi açısından ortaya çıkabilecek bir başka kısmi hükümsüzlük örneği sözleşmede yer alan ceza koşuluna ilişkin olabilir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde bu türden ceza koşullarına sıklıkla rastlanmakta ve örneğin kararlaştırılan tarihe kadar teslim edilemeyen inşaatlar bakımından işletilmektedir¹⁴⁵¹. Bilindiği gibi TBK m. 182/III, hâkime aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme imkânı tanımaktadır. Fakat genelde tacir olan yüklenicilerin, TTK m. 22 gereği, kural olarak indirimden faydalanma imkânı yoktur¹⁴⁵². Yine de tacir olan tarafın dahi ceza koşuluna maruz kalması bazı durumlarda engellenebilir¹⁴⁵³. Buna göre bahis konusu ceza koşulu, tacirin ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez şekilde sınırlandırmakta ve mahvına sebep olmakta ise TTK m. 22'nin uygulanmasının önüne geçilmektedir¹⁴⁵⁴. Bu hâlde, tacir olan borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan ve yıkımına yol açacak niteliği haiz ceza koşulu hükmünün, ahlâka aykırılık¹⁴⁵⁵ nedeniyle geçersizliği gündeme gelmektedir¹⁴⁵⁶. Bahse konu durumda tacirin, ilgili nitelikleri haiz ceza koşulunun indirilmesini yahut tamamen kaldırılmasını isteyebileceği ifade edilmektedir¹⁴⁵⁷. Bu durumda ceza koşulu öngören kuralın

¹⁴⁵¹ **ÖZ**, Mevzuat, s. 156. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin eseri teslim bakımından temerrüde düşmesi ihtimaline dayalı olarak ceza koşulu uygulamasının çok sık rastlanır bir durum olduğu ve bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. **Gökhan DİRİCAN**, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 39 vd.

¹⁴⁵² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 22 (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanun'u m. 24) uyarınca tacir, TBK m. 182/III (eBK m. 161/III) bağlamında düzenlenen imkândan kural olarak faydalanamaz. Tüm ticari faaliyetlerinde basiretli davranmak ve üstlendiği yükümlülüklerin sonuçlarını değerlendirerek hukuki ilişkiler kurmak zorunda olan tacirlerin, Türk Borçlar Kanunu'nun bu gibi koruyucu hükümlerinden yararlanmaları mümkün değildir. Ceza koşulunda indirim talebini engelleyen TTK m. 22, bu anlamda TBK m. 182'nin uygulanmasına bir istisna teşkil etmektedir. Bkz. **Sezer ÇABRİ**, “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması”, Legal İSGHD, C. 3, S. 11, 2006, s. 923 (Cezai Şart).

¹⁴⁵³ **ÇABRİ**, Cezai Şart, s. 926. TBK m. 27 ve TMK m. 23 herkes ve tüm sözleşme ilişkileri için çerçeve niteliğindedir ve taahhüt altına giren kişinin tacir olması bu durumu değiştirmemektedir. Bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 268.

¹⁴⁵⁴ **ÇABRİ**, Cezai Şart, s. 926.

¹⁴⁵⁵ Ceza koşulunun fahiş olması her durumda ahlâka aykırı olmasını gerektirmez. TBK m. 182'de düzenlenmiş olan ve indirim gerektiren aşırılık, özgürlüklerin ahlâka aykırı olarak sınırlandırıldığını göstermemektedir. Ceza koşulunun ahlâka aykırı addedilmesi için borçlunun ekonomik özgürlüğünü çok ağır şekilde kısıtlaması veya ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgiler için bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 268. Benzer yönde bkz. **EREN**, Genel Hükümler, N. 3713.

¹⁴⁵⁶ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 271; **ÇABRİ**, Cezai Şart, s. 926; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 357.

¹⁴⁵⁷ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 271; **EREN**, Genel Hükümler, N. 3714; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 357.

geçersizliği, sözleşmenin TBK m. 27/II uyarınca kısmi hükümsüzlüğe neden olabilir¹⁴⁵⁸. Fakat öğretide, tacirler bakımından ceza koşulu öngören bu gibi hâllere sık rastlanan inşaat sözleşmeleri bakımından, kuralın tamamen geçersiz sayılmadığı ve kabul edilebilir bir sınıra indirildiği¹⁴⁵⁹ ifade edilmektedir¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁸ İlgili durumda ya tüm ceza koşulu ya da ceza koşulu ile birlikte tüm sözleşmenin geçersiz sayılma ihtimalinin olduğu yönünde bkz. **DİRİCAN**, s. 201; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt II, N. 1634. Bu yönde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 357, 358.

¹⁴⁵⁹ Her ne kadar ceza koşulu öngören kuralın ahlâka aykırılık teşkil edecek bir niteliği haiz olması hâlinde hükümsüzlüğü gündeme gelebilirse de bahse konu kuralın kabul edilebilir sınıra indirilmesi hâlinde, ilgili indirimin hukuki niteliği ve dayanağı bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide *Ateş*, ceza koşulunun makul bir düzeye indirilmesi bakımından, TTK m. 1530'un (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanun'u m. 1466) kıyasen uygulanması ile değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün meydana geleceğini ileri sürmektedir. Bkz. **ATEŞ**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 271. *Kırkbeşoğlu* ise bu durumda düşey kısmi hükümsüzlüğün gündeme geldiğini ve TTK m. 1530'un uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre cezai şartın indirilmesi şekli ve hâkimin indirimde esas alacağı kriterler açısından ise TBK m. 182/III hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 310. *Oğuzman/Öz* ise ceza koşulunda indirim imkânının TBK m. 27/II uyarınca sağlanamayacağını, bu ihtimalin TTK m. 1530'un kıyasen uygulanması yahut TBK m. 27/II'nin dürüstlük kuralı yardımıyla kısmen uygulanmasına dayanabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt II, N. 1634. *Öz* ise, bahse konu indirimin TBK m. 27/II kuralına kıyasen gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **ÖZ**, *Mevzuat*, s. 157. *Dirican* ise bu durumda ceza koşulu miktarının indirilmesinin TTK m. 1530 (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanun'u m. 1466) hükmünün kıyasen uygulanması ile sağlanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **DİRİCAN**, s. 201.

¹⁴⁶⁰ **ÖZ**, *Mevzuat*, s. 157. “*Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi "Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir." hükmü uyarınca cezai şartın aşırı olup olmadığı saptayacak kişi hakimdir. Bu hüküm ile 161/1. maddesindeki sözleşmeye bağlılık ilkesine bir istisna getirilmiş ve hakime sözleşmeye müdahale yetkisi verilmiş olup, bu hüküm emredici niteliktedir. Borçlunun talebi olmasa da gerekli ise indirim zorunludur. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 Sayılı TTK'nın 24. maddesi uyarınca, tacir olan borçlu cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürerek, tenkisini isteyemez. Hakimin bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Hakim cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlerken doktrinde ve uygulamada kabul edilen bazı esasları ölçü alması gerekir. Bu ölçünün ne olacağı Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11.11.1986 tarih ve 4726 E, 5410 K. sayılı kararında "Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmelidir. " şeklinde ifade edilmiştir. (İzzet Karataş, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri 2. Baskı*, Ankara 2009, s.382)*

Bu durumda mahkemece, davalı şirketin mevcut kayıtları, mahkemece ulaşılabilecek tapu, trafik, banka, vergi daireleri, sanayi ve ticaret odaları, ticaret sicil kayıtları gibi hakkında bilgi alınabilecek belgeler, tarafların sunacakları bilgi ve belgeler, varlık kalemlerinin rayiç değerleri uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla değerlendirilerek, davalı şirketin kapasitesi, maddi gücü, söz konusu cezanın tahsili halinde davalının eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceği, mümkün olmazsa bu durum onun iktisaden mahvına sebep olup olmayacağı hususunda rapor alınıp, bu durumun davalının ekonomik mahvına sebep olduğunun belirlenmesi durumunda, cezai şart hükmünün BK'nın 20. maddesi hükmü uyarınca tamamen batıl olduğu sonucuna varılmaması, mahvına sebep olacağı belirlenen miktar itibarıyla batıl, geri kalan miktar itibarıyla batıl olmadığının kabul edilmesi, diğer anlatımla kısmi butlan halinin belirlenmesi gerektiği gözetilerek, uygun bir indirim yapılması hususunda hakimce takdir yetkisinin kullanılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” Yargıtay 23. HD., E. 2014/3510, K. 2014/7239, T. 13/11/2014, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 24/12/2024).

2. İrade sakatlığında

a. İrade sakatlığının çeşitli görünüm hâlleri

(i) Yanılma

Eser sözleşmesi de irade sakatlığı hâllerinden etkilenmekte ve yanılma, aldatma yahut korkutma gibi durumlarda bu sözleşmenin de iptal edilebilirliği gündeme gelebilmektedir. Fakat eser sözleşmesine özgü ve bu sözleşmenin özelliklerinin sebep olduğu özel durumlar nispeten sınırlıdır. Yine de bu başlığın devamında bilhassa yüksek mahkeme kararlarında karşılığını bulmuş örneklerle değinecek ve bunların sonuçlarını açıklayacağız. Ancak, özellikle, yanılma gibi bir irade sakatlığı hâline yüklenicinin başvurusunun ziyadesiyle zor olduğunun altının çizilmesi gerekir. Genelde tacir olan bu kişilerin diğer kimseler gibi yanılabilmesi pek kolay olmamaktadır.

Yanılma hâli bakımından ortaya çıkabilecek ilk örneğe, genelde, yüklenicinin taraflarca kararlaştırılardan daha yüksek bir bedel talep edebilmek amacıyla başvurusu ihtimalinde rastlanmaktadır¹⁴⁶¹. Buna göre sözleşme bedelinin üzerinde bir miktarı karşı edim olarak elde etmek isteyen yüklenici, bir hesaplama hatasına düştüğünü ileri sürerek yanılma hükümlerinden yararlanmaya çalışabilir. Fakat bilindiği üzere TBK m. 31 uyarınca miktarda yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için, olması gereken miktarla aradaki farkın önemli derecede olması yahut basit hesap yanlışlığı olmaması gerekir¹⁴⁶². Bu nedenle örneğin sözleşmeye ayrı ayrı bedelleri yazılan işlerin toplamının hatalı çıkması hâli artık basit hesap hatası olup bu durumda sözleşmenin doğru toplam üzerinden kurulduğu kabul edilmektedir¹⁴⁶³. Birim fiyat üzerinden kurulan sözleşmelere ise ayrıca dikkat çekilmelidir. Bedelin bu biçimde kararlaştırıldığı sözleşmelerde, her bir iş için birim fiyat ile bunun bedeli ve bunların yanında da genelde toplam proje içinde o işin tahmini olarak kaç kere yapılacağı yer almaktadır. Bu duruma, yeni kurulan bir otel ile bu otelin aydınlatma ve elektrik sisteminin tamamının yapımını üstlenen bir firma arasındaki sözleşme örnek olabilir. Bu gibi sözleşmelerde, her bir oda ve ortak alanlar için aydınlatma aparatların monte edilmesi işi metrekare hesabına göre

¹⁴⁶¹ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 1249.

¹⁴⁶² ANTALYA, BG 1,1, N. 1615; İstSerhi/KURŞAT, m. 31, N. 20.

¹⁴⁶³ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 1250.

sözleşmeye eklenmektedir. Zira aydınlatmanın belli standartlarda olabilmesi için avize, aplik gibi ürünlerin alanın boyutuna göre belli adetlerde olması gerekir. Büyük bir alan için kurulan bu gibi bir sözleşmede, gerek projenin kapsamı gerek tedarik sıkıntısı yaşanmaması için, bu tür malzemelerden ortalama kaç adet kullanılacağı genel olarak sözleşmeye eklenmektedir. İşte birim fiyat üzerinden anlaşılan bu biçimdeki sözleşmelerde, her bir iş için yazan tahmini miktarın ve bunun birim tutarla çarpılmasıyla oluşan toplam bedelin sözleşmenin konusu olmadığı ve bu gibi tahmini unsurlarda yapılan hatanın da miktarda yanılma kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir¹⁴⁶⁴. Zira burada sözleşme bedeli, gerçekleştirilen işin birim fiyatla çarpılması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yanılma imar mevzuatı sebebiyle de ortaya çıkabilir. Fakat buradaki durum, yukarıda açıkladığımız ve kesin hükümsüzlüğe neden olan yasağa aykırı inşaat sözleşmesi kurmadan farklıdır. Zira yanılmaya sebebiyet verebilecek ölçüdeki bir durum, inşaatın yapıldığı ilçede ilgili metrekairelerdeki bir yapı için, sekiz katlı bir binaya izin verilmesine rağmen hatalı olarak en fazla altı katlı bir bina yapılabileceğinin düşünülmesi gibi bir örnekte karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi bir durumda, işin sonunda daha küçük ve daha değersiz bir inşaatın ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır¹⁴⁶⁵. Yüklenicinin yahut profesyonel olarak inşaat sözleşmesi kuran iş sahibinin bu gibi bir bilgi hususunda yanılığa düşmesi ziyadesiyle zor olduğundan bu kimselerin yanılma hükümlerine dayanabilmesinin diğer kişilere göre daha zor olduğunun altının çizilmesi gerekir¹⁴⁶⁶. Fakat yine de böyle bir durumun kısmi iptale sebep olması mümkündür¹⁴⁶⁷. İş sahibi ilgili hâl nedeniyle sözleşmenin tamamını iptal etmek yerine kısmi iptal yoluna başvurabilir¹⁴⁶⁸. Değiştirilmiş kısmi iptalin gündeme geleceği bu gibi bir örnekte sözleşme bedeli de yeni duruma oranlanmalıdır. Fakat açıktır ki karşı tarafın farazi iradesi de buna uygun olmalıdır. Yani iş sahibi yanılmasaydı ve yüklenici de bu durumu bilseydi, inşaat

¹⁴⁶⁴ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 1256.

¹⁴⁶⁵ ÖZ, Mevzuat, s. 37.

¹⁴⁶⁶ ÖZ, Mevzuat, s. 37.

¹⁴⁶⁷ Bu yönde bkz. BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 23-24, Rn. 422; KANIŞLI, s. 574, 575.

¹⁴⁶⁸ Bu gibi bir saikte yanılma durumunda, sözleşmenin tamamının iptalinin talep edilmesi hâlinde TBK m. 34'ün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. NOMER, İptal, s. 527, 528. Yanılanın tam iptal değil de kısmi iptal istemesi hâlinde artık TBK m. 34'ün değil m. 27/II'nin kıyasen uygulanacağı ve ilgili şartları haiz ise kısmi iptal sonucunun doğacağı yönünde bkz. NOMER, İptal, s. 528, 529.

sekiz kat üzerinden akdedilecekti denebiliyorsa, o hâlde sözleşmenin kısmi iptali mümkün olabilir¹⁴⁶⁹.

(ii) Korkutma ve aldatma

(1) Genel olarak

Bir kimsenin korkutularak eser sözleşmesi kurmasının sağlanması hâlinde sözleşmenin iptal edilmesi mümkündür. Fakat bu durum, eser sözleşmesi özelinde sık rastlanır değildir. Yahut korkutmanın eser sözleşmesine özgü bir niteliği bulunduğu söylenemeyecektir.

Aldatma ise bazı hâllerde bilhassa inşaat sözleşmeleri bakımından gündeme gelebilmektedir. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa paylarının devrini baştan sağlamaya çalışan yüklenici, karşı tarafı sözleşmeye ikna etmek için gerçeğe aykırı beyanlarda bulunabilmektedir. Dairelerin niteliği, boyutu ve değerini etkileyecek çeşitli özelliklerini karşı tarafı yanıltacak ve böylece sözleşme yapmaya ikna edecek şekilde açıklayan yüklenici yahut üçüncü kişiler, iş sahibinin iradesini sakatlamaktadır¹⁴⁷⁰. Bir kararında Yargıtay, temyiz kudretini azaltacak mahiyette rahatsızlığı bulunan iş sahibiyle, onun bu durumundan

¹⁴⁶⁹ Bu yönde bkz. **NOMER**, İptal, s. 527.

¹⁴⁷⁰ “*Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 04/02/2021 tarihli ve 2021/117 Esas-2021/206 Karar sayılı kararıyla; tüm dosya kapsamından davalı ... tarafından davacıya taşınmaz üzerine yapılacak ... B1 no.lu bahçe dubleks meskenin verileceği taahhüt edilerek iradesinin yanıltıldığı, 1 parsel sayılı taşınmazdaki payının satış suretiyle temlik alındığı, davacıya adi şekilde taahhüt edilen B1 no.lu dairenin mülkiyetinin devredilmediği, anılan taşınmazın rayiç değerinin 220.000,00 TL olduğu anlaşıldığından anılan miktarın yasal faiziyle söz konusu taşınmaz payını temlik alan davalı ...'ten tahsiline...*

...Hile (aldatma), genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır...

6098 s. TBK 36/1. (818 s. Borçlar Kanunu'nun (BK) 28/1.) maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değerilen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir”. Bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2022/223, K. 2022/1630, T. 28/2/2022, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 27/12/2024). Benzer yönde bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2009/10410, K. 2010/928, T. 2/2/2010, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 27/12/2024).

faaydalanmak suretiyle akdedilmiş adi yazılı¹⁴⁷¹ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, aldatma nedeniyle iptal edilebileceğine hükmetmiştir¹⁴⁷².

Yüklenicinin eser sözleşmesi için gerekli özellikleri haiz olmadığı hâlde sırf sözleşme akdetmek amacıyla bunlar varmış gibi karşı tarafı bilgilendirmesi yahut mesleki yeterliliklerini olduğundan çok daha fazla göstermesi ihtimalinde de aldatma gündeme gelebilir¹⁴⁷³. Örneğin inşaat sözleşmesi kurmak maksadıyla kendisini mühendis gibi tanıtan kimsenin kalfa çıkması hâlinde artık sözleşme hileli biçimde kurulmuştur¹⁴⁷⁴. Benzer şekilde imal edemeyeceğini bildiği yahut bilmesi gerektiği hâlde, sözleşmeye konu eserin nitelikleri hususunda karşı tarafa vaat veren yüklenicinin bu davranışı aldatma teşkil etmektedir¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine aykırı şekilde kurulan kat irtifakı ve bu işlemin iş sahibinin akıcı şekilde okuma yazma bilmemesi yüzünden aldatılması neticesinde meydana getirilmesi yüzünden iptaline dair bkz. Yargıtay HGK., E. 2017/23-1815, K. 2021/769, T. 15/6/2021, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 27/12/2024).

¹⁴⁷² “Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacı kısıtlı ...'ın çekişme konusu 2305 ada 5 parsel sayılı taşınmazdaki 2080/2400 payının tamamını 27.01.2006 tarihinde satış suretiyle davalı ...'a temlik ettiği, ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 28.10.2008 tarih ve 2008/848 Esas 2008/954 Karar sayılı ilamı ile davacının akli dengesinin akıllıca yaşam sürmesi için yeterli olmadığından bahisle kısıtlandığı, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 4. Adli Tıp İhtisas Kurulunun 08.12.2014 tarihli raporunda, davacının her ne kadar olayları kavrayıp, onlardan sağlıklı sonuçlara varabilme yeteneğini azaltacak mahiyet ve derecede demansiyel sendrom başlangıcı tespit edilmiş ise de anılan hastalığın ilerleyici vasfı dikkate alındığında davacının akit tarihinde fiil ehliyetini haiz olduğunun belirlendiği, ayrıca davacı ile davalının vekili dava dışı ... arasında imzalanan 12.10.2006 tarihli belgeden tarafların dava konusu taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat yapımı için adi yazılı sözleşme düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, hile (aldatma), genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hata da yanılma, hilede ise yanıltma söz konusudur. 6098 s. Türk Borçlar Kanununun (TBK) 36/1. (818 s. Borçlar Kanunun (BK) 28/1.) maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltilmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Öte yandan, hile her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiçbir şekle bağlı değildir. Aldatmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir irade açıklaması, defî yahut dava yoluyla da kullanılabilir. Somut olaya gelince; dinlenen tanıklar ifadelerinde davacı ...'ın son 20-25 yıldır kendi işlerini göremeyen, parayı nitelik ve nicelik olarak ayırt edemeyen biri olduğunu ve dava konusu taşınmaz üzerine inşaat yapılacağı inancıyla davalıya bedelsiz olarak devrettiğini beyan ettikleri, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 4. Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporunda da, davacının olayları kavrayıp onlardan sağlıklı sonuçlara varabilme yeteneğini azaltacak mahiyette rahatsızlığının bulunduğu tespit edildiği, tüm bu somut olgular birlikte değerlendirildiğinde, davalının kat karşılığı inşaat sözleşmesi adı altında adi nitelikte sözleşme yapmak suretiyle davacıyı hileye düşürdüğü anlaşılmaktadır”. Bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2020/3182, K. 2020/6712, T. 14/12/2020, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 27/12/2024).

¹⁴⁷³ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 2315.

¹⁴⁷⁴ YILDIRIM, s. 83, 84.

¹⁴⁷⁵ YILDIRIM, s. 84.

(2) Aldatma ile ayıba karşı tekeffül hâlinin varlığı

Aldatma olgusu bilhassa yüklenici bakımından pasif hareketle de gerçekleştirilebilir. Buna göre yüklenicinin, açıklama yükümlülüğü bulunan bir durumda buna aykırı hareket etmesi bu ihtimali gündeme getirebilecektir. Örneğin iş sahibi tarafından sağlanacak malzemenin sözleşmenin niteliklerine aykırı olduğunu fark ettiği hâlde, karşı tarafın sözleşme kurma niyetinden vazgeçmemesi için bunu açıklamayan yüklenici dürüstlük kuralı temelli aydınlatma yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olur¹⁴⁷⁶. Zira¹⁴⁷⁷ sözleşmenin ayıpsız şekilde ya da zamanında yerine getirilmesine engel olacak bir durumun veya bir talimatın varlığı hâlinde, yüklenicinin bu hususu iş sahibine açıklaması gerekir. Yahut eserin imal bedeli ile faydası arasındaki açık bir oransızlık bakımından iş sahibini bilgilendirmelidir.

Eser sözleşmesinin bir sürece yayılması ise bu süreçte çeşitli pek çok sorunun gündeme gelmesine, işe başlama sürecinin gecikmesine ve nihayetinde eserin ayıplı şekilde meydana getirilmesine neden olabilir. İşte bu durumun başlangıcının, yüklenicinin sözleşme görüşmeleri sırasındaki yukarıda anılan gibi bir hilesine dayanıyor olması mümkündür¹⁴⁷⁸. Sözleşme görüşmeleri sırasında, iş sahibinin sağlayacağını ifade ettiği malzemenin açıkça eserin özelliklerine aykırı olduğunu gören yüklenicinin bu konuda iş sahibini uyarmaması sonucunda eser kendisinden beklenen faydayı sağlamaktan uzak bir şekilde ortaya çıkabilir. Bu durumda karşımıza evvelâ aydınlatma yükümlülüğüne aykırı hareket nedeniyle kusurlu davranış çıkmaktadır¹⁴⁷⁹. Bu borç esasen sözleşme öncesi görüşmeler safhasına işaret etmektedir. Ayıba karşı tekeffül hükümleri ve *culpa in contrahendo* sorumluluğu aynı olay özelinde birleştiğinde ise artık ayıp hükümlerinin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna göre öncelikli olduğu ve bu sorumluluğu dışladığı ileri sürülmektedir¹⁴⁸⁰. Fakat bu durumda dahi özellikle yüklenici mesleki yeterliliklerini aşan vaatlerde bulunmuş yahut aydınlatma yükümlülüğünü yerine

¹⁴⁷⁶ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 2314.

¹⁴⁷⁷ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 437.

¹⁴⁷⁸ Sözleşmenin ifası sırasındaki hileli davranışların çoğu zaman sözleşmenin kuruluş dönemi ile ilişkilendirilebileceği yönünde bkz. H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL, “Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”, GÜHFD, C. 17, S. 4, 2013, s. 108 (Hile).

¹⁴⁷⁹ YILDIRIM, s. 84. Yüklenicinin sözleşmenin kurulmasından önce ve kurulması sırasında sadakat borcu bulunmaktadır ve bu borç iş sahibinin yararına davranmayı gerektirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86; TANDOĞAN, Cilt II, s. 48 vd.

¹⁴⁸⁰ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 2315. Benzer yönde bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 89.

getirmek için sözleşmenin imzalanmasını beklemişse, bu hâlde iş sahibinin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna başvurabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁸¹.

b. İptal hakkının kullanılmasının etkisi

İradesi sakatlanan sözleşme tarafının iptal hakkını kullanması anına kadar bozulabilir geçerli kabul edilen eser sözleşmesi, iptal hakkının kurallara uygun biçimde kullanılmasıyla beraber hükümsüzleşecektir. Ortaya çıkan bu hükümsüzlüğün sözleşmeye etkisi bakımından ise Yargıtay, yukarıda izah ettiğimiz sözleşmenin sürekliliği tartışmasına giriyor gözükmemektedir. Örneğin 2022 tarihli bir kararında Yargıtay 1. Hukuk Dairesi “*Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir*” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁴⁸². Buna benzer şekilde verilen kararlarda Yargıtay, geçmişe etki bakımından bu kabulünü tekrar etmiştir¹⁴⁸³. Yüksek mahkemenin eser sözleşmesinin ani edimli olduğu yönündeki fikri karşısında, iptal hakkını geçmişe etkili kabul etmesinde bir gariplik yoktur. Fakat şaşırtıcı olan, bilhassa inşaat sözleşmelerinin sona ermesi bakımından sürekli ve ani edim karmaşığı görüşünü benimseyen ve ortaya çıkan sorunlar için çözüm üretmeye çalışan yüksek mahkemenin, iptal hakkının kullanılması açısından bu gibi bir tartışmaya incelediğimiz kararlarda değinmemiş olmasıdır. İncelenen kararlar aldatma hukuki sebebine dayanmaktadır ve iradesi sakatlanan kimsenin de talebi geçmişe etkili sonuçlar doğuran bir sona ermedir. Bu noktada denebilir ki yukarıda açıkladığımız¹⁴⁸⁴ istisnai hâl sebebiyle, aldatılanın, iptal hakkının *ex nunc* mu yoksa *ex tunc* mu şekilde etki edeceği hususunda bir seçim hakkı bulunması hasebiyle, verilen kararlar bu zaviyeden yerindedir. Fakat kanaatimizce Yargıtay’ın bu husustaki tavrının sebebi, sözleşmeyi ani edimli biçimde nitelemesidir. Ancak yüksek mahkemenin bu tutumu bir kenara bırakıldığında, iptal hakkının kullanılmasının sürekli borç

¹⁴⁸¹ GAUCH, Der Werkvertrag, Rn. 2315; YILDIRIM, s. 84.

¹⁴⁸² Yargıtay 1. HD., E. 2022/223, K. 2022/1630, T. 28/2/2022, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 27/12/2024).

¹⁴⁸³ Yargıtay 1. HD., E. 2009/10410, K. 2010/928, T. 2/2/2010; Yargıtay 1. HD., E. 2020/3182, K. 2020/6712, T. 14/12/2020, Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 27/12/2024).

¹⁴⁸⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, B, 3, b.

doğuran sözleşmelere etkisi açısından yukarıda yaptığımız açıklamalarımız, eser sözleşmesi bakımından da caridir¹⁴⁸⁵.

III. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Vekâlet Sözleşmesinin Özellikleri

Türk Borçlar Kanunu'nun 502 ilâ 514. maddeleri arasında düzenlenen vekâlet sözleşmesi, işgörme borcu doğuran bir sözleşmedir¹⁴⁸⁶. Kanuni tanımına göre vekâlet sözleşmesi, vekalet verenin bir işinin görülmesinin yahut bir işleminin yapılmasının, vekil tarafından üstlenilmesidir¹⁴⁸⁷.

Vekâlet sözleşmesinin en temel unsuru, hiç şüphesiz vekilin vekâlet veren için bir işgörme¹⁴⁸⁸ borcu altına girmesidir ve bu işgörme borcu, sözleşmenin asli edim yükümlülüğünü teşkil etmektedir¹⁴⁸⁹. Söz konusu işgörme eylemi, vekil tarafından müvekkil lehine yerine

¹⁴⁸⁵ Eser sözleşmesinin ani edimli olduğunu kabul etmekle beraber, birtakım hâllerde İsviçre Federal Mahkemesi'nin 129 III 320 künyeli içtihadının sözleşmenin iptaline uygulanabileceği yönünde bkz. **GAUCH**, Der Werkvertrag, Rn. 390a.

¹⁴⁸⁶ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1260.

¹⁴⁸⁷ Hükmün mehzazı OR m. 394'te düzenlenmektedir ve maddede kanuni tanımı yapılanın 'vekâlet' (*der Auftrag*) değil 'basit anlamda vekâlet' (*der einfache Auftrag*) olduğu yönünde bkz. **Eugen BUCHER**, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s. 223 (Besonderer Teil).

¹⁴⁸⁸ Hizmet sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinin özellikle işgörme unsuru bakımından son derece benzerlik gösterdiği ve bu nedenle iki sözleşmenin ayırımında dikkat edilecek hususların mevzubahis işgörmenin ücret karşılığında yapılıp yapılmadığı, borçlunun konumu ve zamansal bağlılık olduğu yönünde bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 8, dn. 17. Bunların yanında, özellikle eBK dönemi bakımından; vekâlet sözleşmesinin diğer işgörme sözleşmelerini içine alan bir niteliğinin olduğu, hizmet sözleşmesi kapsamına girmeyen bir işe vekâlet hükümlerinin uygulanacağı ve vekâlet sözleşmesine özgü bu durum nedeniyle, diğer işgörme sözleşmelerinden ayırmak için vekâletin değil hizmet sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden hareket edilmesi gerektiğine dair bkz. **ANTALYA**, Hizmet Akdi III, s. 462, 463. Vekâlet sözleşmesinin konusunu belirli bir mal yahut işin yönetilmesi gibi bir hususun, daha açık bir ifadeyle müvekkil lehine genel bir faaliyette bulunmanın teşkil etmesi halinde, akdin; hizmet sözleşmesine yaklaştığı ve yine vekâlet sözleşmesinin konusunun müvekkilin amaçladığı sonuca ulaşmak için bu doğrultuda hareket etmek olduğu hallerde de akdin eser sözleşmesine yaklaştığı ifade edilmektedir. İlk durumda işgörmenin ücretli olup olmadığı ve borçlunun işgörme şekli dikkate alınarak bir kanaate ulaşılırken, ikinci durumda ise sözleşmenin konusunu oluşturan sonucun önceden objektif ve kesin bir biçimde kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı kıstasının dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 13, 14.

¹⁴⁸⁹ **SARI**, Vekâlet, s. 4. Vekilin işgörmek maksadıyla borç altına girmeksizin kendisine yalnızca bu hususta yetki verilmiş olması halinde ortada bir vekâlet sözleşmesi değil temsil vardır. Bkz. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 364.

getirilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, işgörme kural olarak müvekkilin menfaatine yönelik bir çabayı gerektirmektedir¹⁴⁹⁰.

Bahsi geçen işgörme borcunun kapsamına maddi fiiller, hukuki işlemler yahut hukuki işlem benzeri fiiller dahildir¹⁴⁹¹. Hukuki işlemler ile hukuki işlem benzeri fiilleri kapsayacak biçimde bir vekâlet ilişkisinin varlığı hâlinde, ‘hukuki fiillere ilişkin vekâlet’ ilişkisinin varlığından söz edilir¹⁴⁹². Bu gibi hâllerde genelde vekil, bir hukuki işlem yahut hukuki işlem benzeri fiili yerine getirmek için bir faaliyette bulunma yükümünü üstlenir ve çoğunlukla bir hakkın kazanılması, kullanılması yahut devredilmesi vekâletin konusunu teşkil eder¹⁴⁹³. İşgörme borcunun kapsamının maddi fiillerden¹⁴⁹⁴ oluşması hâlinde vekil, işsahibi adına hak kazanmak veya borç altına girmek gibi faaliyetlerde bulunmamaktadır¹⁴⁹⁵. Bu halde vekil, kanunda yer alan başka bir sözleşmenin konusunu oluşturanlar dışında, her türlü maddi fiili üstlenebilir. Bir tıp doktorunun hastasını tedavi etmesi¹⁴⁹⁶, bir hukukçunun mütalaa vermesi gibi fiiller buna örnektir¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁰ Her ne kadar kural iş sahibinin işinin görülmesi olsa da vekilin de görülen işte menfaatinin bulunması mümkündür. Yine bunun yanında üçüncü kişi yararına vekâlet de ve hatta hem vekalet veren hem üçüncü kişi yararına vekâlet de mümkündür. Doktor, avukat gibi meslek erbabının taraf olduğu vekâlet sözleşmelerinde hak kazanılan ücret nedeniyle hem vekilin hem de vekâlet verenin menfaati aynı anda ortaya çıkmaktadır. Bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1270, 1271. Vekâlet verenin menfaati asıl olmak üzere, ivazlı vekâlet sözleşmelerinde vekilin de ikincil bir menfaati bulunduğu yönünde bkz. **Carole GEHRER CORDEY/Gion GIGER**, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 5 Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge, Hrsg: Michael HOCHSTRASSER/Tina HUBER-PURTSCHERT/Eva MAISSEN, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023, OR 394, Rn. 3 (**CHK-GEHRER CORDEY/GIGER**). Vekâlet sözleşmesinin ivazlı olması hâlinde, bahse konu bedelin esasen bir karşı edim menfaati olduğu ancak vekâlet sözleşmesinin amacının bu menfaatin korunması hâline gelemeyeceği yönünde bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 18. Sözleşme bedeli esasen başkasının menfaatini korumak üzere verilmektedir. Bkz. **Josef HOFSTETTER**, Schweizerisches Privatrecht VII/6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000, s. 39 vd. Benzer yönde bkz. **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 108.

¹⁴⁹¹ **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 224; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1262.

¹⁴⁹² **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 32; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1264.

¹⁴⁹³ **SARI**, Vekâlet, s. 16.

¹⁴⁹⁴ Bu halde ortaya çıkan vekâlete, maddi fiillere ilişkin vekâlet denir. Bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1262.

¹⁴⁹⁵ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1262.

¹⁴⁹⁶ Hekimlerin hastalarını tedavi etmelerine dair işlemlerin hukuki niteliği konusunda tartışmalar mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mehmet DEMİR**, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 235 (Hekimin Sorumluluğu).

¹⁴⁹⁷ Bunun yanında, vekâletin konusunu oluşturan edimlerin olumsuz edimlerden müteşekkil olması mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, bir şeyden kaçınma veya bir şeye katlanma gibi edimler işgörme sayılamayacağı için, bunlar doğrudan vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 15; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1263.

Vekilin kendisine yüklenen işgörme borcu karşılığında bir ücrete hak kazanıp kazanmayacağı hususunda ise yine 502. maddenin son fıkrası bir düzenleme ihtiva etmektedir. Buna göre “sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır”. Hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere ücret¹⁴⁹⁸, kural olarak vekâletin zorunlu bir unsuru değildir¹⁴⁹⁹ ve fakat tarafların bu hususta anlaşması mevcutsa yahut teamül bunu gerektiriyorsa, ücretin bir karşı edim olarak ödenmesi gerekmektedir¹⁵⁰⁰.

B. Vekâlet Sözleşmesinin Sürekliliği

Vekâlet sözleşmesi, vekilin bir işgörmesi yahut işlemi yerine getirmesi gibi hâlleri ihtiva etmektedir ve bu nedenle çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Bu sebeple yukarıda eser sözleşmesinde incelendiği gibi, çeşitli durumlara özgü olarak sözleşmenin sürekliliğine dair çeşitli fikirler ileri sürülmüştür.

1. Ani edimli sözleşme görüşü

Vekâlet sözleşmesinin zamanla olan ilişkisini değerlendiren bir görüş sözleşmeyi ani edimli olarak nitelemektedir¹⁵⁰¹. Sözleşme bir sonuca değil (*Arbeitsresultat*), belirli bir faaliyetin

¹⁴⁹⁸ Ücretsiz vekâlet ile *hatır* (*Gefälligkeit*) ilişkisinin sınırı her zaman belirgin değildir. Tarafların hukuki bir bağlanma iradesinin bulunmadığı ve sözleşme yanlarından birinin, diğer tarafın böyle bir iradesinin olduğunu dürüstlük kuralına göre var saymasının mümkün olmadığı durumlarda, ortada bir hatır ilişkisi olduğu kabul edilebilir. Bu durumda bir vekâlet sözleşmesinden bahsedilemez (bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1272). Ancak, bahse konu durumda, taraflardan birinin yahut üçüncü bir kişinin vekâletin yerine getirilmesinden menfaatinin olduğu anlaşılıyorsa bu durumda bir sözleşmenin varlığından söz edilebilir. Özellikle vekilin ekonomik bir menfaati yahut vekâlet veren ya da üçüncü bir kişinin profesyonel bir destek alması söz konusu ise vekâlet sözleşmesi gündeme gelmektedir. Bkz. **CHK-GEHRER CORDEY/GIGER**, OR 394, Rn. 6.

¹⁴⁹⁹ **HOFSTETTER**, s. 39. Vekâlet sözleşmesinde ücretin tarihsel gelişimi ve karşılaştırmalı hukuktaki durum için bkz. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 364 vd. Geçmişte bir onur hizmeti olarak ücretsiz yerine getirilse de günümüzde vekâlete dayalı işgörme faaliyetinin profesyonel olarak yürütülmesi nedeniyle vekâlet sözleşmesinin ivazlılığı hususunda artık neredeyse tersine bir fiili karinenin ortaya çıktığı yönünde bkz. **David OSER/Rolf H. WEBER**, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art 394, Rn. 35 (**BaslerKomm-OSER/WEBER**); **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 454. Benzer yönde bkz. **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 366, 388; **K. Emre GÖKYAYLA**, *Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, 2007, s. 17, dn. 12 (Avukatlık Sözleşmesi). Vekâlet sözleşmesinin ivazsız olduğu durumlarda eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Şebnem AKİPEK**, *Alt Vekâlet*, Yetkin Yayınları, 2003, s. 43; **ARAL/AYRANCI**, s. 530; **BaslerKomm-OSER/WEBER**, Art 394, Rn. 4; **CHK-GEHRER CORDEY/GIGER**, OR 394, Rn. 10; **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 413.

¹⁵⁰⁰ **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 364, 365.

¹⁵⁰¹ **GAUCH**, *Beendigung von Dauerverträgen*, s. 11, 12, dn. 5. Öğretide *Eren*, bir eserinde (bkz. **EREN**, *Genel Hükümler*, N. 301), ifa fiilleri uzun bir süreyi alsa bile, alacaklı yönünden ifa bir anda ve bir defada gerçekleşiyorsa o hâlde ani edimli bir sözleşmenin bulunduğunu ve vekâlet sözleşmesinin buna örnek teşkil ettiğini dile

özenli şekilde yerine getirilmesine yönelik olsa da ilişki, vekilin yükümlülüğünü yerine getirmesiyle sona ermektedir¹⁵⁰². Bu nedenle bu görüşe göre, vekâlet sözleşmesi süreklilik arz eden bir hukuki ilişki değildir.

Vekâlet sözleşmesine bu gibi bir nitelik atfeden görüş öğretide eleştirilmiştir¹⁵⁰³. Zira vekâlet sözleşmesinin ani edimli olduğunu ileri süren görüş, diğer bir işgörme sözleşmesi olan hizmet sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir niteliğinin olduğunu, sözleşmenin asli borcu olan işçinin işgörme borcunun daimi olarak yerine getirildiğini ifade etmektedir¹⁵⁰⁴. Fakat gerek hizmet gerek vekâlet sözleşmesinin zamanla olan ilişkisinin nitelendirilmesi bakımından esas alınan unsur, işgörmedir. Bu hâlde aynı edimden yola çıkılarak birinin ani edimli diğerinin sürekli borç doğurur bir nitelik taşıdığının ileri sürülmesi tenkit edilmiştir¹⁵⁰⁵. Bunun yanında, somut bir uyumsuzluk esas alınarak temellendirilen görüşün, münferit bir olaydan yola çıkarak tüm vekâlet sözleşmelerini kapsar genel bir yoruma varması da tutarlı görülmemiştir¹⁵⁰⁶.

2. Karma görüş

Vekâlet sözleşmesinin klasik ayrım bakımından ani edimli mi yoksa sürekli borç doğuran sözleşme olarak mı niteleneceği sorusunu bazı yazarlar¹⁵⁰⁷ doğrudan yanıtlamamış, bunun

getirmektedir. Öte yandan, diğer bir eserinde ise (bkz. **EREN**, Özel Hükümler, N. 2416), bir malvarlığının yönetilmesi gibi işlerde sözleşmenin sürekli nitelik teşkil ettiğini, avukatlık sözleşmesi gibi birtakım sözleşmelerde vekilin gördüğü iş sürekli olmamakla beraber uzun bir zamana yayıldığı için bu hâlde sözleşmenin sürekli sözleşme benzeri bir özellik taşıdığını ve nihayetinde eğer arızı bir işin yerine getirilmesi söz konusu ise ani edimli bir vekâlet sözleşmesinde bahsedileceğini ifade etmektedir.

¹⁵⁰² **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 11, 12, dn. 5.

¹⁵⁰³ **SARI**, Vekâlet, s. 46, 47, dn. 25; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 28, dn. 90.

¹⁵⁰⁴ **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 12.

¹⁵⁰⁵ **SARI**, Vekâlet, s. 47, dn. 25.

¹⁵⁰⁶ **SELİÇİ**, s. 28, dn. 90.

¹⁵⁰⁷ **Şahin AKINCI**, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, 2004, s. 6; **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 67 vd.; **DERENDINGER**, N. 10, 11; **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 195 vd.; **CHK-GEHRER CORDEY/GIGER**, OR 394, Rn. 9; **GÖKYAYLA**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 33; **KELLER/SCHÖBI**, s. 305; **SELİÇİ**, s. 27. “*Vekâlet sözleşmesinin mutlaka «sürekli borç ilişkisi» olması gerekmez*”. Bkz. **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 432; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 597-598. Esasen *Sarı* da vekâlet sözleşmesindeki iş ve işlemlerin çok çeşitli olduğunu ve bu nedenle sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli borç doğuran nitelikte mi olduğunu her bir sözleşme ilişkisindeki alacaklının menfaatinin zamana yayılıp yayılmadığı incelenerek belirlenebileceğini ifade etmektedir. Fakat son tahlilde kural olarak sözleşmenin sürekli nitelik arz ettiğini ifade etmesi hasebiyle görüş, sürekli borç doğuran sözleşme kabul eden başlık altında incelenmiştir. Bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 45 vd. Vekâlet sözleşmesinin ani edimli yahut sürekli borç doğurur nitelikte kurulabileceği ve hizmet sözleşmesiyle karşılaştırıldığında sözleşmenin zamanla olan ilişkisinin daha esnek olduğu yönünde bkz. **HOFSTETTER**, s. 17 ve s. 56. Hizmet sözleşmesiyle arasındaki farkın bağımlılık unsuru bakımından olduğu ve sözleşmenin sürekli borç doğurur niteliği haiz olarak kurulabileceği yönünde bkz. **BernKomm-**

yerine somut sözleşme bakımından inceleme yapmışlardır¹⁵⁰⁸. Buna göre vekâlet ilişkisi birçok farklı şekilde gündeme gelebilir ve bu nedenle götürü bir şekilde sözleşmenin zamanla olan bağlantısı tespit edilemez. Her bir vekâlet sözleşmesi somut olarak incelenmeli ve sürekliliğe, edimin muhtevası tespit edilerek karar verilmelidir¹⁵⁰⁹. Zira vekâlet sözleşmesinin sürekli borç doğurur şekilde olduğu gibi ani edimli olacak biçimde akdedildiği hâller de gündeme gelebilir. Örneğin müvekkilin bir taşınmazını satma görevini yükümlenen vekilin bu borcu, sözleşmeyi ani edimli karaktere büründürmektedir¹⁵¹⁰. Bu durumda müvekkilin edim sonucundaki menfaati, taşınmazın satışına dair işlem yapıldığı anda gerçekleşmektedir. Benzer şekilde bir fikre göre, yıllarca devam etse dahi bir avukatlık sözleşmesinin sürekli borç doğurur cinsten olmasının imkânı yoktur¹⁵¹¹. Sözleşmenin uzun sürmesi, ilişkinin zamanla olan bağını sürekli hale getirmemektedir¹⁵¹² zira en geç yüksek mahkeme kararı ile vekâlet sona ermektedir¹⁵¹³. Bunun yanında vekilin görevinin işgörme yahut hizmet edimi şeklinde zuhur ettiği hâllerde¹⁵¹⁴, artık vekâlet sözleşmesinin sürekli borç doğurur niteliğinin kabul edilmesi gerekir. Yahut bir bankaya verilen daimi ödeme talimatı da aynı şekilde sürekli niteliği haiz bir vekâlet ilişkisine sebebiyet verebilir¹⁵¹⁵.

Karma görüşü takip eden *Seliçi*, vekâlet sözleşmesinin bir iş verme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi belli bir sonuca yönelmiş ise bu durumda ani edimli olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir¹⁵¹⁶. Buna göre, örneğin, taşınmaz satışı gerçekleştirmek için gerekli faaliyetleri yerine getirmeyi yükümlenen bir vekilin borcu, ani edimlidir. Bu nitelemenin gerekçesi de

REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319, Rn. 49. Vekâlet sözleşmesinin hem ani edimli hem dar anlamda sürekli borç ilişkisi hem de sürekli borç ilişkisi benzeri olarak akdedilebileceği yönünde bkz. **ALTINOK ORMANCI**, s. 56. Sürekli borç ilişkisine benzer bir borcun ortaya çıktığı yönünde bkz. **ARAL/AYRANCI**, s. 530; **EREN**, Özel Hükümler, N. 2416.

¹⁵⁰⁸ Bu görüşün öğretide hakim olduğu yönünde bkz. **GÜMÜŞ**, Özen, s. 23.

¹⁵⁰⁹ **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 68.

¹⁵¹⁰ **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 67; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 27.

¹⁵¹¹ **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 68; **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 198. Aksi yönde bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 46. Yargılamaya yönelik faaliyet içermeyen sözlü mütalaa verilmesi yahut rapor hazırlanması gibi işlere dair kurulan avukatlık sözleşmelerinin ani edimli olduğu yönünde bkz. **GÖKYAYLA**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 34; **GÜNERGÖK**, s. 50.

¹⁵¹² **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 68.

¹⁵¹³ **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 198.

¹⁵¹⁴ **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 68.

¹⁵¹⁵ **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 200; **DERENDINGER**, N. 11.

¹⁵¹⁶ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 27.

müvekkilin edim sonucundaki menfaatinin tek bir edimle ifa edildiği iddiasıdır. Öğretide *Sarı*, bu fikri eleştirmiştir¹⁵¹⁷. Zira, müvekkil tarafından ulaşılmak istenen amaç edim sonucu olarak nitelendirilse dahi bu, vekilin yükümlülüğü dışındadır. Edim sonucu, vekâlet sözleşmesi bakımından vekilin üstlendiği bir riziko değildir¹⁵¹⁸. Nitekim edim sonucu gerçekleşmese de bu, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlâline sebebiyet vermemektedir zira vekilin sorumluluğu doğrudan bu sonucu elde etmek değil; bu sonuca götürecek sözleşmeye uygun ve özenli davranışlara ilişkindir¹⁵¹⁹. Anılan nedenle, vekâlet sözleşmesi bakımından alacaklının menfaatinin edim sonucunda aranması mümkün değildir. Sürekliliğin tespitinin edim sonucunda arandığı görüş uyarınca dahi, alacaklının menfaatinin inceleneceği kısım, sözleşmenin edim fiillerinin gerçekleştirildiği safhadır¹⁵²⁰.

Bazı karma görüş taraftarlarının ani edimli sözleşmeye örnek olarak gösterdikleri bir diğer durum olan avukatla kurulan vekâlet sözleşmesi de yine benzer şekilde kabul edilebilir değildir. Bir davanın yürütülmesi için akdedilen vekâlet sözleşmesinde, vekil olan avukatın edim fiilleri belirsiz bir süre için sürekli tekrar etmekte, kesintisiz şekilde sürmekte, müvekkilin menfaati daimi biçimde tesis edilmektedir. Hâl böyle iken bu sözleşmedeki borcun tek bir hareketle ifa edildiğini yahut menfaatin tek bir anda gerçekleştirildiğini söylemek mümkün değildir. Sözleşmenin amacı lehe hüküm alınması olsa da avukatın yükümlülüğü bu sonucun gerçekleşmesine yönelik uygun adımlar atmaktır ve vekilin edim fiilleri, alacaklı yönünden ifa menfaatini de zamana yaymaktadır. Dava sonunda mahkeme tarafından verilen karar alacaklının aleyhine olsa ve edim sonucu gerçekleşmese dahi, müvekkilin ifa menfaati dava süresince vekilin edim fiilleriyle sağlanmıştır¹⁵²¹. İlgili gerekçeyle, avukatın işgörme borcunun sözleşmeye dahil olmayan edim sonucunda aranması ve bu safha bakımından sözleşmenin ani edimli olduğuna dair bir tespit ileri sürülmesi yerinde değildir.

¹⁵¹⁷ *SARI*, Vekâlet, s. 46, 47, dn. 25.

¹⁵¹⁸ *AYDOĞDU/KAHVECİ*, s. 811; *BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT*, vor Art. 363-379, Rn. 8; *PEYER*, s. 91; *WEBER*, s. 33; *YAVUZ/ACAR/ÖZEN*, Cilt II, s. 1271, 1272. Bu yönüyle eser sözleşmesinden ayrıldığı yönünde bkz. *GAUCH*, Der Werkvertrag, N. 21; *TANDOĞAN*, İstisna Akdi, s. 327.

¹⁵¹⁹ *SARI*, Vekâlet, s. 46, 47, dn. 25.

¹⁵²⁰ Sözleşmenin tek bir edim fiiliyle ifa edildiği ve bu nedenle ani edimli vekâlet sözleşmelerine ender de olsa rastlanabildiği yönünde bkz. *SARI*, Vekâlet, s. 47.

¹⁵²¹ *SARI*, Vekâlet, s. 46 vd.

3. Sürekli borç doğuran sözleşme görüşü

Öğretide birçok yazar, bizce de isabetli şekilde, vekâlet sözleşmesinin zamanla ilişkisini sürekli olarak nitelemektedir¹⁵²². Buna göre incelenmesi gereken, borçluya tevdi edilen işgörme yahut işlemi yapma şeklinde tezahür eden edimdir. Fakat yine bilindiği üzere vekilin bu iş veya işlemi yerine getirirken esas sorumluluğu, bunların gerçekleşmesi için gerekli süreci yönetmek, üzerine düşen vazifeyi yerine getirmektir. Daha sarıh bir ifadeyle vekil, üzerine düşen işi kendisinden beklenen tüm özeni göstererek yapma faaliyetine girişmiş, edim fiillerini gerçekleştirmiş amma velâkin beklenen sonuç gerçekleşmemişse artık bundan sorumlu değildir¹⁵²³. Daha önce de anıldığı üzere sonucun gerçekleşmesi rizikosu vekalet verene aittir¹⁵²⁴.

Sürekliğin tespiti bakımından alacaklı menfaatine odaklanan bakış açısı, temelde bir edim sonucundan hareket etmekte ve borçlunun edim sonucunu gerçekleştirdiği ifa fiiline odaklanmaktadır. Sözleşmenin sürekliliği değerlendirmesinde edim sonucuna odaklanan görüş sahiplerinin bu bakış açılarının temelinde, alacaklının menfaatinin edim sonucunun yerine getirilmesiyle ortaya çıktığını kabul etmeleri yatmaktadır. Bu bakış açısının vekâlet sözleşmesi bakımından tatbik edilmesi ise farklılık arz etmektedir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin edim sonucu rizikosunu taşımaması, edim sonucunun sözleşmenin karakterine dahil olmaması; bir an için akla, edim sonucuna odaklanan görüşün, vekâlet sözleşmesinin sürekliliği bakımından

¹⁵²² AKYOL, Borçlar Genel, s. 64; BaslerKomm-ZELLWEGER/GUTKNECHT, vor Art. 1-40f, Rn. 29; BÖHRINGER/MÜLLER/MÜNCH/WALTENSPÜHL, § 12, Rn. 12.5; Vehbi Umut ERKAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları”, AÜHFD, C. 62, S. 2, 2013, s. 442, 443; GÜMÜŞ, Genel, s. 69; GÜMÜŞ, Kısa Ders Kitabı, s. 413; GÜMÜŞ, Özen, s. 23 vd.; KANIŞLI, s. 576; PEYER, s. 91; SARI, Vekâlet, s. 48. Zorunlu olmamakla birlikte sözleşmenin genellikle sürekli borç doğuran bir yapıya sahip olduğu yönünde bkz. BaslerKomm-OSER/WEBER, Art. 394, Rn. 4; WEBER, s. 34. Vekilin etkinliğinin bir hareketle ortadan kalktığı ve edim fiilinin bir anda gerçekleştiği işgörme sözleşmeleri nedeniyle, vekâlet sözleşmesinin doğrudan ve götürü biçimde sürekli nitelikli kabul edilmesinin eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. SARI, Vekâlet, s. 48, dn. 31. Ani edimli vekâlet sözleşmelerine de seyrek de olsa rastlanabileceği ve fakat bugün öğretideki baskın görüşe göre vekâlet sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir niteliği olduğu yönünde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1281, dn. 88.

¹⁵²³ Türk ve İsviçre hukukları bakımından, özellikle ücret karşılığı yapılan liberal mesleklerde özenli ifanın asıl ve sonuç sorumluluğunun – sonuç garantisi verilmesi imkânı mevcut ise – istisna olduğu yönünde bkz. Burak ÖZEN, “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, Makaleler- Tebliğler (2001-2020), On İki Levha Yayınları, 2021, s. 7 (386/II).

¹⁵²⁴ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 811; BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT, vor Art. 363-379, Rn. 8; PEYER, s. 91; WEBER, s. 33; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1271, 1272. Bu yönüyle eser sözleşmesinden ayrıldığı yönünde bkz. GAUCH, Der Werkvertrag, N. 21.

yapılan değerlendirmede dikkate alınmaması gerektiği düşüncesini getirebilir. Oysaki durum tam tersidir. Zira sözleşmenin asli unsurları arasında edim sonucunun gerçekleşmesi borcunun yer almaması, alacaklının menfaati olmadığı anlamına gelmez. Alacaklının menfaatinin olmadığı bir vekâlet sözleşmesinin olması zaten mümkün değildir. O hâlde odaklanılması gereken husus alacaklının bu sözleşme bakımından menfaatinin nasıl gerçekleştiğidir. Bu açıdan denebilir ki vekâlet sözleşmesinin sürekliliği tartışmasında gerek edim fiili gerek edim sonucu ve gerek de karakteristik edim görüşlerinin tatbiki bu zaviyeden incelenmelidir, aksi halde yapılacak yorumlar, sözleşmenin karakterinin dışına çıkılmasına neden olabilir.

Vekâlet sözleşmesine ister edim sonucu ister edim fiili isterse karakteristik edim açısından bakılsın, zamanla olan ilişkisi bakımından sonuç değişmemektedir. Sözleşmede vekil, müvekkile ait bir işi yahut işlemi yapmak için sözleşmeye uygun ve özenli biçimde davranma yükümlülüğü altındadır¹⁵²⁵. Bir diğer ifadeyle vekil, zamana yayılan bir faaliyet yürütmekte ve bu faaliyet ilgili sürecin bir noktasında gerçekleşmemektedir¹⁵²⁶. Borçlunun edim fiili bu davranışlardan ibaretken alacaklının menfaatinin de yine yerine getirilen bu davranışlar oluşturmaktadır. Yani vekil, arada bir sözleşme mevcut bulunmasaydı müvekkil tarafından yerine getirilecek iş ve işlemleri icra etmekte ve böylece müvekkilin gerçekleştireceği davranışlar vekil tarafından yerine getirilmektedir¹⁵²⁷. Bu sebeple denebilir ki bu sözleşmede borçlunun edim fiilleri ile alacaklının ifa menfaati kesişmektedir. Bunlar da bahse konu işgörme sözleşmesinin gerçekleştirilmesi için ortaya konan, amaca ve sözleşmeye uygun; özenli davranışlardan müteşekkil edim fiilleridir ve alacaklı müvekkilin menfaati, vekilin iş ve işlemi gerçekleştirmek için sürekli olarak yerine getirdiği faaliyetlerden ibarettir¹⁵²⁸. Edime ilişkin çıkar bir sonuç olarak değil, özenli işgörme olarak zuhur etmektedir¹⁵²⁹. Vekil bu fiilleri bir an için yerine getirmemekte, bahse konu davranış bir süreye yayılmaktadır. Zira vekâlet sözleşmesinin konusu, vaat edilen hizmetin yerine getirilmesi yahut bir işin görülmesi amacıyla gerçekleştirilen faaliyetlerde bulunmaktır¹⁵³⁰. Alacaklının menfaati de yine bu zamana yayılan

¹⁵²⁵ GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 11, 12, dn. 5; GÜMÜŞ, Özen, s. 22; SARI, Vekâlet, s. 45.

¹⁵²⁶ PEYER, s. 91.

¹⁵²⁷ SARI, Vekâlet, s. 45.

¹⁵²⁸ SARI, Vekâlet, s. 45. Benzer yönde bkz. GÜMÜŞ, Özen, s. 22.

¹⁵²⁹ GÜMÜŞ, Özen, s. 22.

¹⁵³⁰ GÜMÜŞ, Özen, s. 24.

süreç içerisinde vekilin her bir fiiliyle ayrı ayrı gerçekleşmekte, alacaklının edimdeki menfaatine ulaşması bir süre devam etmektedir¹⁵³¹. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere vekâlet sözleşmesi sonuca değil sürece odaklanmaktadır¹⁵³². Bu nedenledir ki vekilin fiilleri de herhangi bir sonucun meydana gelmesi için gerçekleştirilen hazırlık hareketleri değil, bizatihi ayrı ayrı ifa hareketleridir. Örneğin bir avukatla kurulan vekâlet ilişkisinde vekilin yükümlülüğü, aldığı dava dosyasının gereklerine uygun ve müvekkilin çıkarlarını koruyan özenli bir faaliyet yürütmesidir. Bahse konu süreç birçok edim fiilinden müteşekkil olup hem borçlunun edim fiilleri hem de alacaklının menfaati açısından bir anlık zaman diliminden bahsetmek mümkün değildir. Sözleşmenin ifası belirli olmayan bir zamana yayılmış durumdadır¹⁵³³.

Öğretide bir görüş eBK m. 396'dan¹⁵³⁴ hareket ederek sözleşmenin sürekli borç doğurur niteliğinin altını ayrıca çizmiştir¹⁵³⁵. Zira hükümde, tek taraflı bir fesih beyanı ile sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona erdirilebilme imkânı öngörülmüştür. Bu husus esasen sürekli sözleşmelere ilişkin bir özellik olduğundan, yasa koyucu vekâlet sözleşmesini bir fiksiyon olarak sürekli borç doğuran sözleşme kabul etmektedir¹⁵³⁶. Hükümün 6098 sayılı Kanun'daki karşılığını m. 512¹⁵³⁷ oluşturmaktadır. Düzenlemede, eski kanunun kullandığı *fesih* kavramı

¹⁵³¹ Sürekli borç doğuran sözleşmelerde alacaklının menfaatine dair nitelemeler için bkz. **KARAARSLAN**, s. 33.

¹⁵³² **PEYER**, s. 91.

¹⁵³³ Benzer yönde bkz. **GÖKYAYLA**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 34. Aksi görüş için bkz. **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 68. Avukatlık sözleşmesinin sürekli sözleşme benzeri nitelik teşkil ettiği yönünde bkz. **EREN**, Özel Hükümler, N. 2416.

¹⁵³⁴ eBK m. 396/I: “*Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir*”.

¹⁵³⁵ **GÜMÜŞ**, Özen, s. 24. Vekâlet sözleşmesinin bu biçimde sona erdirilmesinin ileriye etkili şekilde tesir ettiğine dair bkz. **BaslerKomm-OSER/WEBER**, Art. 404, Rn. 7; **BernKomm/FELLMANN**, Art. 404, Rn. 29; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 227; **Peter GAUCH**, “Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters: Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464 ff.”, recht 1992, N. 4.a. (Art. 404); **KELLER/SCHÖBI**, s. 307; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 620, 621; **WEBER**, s. 127. Öğretide *Sarı*, sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona erdiğini ileri süren benzer bazı görüşlerin, vekâlet sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli borç doğuran bir nitelikte mi olduğu ayrımını yapmayı gözden kaçırdıklarını ifade etmektedir. Buna göre sözleşmenin ani edimli olduğu hâllerde azil ve istifanın sözleşmeden dönme ve sürekli olduğu hâllerde ise sözleşmenin feshi niteliğinde olacağını ileri sürmektedir. Bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 77 vd.

¹⁵³⁶ **GÜMÜŞ**, Özen, s. 24. Sözleşmenin ani yahut sürekli edimli olmasına ilişkin ayrımı Kanun'un yapmasının daha yerinde olacağı ve fakat bu yönde bir ayrıma gidilmediği yönünde bkz. **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 28, dn. 90.

¹⁵³⁷ TBK m. 512: “*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir*”.

yerine *sona erdirme*¹⁵³⁸ ifadesi kullanılmıştır¹⁵³⁹. Bu değişikliğin, vekâlet sözleşmesinin sürekliliği bakımından öğretide hakim olan karma görüş nedeniyle yapıldığı ifade edilmiştir¹⁵⁴⁰. Fakat buna rağmen hükümden anlaşılması gerekenin fesih olduğu zira vekâlet sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme teşkil ettiği ileri sürülmüştür¹⁵⁴¹. Gerçekten de Yargıtay kararlarında bu yönde bir tutum benimsenmiş ve hükümdeki değişikliğe rağmen sözleşmenin sona erdirilmesinin ileriye etkili olduğunun altı çizilmiştir¹⁵⁴².

Vekâlet sözleşmesi kural olarak sürekli borç doğurur niteliği haiz olsa da istisnai olarak ani edimli şekilde tezahür edebilir. Örneğin bir taşınmaz satımı için kurulan vekâlet ilişkisinde sözleşmenin ani edimli olduğu ileri sürülmektedir¹⁵⁴³. Yahut çok nadir de olsa bir havale veya ödeme talimatının¹⁵⁴⁴ banka tarafınca yerine getirilmesi buna emsal verilmektedir¹⁵⁴⁵. Bu örnekte, banka tarafından yerine getirilen havale yahut ödeme talimatının ani edimli bir vekâlet sözleşmesi karakteri yaratmasındaki gerekçe, edim fiiliyle ilişkilendirilmektedir¹⁵⁴⁶. Buna göre kurulan vekâlet sözleşmesi velilin tek bir davranışıyla ortadan kalkmakta, edim fiili bir anda gerçekleşmektedir. Bir başka anlatımla, vekilin yükümlülüğünü teşkil eden edim fiili ve esasen sorumluluğu dışında kalan ve müvekkilin ulaşmayı arzuladığı edim sonucu aynı anda ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda ani edimli bir vekâlet sözleşmesinden bahsetmek mümkün olabilmektedir. Fakat esasen bu durumlarda bile vekilin sır saklama ve özenli işgörme borcu süreklilik arz etmektedir. Her ne kadar bu borcun asli edim teşkil edip etmediği öğretide

¹⁵³⁸ Hükümün mehzazını teşkil eden OR Art. 404'te müvekkil tarafından gerçekleştirilen sona erdirme için '*Widerruf*' yani geri alma kavramı ve vekil tarafından gerçekleştirilen sona erdirme içinse '*Kündigung*' yani fesih kavramı tercih edilmiştir.

¹⁵³⁹ Kanun koyucunun bu değişikliği bilinçli yaptığı ve vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesinin aslında klasik anlamdaki fesih ya da dönmeden farklılaşmasının bu değişiklikte etkili olduğu ve bunun isabetli olduğu yönünde bkz. **Emre GÖKYAYLA**, "Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Der: M. Murat İNCEOĞLU, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 294 (Eser ve Vekâlet).

¹⁵⁴⁰ **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 418.

¹⁵⁴¹ **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 418.

¹⁵⁴² "*Bilindiği gibi TBK'nın 512. maddesinde vekâlet veren ve vekilin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceği belirtilmiştir. Azil ve istifa vekâlet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren bozucu yenilik doğurucu işlemlerdir*". Kararın tamamı için bkz. Yargıtay HGK. E. 2022/1-868, K. 2023/1056, T. 1/11/2023, Benzer yönde bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2022/1847, K. 2022/5214, T. 28/6/2022; Yargıtay 1. HD., E. 2021/8798, K. 2023/1141, T. 28/2/2023. Kararların tamamı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 11/2/2025).

¹⁵⁴³ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 27. Bir şeyin kiralınması veya satılmasına dair akdedilen vekâlet sözleşmelerinin zamana yayılmadığı yönünde bkz. **ERKAN**, s. 443, dn. 2.

¹⁵⁴⁴ **DERENDINGER**, N. 11, dn. 19.

¹⁵⁴⁵ **SARI**, Vekâlet, s. 47.

¹⁵⁴⁶ **SARI**, Vekâlet, s. 46, 47.

tartışmalı¹⁵⁴⁷ da olsa, asli edim görüşü açısından bakıldığında, sözleşmenin sürekliliği gündeme gelebilmektedir. Anılan gerekçelerle, vekâlet sözleşmesine karma görüş açısından yaklaşanların ileri sürdüğü gibi, somut olayın özelliklerine göre sözleşmenin zamanla olan ilişkisinin tespit edilmesini gerektirecek yoğunlukta ani edimli vekâlet sözleşmesi örnekleri mevcut olmadığı gibi bunlara dahi farklı açılardan bakılabilir. Bu sebeple sözleşmenin sürekli bir niteliği haiz olduğu yönündeki genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

C. Hükümsüzlüğün Görünüm Biçimleri

1. Kesin hükümsüzlükte

a. Kesin hükümsüzlüğün çeşitli görünüm hâlleri

(i) Genel sebepler

Bilindiği gibi ehliyet kuralları da sözleşmenin geçerliliği için incelenen unsurlardan biridir ve taraflardan birinin ayırt etme gücüne sahip olmaması, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açmaktadır¹⁵⁴⁸. Vekâlet sözleşmesinin geçersizliğine sebep olan husus sözleşmenin bir tarafının ehliyetsiz olması da olabilir. Buna ilişkin bir kararında Yargıtay¹⁵⁴⁹, kurulan avukatlık sözleşmesinde müvekkilin ayırt etme gücüne sahip olmaması hâlini değerlendirmiş ve sözleşmenin geçersizliğinin tespitine karar vermiştir. Kararda, davaya konu sözleşme ‘avukat ücret sözleşmesi’ olarak vurgulansa da esas incelenen kısım vekâlet sözleşmesi niteliğini haiz bir avukatlık sözleşmesinin kendisidir. Zira ücret sözleşmesi, avukatlık sözleşmesinin içeriğine dahil olan kısımlardan biridir ve fakat ehliyet eksikliği yalnızca bu kısmın değil, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüzlüğüne neden olmaktadır. Bunu özel olarak vurgulamamızın sebebi

¹⁵⁴⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **BAŞPINAR**, Özen Borcu, s. 147 vd.; **GÜMÜŞ**, Özen, s. 130 vd.; **Selin SERT SÜTÇÜ**, “Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu”, International Ankara Congress On Scientific Research VI April 1-3, 2022, s. 1530.

¹⁵⁴⁸ **EREN**, Genel Hükümler, N. 727; **İstSerhi-ERGÜNE/KURŞUN**, N. 4.

¹⁵⁴⁹ “Dosyada mevcut Adli Tıp Kurumu 4. Adli Tıp İhtisas Kurulu’nun 19 Aralık 2011 tarih ve 4197 Karar sayılı raporuna göre, taraflarca imza altına alınan 10.9.2003 tarihli Avukatlık ücret sözleşmesinin düzenlendiği tarihte davalı fiil ehliyetine haiz olmadığından düzenlenen avukatlık ücret sözleşmesi geçersizdir. Hal böyle olunca uyuşmazlığın çözümü açısından geçerli ücret sözleşmesinin ya da sözleşmenin bulunmadığı durumlarda hangi tarihteki düzenlemenin uygulanacağı açıklığa kavuşturulmalıdır”. Bkz. Yargıtay 13. HD., T. 26/6/2013, E. 2012/21927, K. 2013/17619, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/2/2025).

ise mahkemenin bu kesin hükümsüzlüğe bağladığı sonuç nedeniyledir ki ilgili sonuç bir sonraki başlıkta değerlendirilmiştir.

Vekâlet sözleşmesinin geçersizliğinin incelendiği bir diğer kararda ise sözleşmenin kamu düzenine ve ahlâka aykırılığı değerlendirilmiştir. Sözleşmeye göre vekil, sözleşme konusu taşınmazın ihale sürecine dair iş ve işlemleri yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Fakat kararda yer aldığı şekliyle mahkeme, “*Dosya kapsamındaki dava ve cevap dilekçelerinden, tarafların asıl maksadının dava dışı kurum tarafından henüz ihale süreci başlamamış bir tasarruf hakkında davacının şahsi ilişkilerini kullanmak suretiyle bahse konu taşınmazın yapımı ve onarımı karşılığı kiralama ihalesi işlemine tabi tutularak ihalenin davalı şirket üzerinde bırakılmasının sağlanması olduğu tarafların kabulündedir*” tespitini yapmıştır¹⁵⁵⁰. Anılan gerekçeyle, tarafların sözleşme yapmasının esas maksadının ihale sürecini kanuna aykırı biçimde nihayatlendirmek olduğu anlaşılmaktadır. İlgili hususlar nedeniyle mahkeme, sözleşmenin kamu düzenine ve ahlâka aykırılık teşkil ettiğine ve geçersizliğine hükmetmiştir.

(ii) Avukatlık sözleşmesi bakımından

Vekâlet sözleşmesi, yukarıda da anıldığı üzere, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı hâllerin ihlâl edildiği durumlarda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaktadır. Bu noktada incelenmesi gereken ilk husus avukatlık sözleşmesiyle¹⁵⁵¹ alâkalıdır. Bilindiği üzere AvK m. 11 “*Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve*

¹⁵⁵⁰ “*Kamu ihale hukukuna hâkim olan temel ilkeler arasında saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması ilkesi ve ihale sürecinin hukuka uygunluğunu sağlamak üzere öngörülen yasaklar bulunmaktadır. Temel ilkeler, ihale hukukunun referans değerlerini temsil ettiğinden, hem ihale sürecini düzenleyen diğer teknik nitelikli hükümlerin bu ilkeleri güvence altına alacak bir içeriğe sahip olması hem de uygulayıcıların her türlü iş ve işlemlerinde temel ilkelerin amacına uygun bir davranış ve tutum içinde bulunmaları gerekmektedir. Demokratik bir hukuk devletinde anılan ilkelerin güvence altına alınması kamu düzeninin gereğidir. Taraflar imzaladıkları sözleşmeyle ortak amacı yasalar ile güvence altına alınmış ihale öncesi veya sonrası süreçte şahsi ilişkiler kullanılarak söz konusu taşınmazın yapımı ve onarımı karşılığı kiralınması işinin üstlenilmesidir. Tarafların ortak amacının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olduğundan anılan sözleşmenin hukuki bir sonuç doğurması mümkün değildir*”. Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 18/11/2024, E. 2023/5616, K. 2024/3683, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/2/2025).

¹⁵⁵¹ Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre sözleşmenin *sui generis* bir sözleşme niteliği taşıdığını ileri sürenler olmuş ve hatta birtakım işler bağlamında sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğine değinen fikirler ileri sürülmüştür. Fakat denebilir ki bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş, sözleşmenin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. GÖKYAYLA, Avukatlık Sözleşmesi, s. 15 vd.; GÜNERGÖK, s. 23 vd.; KILIÇOĞLU, Özel, s. 552; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1297.

görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflik veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmıyan her türlü iş avukatlıkla birleşemez'' hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hükmün devamındaki 12. madde ise avukatlıkla birleşebilen işleri saymış ve avukatların bu işlerle iştigal edebileceğini hüküm altına almıştır. Avukatlıkla birleşemeyen işler kenar başlıklı 11. madde aynı zamanda Kanun'un Üçüncü Kısım, Yasak Haller başlığı altındadır. Lafzından ve amacından anlaşılacağı üzere hüküm, nitelik olarak avukatların sayılanlar dışında bir işle iştigal etmelerini yasaklamaktadır. İlgili durumda, bir avukatın hükme aykırı şekilde akdettiği sözleşmelerin akıbetinin incelenmesi gerekir. 2019 tarihli bir Yargıtay kararında¹⁵⁵², bir avukatın akdettiği simsarlık sözleşmesinin geçerliliği incelenmiştir. Yüksek mahkeme öncelikle AvK m. 11'in niteliğini irdelemiştir. Buna göre *"Yukarıdaki açıklamalar ışığında AK m.11 bir yasaklayıcı hüküm olup, buna göre avukat, aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görevle uğraşamaz; sigorta prodüktörlüğü, tacirlik, esnaflik veya mesleğin onuru ile bağdaşmayan başka herhangi bir iş yapamaz"*. Görüldüğü üzere mahkeme yasaklayıcı hüküm kavramından hareket etmiştir. Öğretide, Türk hukuku bakımından, Alman hukukunda olduğu gibi emredici hüküm – yasaklayıcı hüküm ayrımı olmadığına altı çizilmiş ve bu nedenle de farklı bir yaptırımın gündeme gelmeyeceği ifade edilmiştir¹⁵⁵³. Yine de bu kavramın izahı yapılmış ve özellikle tek taraflı yasak getiren hükümlerin sözleşmenin akıbetine etkileri incelenmiştir. Buna göre sözleşmenin tek tarafı¹⁵⁵⁴ bakımından engelleme öngören ve ilgili kişinin sözleşmeye taraf¹⁵⁵⁵ olmasını yasaklayan kurala aykırılık, bu yasağın toplum menfaati ve kamu yararını gözetmesi hâlinde hükümsüzlük sonucunu doğurmaktadır¹⁵⁵⁶. Bu hususla alâkalı doktrinde verilen genel örnek Noterlik Kanunu

¹⁵⁵² Yargıtay 13. HD., T. 25/11/2019, E. 2017/4038, K. 2019/11484, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁵³ **AKBULUT**, s. 200; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 32, 33; **KAŞAK**, s. 284 vd.

¹⁵⁵⁴ Kural olarak tek taraflı yasak öngören düzenlemenin sözleşmeyi geçersiz hâle getirmeyeceği yönünde bkz. **AKBULUT**, s. 196; **BernKomm/KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 138; **CHK/EMMEL**, OR 320, Rn. 5; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 651; **KELLER/SCHÖBI**, s. 142; **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, Rn. 32.07. Bu yönde bkz. **NEUNER**, § 45, Rn. 22, 23.

¹⁵⁵⁵ 818 sayılı Borçlar Kanunu bakımından yalnızca içeriği hukuka aykırı sözleşmelerin geçersizliğinden söz edilmekteyken 6098 sayılı TBK bakımından emredici hükme aykırılığın sözleşmenin içeriği ile sınırlandırılmadığı yönünde bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 29.

¹⁵⁵⁶ **AKBULUT**, s. 197 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 651; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 27 vd.

m. 50'de¹⁵⁵⁷ yer alan düzenlemedir. İlgili yasağın amacı kamu yararını korumak olduğundan, bu yasağa aykırı şekilde kurulmuş, örneğin kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır¹⁵⁵⁸. İlgili karar da AvK m. 11 bakımından benzer bir sonuca varmıştır. Buna göre mahkeme, avukatlık mesleğinin toplum nezdindeki önemine değinmiştir. Bu mesleğin bilhassa kamusal alandaki karşılığı vurgulanarak, avukatın adalet amacından sapan meslekleri yapmasının topluma etkisine temas edilmiştir. Avukatlık mesleğinin kamu düzeni bakımından değeri ekseninde bir değerlendirme sonunda bununla bağdaşmayan bir işe dair sözleşmenin neden yasaklandığı izah edilmiştir. Nihayetinde mahkeme “*Şu halde yasaklayıcı hükmün takip ettiği amacın gerçekleşmesi ancak, yasaklanan işlemin geçersiz sayılmasıyla sağlanabildiğinden yasağın aynı zamanda işlemi de geçersiz kıldığını kabul etmek gerekir*” hükmüne varmıştır¹⁵⁵⁹. Anılan

¹⁵⁵⁷ NK m. 50: “Hiçbir hizmet ve görev noterlikle birleşemez; yargı mercilerinin vereceği işlerle, ilim ve hayır kuruluşları başkan ve üyelikleri, hakemlik, vasiyeti tenfiz memurluğu ayrıktır.

Noterler borsa oyunu oynamak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki anlamda ticaret yapmak, kefil olmak, kendilerine ait ücretlerden herhangi bir şekilde indirim yapmak, aracı kullanmak, reklam ve rekabet niteliğinde bir eylemde bulunmak ve her ne suretle olursa olsun noterlik ücreti hususunda kendi aralarında sözlü veya yazılı anlaşma yapmaktan yasaklıdırlar”.

¹⁵⁵⁸ İlgili görüşün gerekçelerine dair ayrıntılar için bkz. **AKBULUT**, s. 198, 199; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 30-32; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s. 542, 543. Aksi yönde bkz. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 730.

¹⁵⁵⁹ “Simsarlık işi meslek kanununa göre avukata yasak sayılmış ise de, yukarıda açıklandığı üzere yasağın, yapılan borçlandırıcı işlemi (simsarlık sözleşmesini) geçersiz kılıp kılmayacağı bir borçlar hukuku meselesi olup, çözümünü hükmün anlam ve amacının yorumlanmasını gerektirir. Bilindiği üzere avukatlık mesleği profesyonel mesleklerden biri olup, avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe ve münhasıran temsil eder. Hukukun asıl amacı insanın sosyal bir varlık olmasının gerektirdiği toplumsal düzeni tesis etmek olduğundan, hukuku bilmemenin mazeret olmadığı ilke olarak kabul edilmekteyse de, esasında hukuk değişim halinde sayısız yazılı ve yazılı olmayan kaynağa sahip olup, hukukun sükeleri tarafından tamamının bilinmesi mümkün olmadığı gibi, yalnızca ilgili kuralların bilinmesi ve uygulanmasında da çoğu zaman bir profesyonele yani avukata danışma ihtiyacı doğmaktadır. Avukatlık Kanununun 2. maddesinde de avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak belirtilmiştir. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. Adaletin sağlanmasında bu denli etkili olan ve yargı organları önünde temsil etme yetkisini tek başına elinde tutan avukatların işinin ehli olması bu durumun getirdiği bir zorunluluktur. Bu da avukatın emeğini ve mesaisini adalete adanmasını ve başka kazanç kapıları aramamasını gerekli kılar. Avukatların kazanca değil adalete olan adanmışlığı kamunun hukuk sistemine olan güvenini arttıracığından toplum barışının sağlanmasında da etkili rol oynamaktadır. Bu nedenledir ki Kanunun 11.maddesiyle avukatın adalet amacından ayrılarak mesleğinin dışında herhangi bir görev veya hizmet dolayısıyla para kazanması nitelikli avukat sayısını ve avukatın kamu gözündeki güvenilirliğini azaltacağından yasaklanmıştır. Şu halde yasaklayıcı hükmün takip ettiği amacın gerçekleşmesi ancak, yasaklanan işlemin geçersiz sayılmasıyla sağlanabildiğinden yasağın aynı zamanda işlemi de geçersiz kıldığını kabul etmek gerekir”.

gerekçelerle mahkeme, AvK m. 11'e aykırı şekilde akdedilmiş sözleşmeyi, bu sözleşmenin tarafının avukat olması dolayısıyla geçersiz¹⁵⁶⁰ saymıştır¹⁵⁶¹.

Avukatlık sözleşmesinin geçersiz sayıldığı hâllere bir diğer örnek ise sözleşmenin konusunun ahlâka yahut kamu düzenine aykırılık içermesidir. Birtakım Yargıtay kararlarında bu duruma değinilmiş ve bilhassa avukatlık sözleşmesi çerçevesinde verilecek hukuki yardımın somutlaşmadığı bazı durumlar ahlâka aykırı kabul edilmiştir. Örneğin 2024 tarihli bir kararında¹⁵⁶² yüksek mahkeme, “*avukatlık sözleşmesinin konusu, “İş sahibinin Ankara 7.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/260 Esas sayılı dosyasında verilen kararın temyiz edilerek bu süreçlerin takip edilmesi ve anılan kararın Yargıtay tarafından esastan bozulması için temsil, hukuki yardım ve danışmanlık hizmetinin verilmesi” olarak açıklanmış olup, 4.000.000 USD'nin ise kararın bozulması halinde ödeneceği belirtilmiştir. Temyiz incelemesi sırasında davacı avukat tarafından sağlanacak hukuki yardımın kapsamı sözleşmede belirtilmediğinden*” ifadeleriyle, sözleşmeyi ahlâka ve kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz addetmiştir. Yine 2021 tarihli başka bir kararında¹⁵⁶³ ise, “*sözleşmenin birinci maddesinde “Kemer Asl.Hukuk 2005/700 E. 2006/696 K. sayılı dosyasının Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda hukuki olarak takip edilmesi ve yerel mahkeme kararının Yargıtaydan esastan bozulmasının sağlanması karşılığında...” ve atıf yaptığı yerel mahkeme kararında “avukatlık ücret sözleşmesinin konusunun ancak hukuki bir yardım olabileceği, davacı ile imzalanan ücret sözleşmesindeki Kemer Asliye Hukuk Mahkemesi'nin direnme kararının bozulmasının sağlanmasına dair taahhüdün yasalara, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu” kanaatleriyle sözleşmenin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Sözleşmenin ahlâka yahut kamu*

¹⁵⁶⁰ “...yapılan işin esası avukat için yasak edilmiş alanda bir iş sözleşmesi olmasına göre Borçlar Kanununun 19 cu maddesi hükmünce bu sözleşme küll halinde geçersizdir. O halde gösterilen esaslar uyarınca davanın reddi gerekir ve bu yönleri kapsamayan karar bozulmalıdır”. Bkz. Yargıtay 4. HD., T. 2/2/1965, E. 1964/2026, K. 1965/545. Karar için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 396, dn. 4b.

¹⁵⁶¹ Benzer bir sonuç için bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, Rn. 651. Bir avukatın AvK m. 11'e aykırı şekilde bir şahsın emrinde yahut katip gibi çalışmasını hukuka aykırı kabul etmekle beraber bu durumun sözleşmenin butlanına yol açmayacağı, yalnızca avukat hakkında disiplin soruşturmasına yol açacağı yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 396. Her ne kadar kural, tek taraflı yasak öngören düzenlemenin sözleşmeyi geçersiz hâle getirmeyeceği olsa da ruhsatsız bir avukatın kurduğu sözleşmenin, hükmün anlam ve amacından hareketle geçersiz olacağı yönünde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, Rn. 32.07. Barodan geçici süre ile uzaklaştırılmış avukatın kuracağı sözleşmenin geçerli olacağı zira buradaki yasağın sözleşme tarafına ilişkin olup kamu düzeni ile alakalı olmadığı yönünde bkz. **İstSerhi/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 58.

¹⁵⁶² Yargıtay 3. HD., T. 26/3/2024, E. 2023/4603, K. 2024/1220, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁶³ Yargıtay HGK., T. 16/2/2021, E. 2017/13-589, K. 2021/95, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

düzenine aykırı olması pek tabii onun hükümsüzlüğü sonucunu doğurur. Fakat yüksek mahkemenin bu değerlendirmeyi yaparken hukuki yardımın sözleşmede somutlaşmamasına da aynı sonucu bağlaması eleştirilebilir niteliktedir. Zira hukuki yardım adı altında ahlâka aykırı bir amacın güdülmesi ile hukuki yardımın sözleşmede somutlaşmaması aynı anlama gelmemektedir.

(iii) Kesin hükümsüzlüğün etkisi

Vekâlet sözleşmesinin sürekli borç doğurur niteliği, bu sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün de kural olarak bu çalışmada temellendirilen ve TBK m. 394/III'ün genelleştirilmesinden hareket eden görüşe göre sonuç doğuracağını göstermektedir. TBK m. 394/III'ün tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere teşmilini sağlayan fikirden hareketle, kesin hükümsüz bir vekâlet sözleşmesinin kural olarak ileriye etkili şekilde sona ereceği söylenebilir.

Bahse konu etki bakımından Yargıtay, yukarıda kesin hükümsüzlük hâllerine verdiğimiz örneklerde, birbirinden farklı sonuçlara varmıştır. Bu noktada akla, yüksek mahkemenin, vekâlet sözleşmesi nezdinde ani edimli yahut sürekli edimli borç doğuran sözleşme ayrımı yaptığı gelebilir. Böylece ani edimli kabul ettiği örneklerde *ex tunc* etkiyi ve sürekli edimli kabul ettiği örneklerde ise *ex nunc* etkiyi işlettiği düşünülecektir. Fakat mahkeme bu türden bir ayrım yerine, kesin hükümsüzlüğe sebebiyet veren hâller bakımından bir ayrıma gitmiştir. Örneğin yukarıda da izah edilen 2013 tarihli kararında¹⁵⁶⁴, ayırt etme gücü olmayan ile yapılan sözleşmenin geçersizliğine rağmen avukatın ücrete hak kazandığını kabul etmiştir. Bu hususun AvK m. 164/IV'te yer alan hükümden ve ücret sözleşmesinin geçersizliği hâlinde ücretin nasıl hesaplanacağına dair düzenlemeden kaynaklandığı düşünülebilir. Fakat ilgili hüküm, avukatlık sözleşmesinin geçersizliğine değil sözleşmenin ücrete ilişkin kısmının geçersizliğine yönelik bir kural içermektedir. Anılan nedenle sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğüne sebebiyet veren bir durumda tatbik edilmesi esasen mümkün değildir. Kaldı ki Yargıtay da bu durumun farkındadır. Zira yerel mahkeme kısmi hükümsüzlük nitelemesi yapmış ve fakat Yargıtay fiil ehliyeti gerekçesiyle bu sözleşmenin geçersizliğine vurgu yapmıştır. Tüm bu saptamalardan

¹⁵⁶⁴ Yargıtay 13. HD., T. 26/6/2013, E. 2012/21927, K. 2013/17619, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/2/2025).

sonra ise sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün sonuçlarının ileriye etkili olacağını kabul etmiş ve vekilin emeğine karşılık gelen tutarın ödenmesine hükmetmiştir¹⁵⁶⁵.

Yargıtay, bu karara karşın yine yukarıda anılan bazı diğer kararlarında ise vekâlet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili sonuçlar doğurduğunu kabul etmiştir. Bir tarafı avukat olan simsarlık sözleşmesi bakımından, “*Sonuç olarak somut olayda taraflar arasında imzalanan simsarlık sözleşmesi simsarlık hizmetini üstlenen davalıların avukat olması ve Avukatlık Kanununun 11. maddesiyle simsarlığın avukatlıkla birleşmeyen işlerden sayılması nedeniyle hukuka aykırı olduğundan TBK m. 27 hükmü gereği kesin hükümsüz olup, tarafların aldıklarını geri vermeleri gerekir*”¹⁵⁶⁶ şeklinde hüküm kurmuştur. Kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının *ex tunc* etkili biçimde tesir etmesi gerektiğini ifade eden yüksek mahkeme, tarafların aldıklarını geri vermesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. İşte bu noktada sürekli borç doğuran sözleşmelerin temel sorunu bir kez daha ortaya çıkmakta ve kendisine ödenen ücreti iade edecek olan vekilin emeğinin iadesinin ne şekilde gerçekleştirileceği ya da daha doğru bir ifadeyle gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği problemi gündeme gelmektedir. Bu işlemin gereksiz bir karmaşaya sebebiyet vermekten öteye geçemeyeceği ise izahtan varestedir. Benzer şekildeki diğer kararlarında da yüksek mahkeme özellikle ahlâka ve kamu düzenine aykırılık gerekçeleriyle kesin hükümsüzlüğüne karar verdiği avukatlık sözleşmeleri¹⁵⁶⁷¹⁵⁶⁸ ve

¹⁵⁶⁵ “*Somut olaya gelince; Dava konusu olayda, taraflar arasında geçerli ücret sözleşmesi mevcut olmayıp, davalı tarafından 25.8.2003 tarihinde açılan davayla ilgili olarak davacı avukata 15.8.2003 tarihinde vekaletname verildiği dolayısıyla bu tarih itibarıyla sözleşme ilişkisi kurulduğuna göre davacı, bu tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Kanunu hükümleri gereğince 25.8.2003 tarihinde 100.000.00.TL bedelle açılan tapu iptal tescil davasında gösterilen dava değeri üzerinden yüzde beş ile onbeş arasındaki bir oran üzerinden vekalet ücreti istemeye hak kazanmıştır. Mahkemece, bu husus göz ardı edilerek yanlış değerlendirmeye taraflar arasındaki sözleşme geçerli kabul edilerek 2007 yılında yapılan tespitte belirlenen değer üzerinden yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir*”.

¹⁵⁶⁶ Yargıtay 13. HD., T. 25/11/2019, E. 2017/4038, K. 2019/11484, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁶⁷ “*11. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında düzenlenmiş 05.02.2007 tarihli avukatlık sözleşmesinin geçersiz kabul edildiği eldeki davada, davacı avukatın verdiği hizmetler göz önünde bulundurulmak suretiyle dava değeri üzerinden uygun bulunacak bir orana göre vekalet ücretine hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır.*

... 29. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırılığı Yerel Mahkeme ve Özel Daire arasında çekişmesiz olan davaya konu 05.02.2007 tarihli avukatlık sözleşmesinden dolayı davacı avukatın vekalet ücreti alacağı söz konusu olmayacaktır. Davacı avukatın davanın başından beri verdiği emeğin göz önünde bulundurulması ve uygun bir vekalet ücreti tayininin gerekliliği akla gelebilirse de, taleple bağlılık ilkesi karşısında, başkaca vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru olmayacaktır”. Bkz. Yargıtay HGK., T. 16/2/2021, E. 2017/13-589, K. 2021/95, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁶⁸ “*Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olması nedeniyle geçersiz olan davaya konu 12.11.2013 tarihli avukatlık sözleşmesinden dolayı davacı avukatın*

vekâlet sözleşmesi¹⁵⁶⁹ bakımından *ex tunc* etkiyi kabul etmiştir. Daha önce de açıkladığımız üzere, kanaatimizce kural olarak kesin hükümsüzlük sebepleri arasında bir hiyerarşi yoktur¹⁵⁷⁰. Bu nedenle geçersizlik sebeplerinden birini diğerine göre daha önemli addederek sözleşmenin ileriye yahut geçmişe etkili şekilde sona ermesi kural olarak mümkün değildir. Fakat sözleşmenin geçersizliğine sebep olan olgunun aynı zamanda suç teşkil etmesi gibi bir ihtimalde, artık bu fiilin taraflarının bundan çıkar elde etmesi, ileriye etkili sona erme ile amaçlanan adalet duygusunun önüne geçebilir. Kararlara konu olaylar bakımından örneğin ihaleye fesat karıştırma suçu gibi bir ihtimalin varlığı hâlinde, mahkemece kurulan hükmün yerinde olduğu kabul edilebilir. Bu durumda kuraldan ayrılmak mümkün ise de bunun ancak istisnai bir nitelik teşkil edeceği söylenmelidir. Esas kuralın geleceğe etkili sonuçlar doğuran sona erme olduğu unutulmamalıdır.

(iv) Kısmi hükümsüzlük

Vekâlet sözleşmesinde kısmi hükümsüzlük bakımından incelenmesi gereken ilk husus TBK m. 512'nin öngördüğünün aksine bir kabulün taraflarca sözleşmede hüküm altına alınması meselesidir. Bilindiği üzere m. 512'de, tarafların vekâlet sözleşmesini her zaman sona erdirebilmesi düzenlenmiştir. Tarafların vekâlet sözleşmesine bunun aksine bir kuralı derç

vekâlet ücreti alacağı söz konusu olmayacaktır. Davacı avukatın davanın başından beri verdiği emeğin göz önünde bulundurulması ve uygun bir vekâlet ücreti tayininin gerekliliği akla gelebilirse de, taleple bağlılık ilkesi karşısında, başkaca vekâlet ücretine hükmedilmesi de doğru olmayacaktır. Mahkemece açıklanan husus göz ardı edilerek, sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir''. Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 26/3/2024, E. 2023/4603, K. 2024/1220, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁶⁹ “Tüm bu açıklamalar ışığında, somut olay değerlendirildiğinde; hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olması nedeniyle geçersiz olan davaya konu 20.12.2017 tarihli sözleşmeden dolayı davacının ücret alacağı söz konusu olmayacaktır. Mahkemece, 6098 Sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca kesin hükümsüz olduğu ve davacının bu hükümler nedeniyle davalılardan herhangi bir talepte bulunamayacağının kabulüyle bu taleplerin reddine karar verilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilerek, sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir''. Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 18/11/2024, E. 2023/5616, K. 2024/3683, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 25/2/2025).

¹⁵⁷⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, A, 2.

etmeleri imkânı, hükmün emredici niteliği¹⁵⁷¹ sebebiyle mümkün değildir¹⁵⁷². Hükmün emredici niteliğinin en temel gerekçesi ise temelde vekâlet sözleşmesi bakımından güven ilişkisinin son derece belirgin¹⁵⁷³ olmasıdır¹⁵⁷⁴. Şüphesiz sürekli borç doğuran her sözleşme bakımından güven, son derece mühim bir nitelik teşkil etmektedir ki bu türden sözleşmelerde taraf ilişkilerinin¹⁵⁷⁵ güven üzerine inşa edildiğinden daha önce bahsedilmiştir¹⁵⁷⁶. Lâkin vekâlet

¹⁵⁷¹ AKINCI, s. 66, 67; AKİPEK, s. 75; BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20, Rn. 10; BaslerKomm-OSER/WEBER, Art. 404, Rn. 5; Georg GAUTSCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der Einfache Auftrag Artikel 394-406 OR, Verlag Stämpfli, 1971, Art. 404, Rn. 15a (BernKomm/GAUTSCHI, Auftrag); BUCHER, Besonderer Teil, s. 228; GÜMÜŞ, Kısa Ders Kitabı, s. 418; GÜMÜŞ, Özen, s. 35 vd.; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 436; ÖZEN, 386/II, s. 31; SEROZAN, Dönme, s. 130, 131; TANDOĞAN, Cilt II, s. 623; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Cilt II, s. 1335. Hükmün mutlak olarak emredici bir niteliği haiz olmadığı yönünde bkz. ARAL/AYRANCI, s. 562; BernKomm/FELLMANN, Art. Rn. 115 vd., özellikle Rn. 118; GAUCH, Art. 404, Rn. 9-18; SARI, Vekâlet, s. 115. Öğretide, hükmün emrediciliğini kabul eden bazı görüş sahiplerinin de dahil olduğu bir fikir, tipik vekâlet ile atipik vekâlet sözleşmesi ayrımı yapmaktadır. Buna göre, bilhassa güven unsurunun yoğun olduğu ve şahsa sıkı sıkıya bağlı vekâlet sözleşmeleri tipik vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmakta ve bunlar bakımından hükmün emredici niteliği kabul edilmektedir. Buna karşılık güven ilkesi, sözleşmenin yapısal bir unsuru değilse, bu hâlde geri kalan yapısal özellikleri haiz ilişkinin, atipik bir vekâlet sözleşmesine sebebiyet vereceği kabul edilmektedir. Atipik vekâlet sözleşmeleri bakımından ise sözleşmeyi her zaman sona erdirmeye hakkına ilişkin hükmün emredici olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. BUCHER, Besonderer Teil, s. 228; BernKomm/FELLMANN, Art. 404, Rn. 108; EREN, Borçlar Özel, N. 2444; WEBER, s. 124 vd. Atipik ve tipik vekâlet sözleşmesi ayrımını, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan vekâlet (örneğin doktor, avukat) sözleşmeleri ve diğerleri biçiminde yapan görüş için bkz. ARAL/AYRANCI, s. 562. Bu hususa ilişkin izah ve ayrıca azil ile istifa haklarının birbirinden bağımsız olarak sınırlandırılabilmesine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. SARI, Vekâlet, s. 108 vd. Benzer yönde bkz. KARABAĞ BULUT, Kişilik Hakkı, s. 154 vd. Bu biçimdeki vekâlet sözleşmeleri bakımından hükmün emrediciliğinin tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. GÖKYAYLA, Eser ve Vekâlet, s. 294, 295. Güven unsurunun bulunmadığı türden ilişkilerin vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmasının mümkün olmadığı, bunların ancak *sui generis* sözleşme kabul edilebileceği yönünde bkz. GÜMÜŞ, Kısa Ders Kitabı, s. 418, 419; GÜMÜŞ, Özen, s. 37, 38. Bu türden sözleşmelerinin isimsiz işgörmeye sözleşmesi olarak adlandırılması gerektiği yönünde bkz. ÖZEN, 386/II, s. 31.

¹⁵⁷² İlgili hükmün mehzazı olan OR Art. 404'ün emredicilik niteliği bakımından 2011 yılında bir değişiklik önerisi sunulmuştur. Gerekli süreçlerin ardından yasama organı önüne gelen teklif 2018 yılında reddedilmiştir. Bu sonuç, emredicilik niteliğinin İsviçre Federal Mahkemesi içtihadından kaynaklandığı ve bu kabulün aksine bir değişikliğin de yine yüksek mahkemeye bırakılması gerektiği biçiminde gerekçelendirilmiştir. Ayrıntılar için bkz. BaslerKomm-OSER/WEBER, Art. 404, Rn. 11b. İsviçre Federal Mahkemesi'nin hükmün emrediciliği hususundaki kararlarının ve bu kararların kendi içindeki çelişki barındıran hususlarının eleştirisi için bkz. Christopher BOOG/Jörn ESCHMENT, "Der Auftrag nach Schweizer Recht", RIW 2015, 245, Heft 5, s. 254 vd.

¹⁵⁷³ GÜMÜŞ, Özen, s. 34; WEBER, s. 33.

¹⁵⁷⁴ AKINCI, s. 66; GÜMÜŞ, Özen, s. 36; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 346; ÖZEN, 386/II, s. 31; SARI, Vekâlet, s. 96; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 598. Güven ilkesi karşısında ahde vefa ilkesinin varlığına dikkat çeken ve bu çerçevede özellikle atipik vekâlet sözleşmelerinin ayrılması gerektiğine değinen görüş için bkz. BOGG/ESCHMENT, s. 255. Sözleşmenin temelini, tarafların birbirine duyduğu güvenin oluşturduğu yönünde bkz. SERT SÜTÇÜ, s. 1527.

¹⁵⁷⁵ Karşılıklı güven taraflar için aynı düzeyde olmadığı ve müvekkilin, vekile göre daha fazla güven duyan taraf olduğu yönünde bkz. BaslerKomm-OSER/WEBER, Art. 404, Rn. 9. Güven ilişkisinin çoğu kez tek taraflı olduğu ve müvekkilden vekile yöneldiği yönünde bkz. GÜMÜŞ, Özen, s. 34, dn. 135.

¹⁵⁷⁶ Ayrıntılı bilgiler için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, B.

sözleşmesi bunlar içinde dahi güven ilkesiyle münasebeti en yoğun sözleşmedir ve bu sözleşme, güven ilkesinden bağımsız düşünülemez. Bu özel güven ilişkisinin sözleşmede varsayılması, TBK m. 512’de (eBK m. 396) bunun bir kural hâline getirilmesine neden olmuştur¹⁵⁷⁷. Zira güven, sözleşmenin emredici nitelikteki bir ana unsuru¹⁵⁷⁸ ve adeta sistemsal yapısını oluşturan harcıdır¹⁵⁷⁹. Hizmet ve eser sözleşmesi gibi bu sözleşmede de vakit geçtikçe taraflar arasındaki bağ kuvvetlense de vekâlet sözleşmesinin kurulması, çoğu kez müvekkilin vekile karşı hissettiği güven duygusunun etkisiyle olur¹⁵⁸⁰. Bunun sarsılması hâlinde ise vekâlet sözleşmesi darbe alacak ve devamı çekilmez olabilecektir. İşte bu nedenle güven ilişkisi, tarafların sözleşmeyi sona erdirebilme hakkını da her daim ellerinde tutmalarını gerektirir. Aksi taktirde yapısal unsuru eksik bir sözleşmede kalmaya zorlanma tehlikesi doğmaktadır¹⁵⁸¹. Bu husus bilhassa avukatlık sözleşmesi gibi ilişkilerde çok daha belirgindir ve bu sözleşmelerde yer alan sona erdirme hakkı, sınırlandırılmaz yahut ortadan kaldırılamaz¹⁵⁸². Bu türden bir kaydın yer aldığı sözleşme hükmü, açıklanan gerekçeler nedeniyle geçersizlikle¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁷ ÖZEN, 386/II, s. 31.

¹⁵⁷⁸ GÜMÜŞ, Özen, s. 36.

¹⁵⁷⁹ Bu yönde bkz. SERT SÜTÇÜ, s. 1528.

¹⁵⁸⁰ Benzer yönde bkz. GÜMÜŞ, Özen, s. 36.

¹⁵⁸¹ ÖZEN, 386/II, s. 31.

¹⁵⁸² GÖKYAYLA, Avukatlık Sözleşmesi, s. 65. “Oysaki vekalet sözleşmesi, karşılıklı güvene dayalı bir sözleşme olup, güven, sözleşmenin temelini oluşturan, olmazsa olmaz önemli bir özelliğini teşkil eder. Bu sebeple taraflardan her biri, sözleşmeyi her zaman feshedebilir. (Yasada bu durumda vekil ve müvekkile tanınan hak ve yükümlülükler saklıdır.) Nitekim bu husus 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 512. maddesinde, “Vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.” 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinde de “vekaletten azil ve ondan istifa, her zaman caizdir.” şeklindeki hükümlerde de açıkça belirtilmiştir. Emredici nitelikteki bu hüküm gereğince müvekkil, vekilini her zaman azletmek hakkından, vekil de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez. Bunun aksini öngören sözleşmeler geçersiz olduğu gibi, istifa ve azil hakkını zorlaştıran kararlaştırmalar da geçersizdir”. Bkz. Yargıtay 13. HD., T. 16/6/2015, E. 2014/19562, K. 2015/20555, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁸³ Tarafların vekâlet sözleşmesini serbestçe sona erdirmesine ilişkin bir diğer yasak da bu hakkın sınırlandırılması bakımından ortaya çıkar. Zira cezai şart yahut bu hakkın kullanılmasıyla ücretin tamamının ödeneceğine ilişkin bir hüküm eklenerek tarafların azil ve istifa hakkını kullanması engellenmeye çalışılabilir. Bu ihtimaller de TBK m. 512’nin varlığını bertaraf edeceği için geçersizdir. Bkz. AKINCI, s. 66, 67; GÖKYAYLA, Avukatlık Sözleşmesi, s. 61; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 436; TANDOĞAN, Cilt II, s. 624. “Oysaki vekalet sözleşmesi, karşılıklı güvene dayalı bir sözleşme olup, ..., sözleşmenin temelini oluşturan, olmazsa olmaz önemli bir özelliğini teşkil eder. Bu nedenle taraflardan her biri, sözleşmeyi her zaman feshedebilir. (Yasada bu durumda vekil ve müvekkile tanınan hak ve yükümlülükler saklıdır.) Nitekim bu husus 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 512. maddesinde, “Vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi ... taraflı olarak sona erdirebilir.” 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinde de “vekaletten azil ve ondan istifa, her zaman caizdir.” şeklindeki hükümlerde de açıkça belirtilmiştir. Emredici nitelikteki bu hüküm gereğince müvekkil, vekilini her zaman azletmek hakkından, vekil de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez. Bunun aksini öngören sözleşmeler geçersiz olduğu gibi, istifa ve azil hakkını zorlaştıran kararlaştırmalar da geçersizdir. O halde dava konusu olayda sözleşmenin az yukarıda belirtilen VII. maddesindeki sözleşmenin feshi durumunda, “üç

malûldür¹⁵⁸⁴. Fakat ilgili durum bir kısmi hükümsüzlüğe sebebiyet verir¹⁵⁸⁵. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıktığı bu ihtimalde hükümsüz olan düzenlemenin yerini, tarafların her zaman azil ve istifa hakkını kullanabileceği yönündeki emredici hüküm almaktadır¹⁵⁸⁶.

Vekâlet sözleşmesi bakımından bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer hüküm ise TBK m. 505'te¹⁵⁸⁷ düzenleme altına alınmıştır. Vekâlet verenin talimat verme hakkı olarak isimlendirilen bu kural, vekâlet sözleşmesinin kurulmasından sonra, işin içeriğinin ve ifa tarzının somutlaştırılması yahut belli ölçülerde değiştirilmesi için müvekkil tarafından kullanılan ve vekile varması gerekli tek taraflı irade beyanları olarak ifade edilmektedir¹⁵⁸⁸. Mevzubahis bu haktan önceden feragat edilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁵⁸⁹. Bunun gerekçesi

yıllık ücret karşılığının ödenmesi gerektiğine" ilişkin kararlaştırma da geçersizdir". Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 17/7/2023, E. 2022/6597, K. 2023/2169, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁸⁴ **HÜRLIMANN**, Rn. 116. Hükmün emredici olmadığını savunan *Sarı*, azil ve istifa hakkının, kişilik hakkına aykırı olarak sınırlandırılması hâlinde geçersizliğin ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Bkz. **SARI**, Vekâlet, s. 127, 128. TMK m. 23/II düzenlemesine aykırılık bağlamında yapılan inceleme için bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik Hakkı, s. 154 vd.

¹⁵⁸⁵ **HÜRLIMANN**, Rn. 288; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 155, 156; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 211.

¹⁵⁸⁶ **HÜRLIMANN**, Rn. 288; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 156; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 211. Bu yöndeki bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Azil haklı bir nedene dayanmasa veya istifa haklı olsa bile, vekil, kural olarak, ücretin tamamını isteyemez, ancak o zamana kadar işi gereği gibi görmüşse, harcadığı zamanla orantılı olarak kısmi bir ücret isteminde bulunabilir. O halde, azil ve istifa ancak ileriye yürürlü olduğundan dolayı azlolunan veya istifa eden vekil, o zamana kadarki masrafları ve zararı için fiilen gördüğü işin karşılığı olan kısmi bir ücret isteyebileceğinin kabulü gerekecektir. Bu istemleri aşan ücretin alıkonulmasına veya cezai şarta ilişkin anlaşmalar ise geçerli olamayacaktır". Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 29/12/1997, E. 1997/11339, K. 1997/12497, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 1/2/2025).

¹⁵⁸⁷ TBK m. 505: "Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.

Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz".

¹⁵⁸⁸ Vekâlet sözleşmesinin kurulmasından sonra, işin içeriğinin ve ifa tarzının somutlaştırılması yahut belli ölçülerde değiştirilmesi için müvekkil tarafından kullanılan ve varması gerekli tek taraflı irade beyanlarına talimat denmektedir. Bkz. **BaslerKomm-OSER/WEBER**, Art. 397, Rn. 4; **CHK-GEHRER CORDEY/GIGER**, OR 397, Rn. 1; **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 440, 441; **HOFSTETTER**, s. 101; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 436; **Tuğçe TEKBEN**, Vekalet İlişkilerinde Vekalet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 79; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1313.

¹⁵⁸⁹ **BernKomm/GAUTSCHI**, Auftrag, Art. 397, Rn. 5a; **DERENDINGER**, N. 118; **HOFSTETTER**, s. 101; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 439, 440; **TEKBEN**, s. 159, 160; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1313. Aksi yönde bkz. **BernKomm/FELLMANN**, Art. 397, Rn. 27 vd.; **CHK-GEHRER CORDEY/GIGER**, OR 397, Rn. 1.

olarak ise TBK m. 512'nin (OR Art. 404)¹⁵⁹⁰ emredici niteliğine işaret edilmektedir¹⁵⁹¹. Üstelik müvekkil, sözleşmenin ifa edileceği alanda vekilden daha az bilgili ve deneyimli olmasına rağmen, ilgili işin icra edileceği ortamı gözlemlemek hususunda daha iyi bir konumda olabilir¹⁵⁹². Bu nedenle ilgili hakkını kullanmaktan vazgeçmesi kabul edilmemelidir. Bahse konu hususlar sebebiyle, vekâlet sözleşmesine bu yönde konulan bir kayıt hükümsüzdür. İlgili hükümsüzlük sözleşmenin tamamının geçersizliğine yol açmayacak ve kalan kısımları geçerliliğini koruyacaktır. Hükümsüz kısmın yerini ise müvekkilin talimat verme hakkının varlığına işaret eden emredici hüküm alır.

Müvekkilin talimat verme hakkının bir diğer yönünü ise ilgili talimatların içeriği oluşturur. Bu talimatların kendisi de emredici hükme aykırılık, ahlâka aykırılık yahut imkânsızlık gibi gerekçelerle geçersiz olabilir¹⁵⁹³. Örneğin bir mali müşavir ile kurulan sözleşmede müvekkil, vergi kaçırmak maksadıyla, emredici kurallara aykırı beyanname düzenlenmesi¹⁵⁹⁴ talimatını verebilir¹⁵⁹⁵. Açıktır ki geçerli olarak kurulmuş bir vekâlet sözleşmesine dayanarak verilen talimatın hükümsüzlüğü, vekâlet sözleşmesini hükümsüz hâle getirmez¹⁵⁹⁶.

Kısmi hükümsüzlük hâli avukatlık sözleşmesi bakımından da ortaya çıkabilir. Daha önce de ifade edildiği üzere bu noktada en temel düzenleme AvK m. 163/II'de yer almaktadır ve ilgili kural, sözleşmenin bir kısmı geçersiz olsa dahi kalanının geçerliliğini koruyacağını ifade ederek zorunlu kısmi hükümsüzlük sonucunu öngörmektedir¹⁵⁹⁷. Böylece tarafların TBK m. 27/II

¹⁵⁹⁰ **BernKomm/GAUTSCHI**, Auftrag, Art. 397, Rn. 5a; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 440; **TEKBEN**, s. 159; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1313. Çoğun (OR Art. 404) içinde az (OR Art. 397) da vardır. Bkz. **BernKomm/GAUTSCHI**, Auftrag, Art. 397, Rn. 5a.

¹⁵⁹¹ Bu hususu ayrıca TBK m. 42/II'de yer alan “*Temsil olunan, bu haktan önceden feragat edemez*” ve TMK m. 23 hükümleri çerçevesinde de değerlendiren görüşler için bkz. **BernKomm/GAUTSCHI**, Auftrag, Art. 397, Rn. 5a; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 440; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1313.

¹⁵⁹² **DERENDINGER**, N. 118. Müvekkilin bilgi düzeyinin, verilen talimat bakımından önemine dair açıklamalar için bkz. **GÜNERGÖK**, s. 71 vd.

¹⁵⁹³ Ayrıntılı bilgiler için bkz. **TEKBEN**, s. 265 vd.

¹⁵⁹⁴ **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 443.

¹⁵⁹⁵ Vekilin bu türden talimatlara uyma yükümlülüğü bulunmadığı gibi bunları yerine getirmemek sözleşmenin ihlâli anlamına gelmemektedir. Bu hususa ve vekilin uymaması gereken talimatlara dair ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKBEN**, s. 189 vd.; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 443 vd.

¹⁵⁹⁶ **BOGG/ESCHMENT**, s. 250. Talimatın hukuka aykırı içeriği her ne kadar ayrı değerlendirilse de bu durum sözleşmenin amacının da hukuka veya ahlâka aykırılık olduğu izlenimini uyandırabilir. İlgili durumda sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğü değerlendirmesi yapılmasının gündeme gelebileceğine dair bkz. **BernKomm/GAUTSCHI**, Auftrag, Art. 397, Rn. 14a, **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 443.

¹⁵⁹⁷ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 207, 208.

uyarınca aksini ileri sürmeleri engellenmektedir¹⁵⁹⁸. Bir diğer zorunlu kısmi hükümsüzlük hâli ise AvK m. 164/IV, c. 3'te yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre, “...*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 ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifi uygulanır*”. Avukatlık sözleşmesinin ücrete ilişkin kısmının geçersizliği hâlinde tarafların farazi iradesinin dikkate alınmayacağı ve geçersizlik nedeniyle oluşan boşluğun bu kuraldaki şekilde doldurulacağı hüküm altına alınmıştır.

Avukatlık sözleşmesi bakımından kısmi hükümsüzlüğün ortaya çıktığı bir diğer hâl ise ücrete ilişkindir. Bilindiği üzere vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması asıldır¹⁵⁹⁹. Her ne kadar bugünkü düzende ücretsiz bir vekâlet sözleşmesine rastlanması mümkün değilse de sözleşmenin niteliği buna cevaz vermektedir. Fakat avukatlık sözleşmesi bakımından durum bunun tam tersidir. Zira müvekkilin sözleşmesel edimi, avukata akdi vekâlet ücretini ödemektir¹⁶⁰⁰ ve avukatlık sözleşmesi kural olarak ücretlidir¹⁶⁰¹. AvK m. 163/I, c. 2 uyarınca, “*Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblâğı yahut değeri kapsamaması gerekir*”. Yine m. 164/I, “*Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder*” hükmünü haizdir. Anılan gerekçelerle avukatlık işinin ücretsiz olduğuna dair bir sözleşme hükmü kural olarak geçersizdir¹⁶⁰². Emredici hükme aykırılık nedeniyle ortaya çıkan bu geçersizlik ise kısmi hükümsüzlüğe sebebiyet verir. Tarafların, ilgili hüküm olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağına ilişkin farazi iradesi ise dinlenmez. Zira AvK m.

¹⁵⁹⁸ Yine de her sözleşmede somut olay bakımından inceleme yapılması gerektiği yönünde bkz. **Songül KARATEKE**, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Turhan Kitabevi, 2006, s. 29.

¹⁵⁹⁹ Geçmişte bir onur hizmet olarak ücretsiz yerine getirilse de günümüzde vekâlet sözleşmesinin ivazlılığı hususunda artık neredeyse tersine bir fiili karinenin ortaya çıktığı yönünde bkz. **BaslerKomm-OSER/WEBER**, Art 394, Rn. 35; **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 454. Benzer yönde bkz. **BernKomm/FELLMANN**, Art. 394, Rn. 366, 388; **GÖKYAYLA**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 17, dn. 12.

¹⁶⁰⁰ **Ferhat CİMBAR**, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 91.

¹⁶⁰¹ **GÖKYAYLA**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 17; **GÜNERGÖK**, s. 140; **KARATEKE**, s. 11; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Cilt II, s. 1276.

¹⁶⁰² AvK m. 164/IV, c. 2'de yer alan “*Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir*” hâl ile adli yardıma ilişkin hususlar istisnadır.

164/IV, c. 3¹⁶⁰³, sözleşmenin ücrete ilişkin hükmünün geçersizliği hâlinde ücretin nasıl kararlaştırılacağını hüküm altına almıştır. Bu sebeple, hükümsüzlük nedeniyle oluşan boşluk AvK m. 164 gereğince doldurulmaktadır.

Avukatlık Kanun'un 164. maddesine göre, tarafların sözleşmede belirledikleri ücret ise belli sınırlamalara tabidir ve dördüncü fıkraya göre, “*Avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılmaz*”¹⁶⁰⁴. İlgili kural, ücretin belli bir miktar altında kalmasını yasaklamaktadır. Bu biçimde kararlaştırılmış bir maktu ücret hükmü düşey kısmi hükümsüzlüğe neden olmakta ve yükseltme yaptırımına uğramaktadır¹⁶⁰⁵. İlgili yükseltmeye dayanak alınan düzenleme ise yine hükümde öngörüldüğü üzere avukatlık asgari ücret tarifesidir.

Avukatlık sözleşmesi bakımından tarifenin altında ücret belirlenemeyeceği gibi belli sınırların üzerinde ücret kararlaştırılması da mümkün değildir. AvK m. 163/II uyarınca “*Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir*” ve yine m. 164/II uyarınca “*Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir*”. Sözleşmede kararlaştırılan ücretin üst haddini belirleyen bu kurallara aykırı bir sözleşmesel hüküm geçersizdir ve kısmi hükümsüzlüğe sebebiyet verir¹⁶⁰⁶. İlgili kısmi hükümsüzlük yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sözleşmenin kalanını etkilememektedir. Buna göre tavanı aşan kısım düşey kısmi hükümsüzlük uyarınca geçersiz addedilecek¹⁶⁰⁷ ve sözleşmenin ücrete ilişkin hükmü kanunda belirtilen had

¹⁶⁰³ AvK m. 164/IV, c. 3: “*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 ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır*”.

¹⁶⁰⁴ İlgili düzenlemenin mesleki rekabet ve etik değerler amacıyla getirildiğine dair bkz. CİMBAR, s. 132.

¹⁶⁰⁵ KIRKBEŞOĞLU, s. 335. Meslek kurallarını çiğneyerek sözleşme ücretini asgari ücret tarifesinin altında kararlaştıran bir avukatın artırım istemesinin uygun olmadığı yönünde bkz. GÜNERGÖK, s. 143.

¹⁶⁰⁶ BaslerKomm-OSER/WEBER, Art. 396, Rn. 16; BernKomm/GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394, Rn. 78a; GÜNERGÖK, s. 38.

¹⁶⁰⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 300 vd. Benzer yönde bkz. GÜNERGÖK, s. 38; KARATEKE, s. 97. Sözleşmenin ücrete dair hükmünün yasal sınıra indirilmesinin, TTK m. 1530'da yer alan ilkenin kıyası ile gerçekleştirileceğine dair bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 372. Bu yönde bkz. “*O halde 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 ücrete konu olan kamulaştırma bedelinin arttırılmasına ilişkin*

üzerinden yapılmış sayılacaktır¹⁶⁰⁸. Bahse konu bu kabul, nisbi ücret söz konusu olduğunda açıksa da sözleşmede maktu ücretin belirlenmiş olması hâlinde de bir üst sınırın olup olmadığı hususunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Ağırlıklı görüş¹⁶⁰⁹ maktu ücret mevzubahis olduğunda ilgili yüzde yirmi beşlik sınırın doğrudan uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶¹⁰. Buna göre maktu ücretin fahiş olması durumunda ancak aşırı yararlanma yahut ahlâka aykırılık değerlendirmesi yapılabilir¹⁶¹¹.

Yine AvK m. 164/III gereğince, “*İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz*”. Bu hüküm gereğince avukatın davanın taraflarından biriymiş gibi dava konusuna iştirakine ilişkin hükümler geçersizdir¹⁶¹². Sözleşmede hem belli bir tutarın ya da yüzdenin hem de dava konusunun bir kısmının avukata ait olacağı kararlaştırılmış¹⁶¹³ ise, bu hâlde hükmün ayni edim

davada davalı lehine hüküm altına alınan miktarın %25'i oranında tespit edilecek vekalet ücreti ile...”. Bkz. Yargıtay 13. HD., T. 29/12/2008, E. 2008/13013, K. 2008/15799, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 23/2/2025).

¹⁶⁰⁸ CİMBAR, s. 135.

¹⁶⁰⁹ CİMBAR, s. 137; KARATEKE, s. 89, 90; KIRKBEŞOĞLU, s. 302; TANDOĞAN, Cilt II, s. 372, 373.

¹⁶¹⁰ Bu görüş sahipleri de kendi içinde ayrılmaktadır. Bir fikre göre AvK m. 163/II’de yer alan “*İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez*” şeklindeki ikinci cümle nedeniyle ücret ödemesi yapıldıktan sonra geçersizlik iddiası ileri sürülemez. Bkz. CİMBAR, s. 137; KARATEKE, s. 97. Aksi yöndeki görüşe göre ise sonradan indirim yapılması ve iş sahibinin fazlandan ödemeyi iade alması mümkündür. Bkz. KIRKBEŞOĞLU, s. 302, 303.

¹⁶¹¹ CİMBAR, s. 137; KARATEKE, s. 90; KIRKBEŞOĞLU, s. 302; TANDOĞAN, Cilt II, s. 372, 373.

¹⁶¹² TANDOĞAN, Cilt II, s. 373.

¹⁶¹³ Bu yöndeki bir Yargıtay kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “Somut olaya bakıldığında, taraflar arasında imzası inkar edilmeyen “Avukatlık Ücret Sözleşmesi” başlıklı sözleşmenin az yukarıda zikredilen maddesinde kararlaştırıldığı üzere, dava konusu edilen parselin kat karşılığı müteahhide verildikten sonra bu ücretin karşılığı 350.000,00 değerinde 1 adet dairenin davalıya avukatlık ücreti olarak ödeneceğine ilişkin kısmı, hasılı davaya iştirak niteliğinde olup geçersizdir. Ancak aynı maddenin devamında “...tapu dava sahibi adına kayıt ve tescil edildiğinde avukata ücretinin tamamı 350.000,00 TL olup bu nakit olarak ödenecektir.” şeklinde avukatlık ücretinin belirlendiği açıktır. O halde, sözleşmenin 1. maddesinin son kısmı kısmi butlanla geçersiz ise de açıkça rakam belirlenen kısmı geçerlidir”. Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 4/7/2023, E. 2022/7573, K. 2023/2029. Benzer yönde bkz. “Avukatlık Ücret Sözleşmesi başlıklı sözleşmede dava konusu edilen 5 adet Mask’ın davalı-karşı davacıya avukatlık ücreti olarak ödeneceğine ilişkin kısmının, hasılı davaya iştirak niteliğinde olup geçersiz olduğu, ancak aynı maddenin devamında “...veya her halükarda 250.000 YTL(iki yüz elli bin yeni türk lirası) avukatlık ücreti olmak üzere avukata ödenecektir.” şeklinde avukatlık ücretinin belirlendiğini, o halde, sözleşmenin 3. maddesinin ilk kısmı geçersiz ise de açıkça rakam belirlenen kısmının geçerli olduğu”. Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 8/10/2024, E. 2023/4198, K. 2024/2864. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 23/2/2025).

içeren bölümü kısmi hükümsüz¹⁶¹⁴ addedilmeli ise de nakdi edime dair bölümü geçerli sayılmalıdır¹⁶¹⁵.

2. İrade sakatlığında

a. Yanılma

Vekâlet sözleşmesi açısından güven ilişkisi, sözleşmenin kurulması bakımından mühim bir rol oynamaktadır. Denebilir ki sözleşme, çoğu kez müvekkilin vekile karşı hissettiği güven duygusunun etkisiyle akdedilir¹⁶¹⁶. Bu nedenle vekilin kimliği önem arz etmekte ve müvekkil bizzat bu kimseyle hukuki ilişki içerisine girmek istemektedir¹⁶¹⁷. Bu nedenle müvekkilin, vekilin kişiliği bakımından düştüğü bir hata, sözleşmenin geçerliliğine etki edebilir¹⁶¹⁸. Gerçekten de kişide yanılmanın, sözleşmenin geçerliliğini bu denli etkileyebilmesi için, güven

¹⁶¹⁴ Bu noktada, sözleşmede yer alan bu biçimdeki bir ücret anlaşmasının ortaya çıkardığı kısmi hükümsüzlük bakımından sözleşmenin anlaşma- alt anlaşma olarak bölünebilirliği hususuna değinmekte fayda vardır. Daha önce de belirtildiği üzere kısmi hükümsüzlüğün meydana gelebilmesi için sözleşmenin bölünebilir olması gerekir. Zira hükümsüzlüğün sözleşmenin bir kısmına sirayet etmesi için, o kısmın kalan geçerli bölümden ayrılabilmelidir. Sözleşmenin bölünebilirliğine dair ayrıntılı bilgiler için bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 57 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 115 vd. Sözleşmenin kısımlarının alt kısımlara ayrılabilirliği de öğretide ayrıca tartışılmaktadır. Bu noktada *Başpınar* tarafından verilen örnek ise çalışmamızın bu kısmında değindiğimiz hususa ilişkindir. Başpınar'a göre, kararda olduğu gibi kararlaştırılmış bir vekâlet ücreti bakımından ortada üç anlaşma vardır. Bunlar, vekilin işgörme anlaşması; ücretin bir kısmının maktu ücret şeklinde ödeneceğine ilişkin anlaşma ve son olarak da ücretin bir bölümünün de taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devri yoluyla ödeneceğine ilişkin anlaşmadır. Bu anlaşmalardan mülkiyetin devri kaydını içeren kısım AvK m. 164/III'e aykırı olduğundan geçersizdir. Kalan kısımlar ise avukatlık sözleşmesini kurmak bakımından- belirli bir işin görülmesi ve karşılığında ücret ödenmesi- yeterlidir. Tarafların farazi iradelerinin de bu yönde olması hâlinde sözleşme, mülkiyet devrine ilişkin kaydı içeren kısmı olmaksızın ayakta kalır. Bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s. 65-67. Buna karşılık *Kırkbeşoğlu* ise, haklı şekilde ilgili durumda aslında vekâlet ücreti bakımından tek bir anlaşma ve bu ücretin nasıl ödeneceğine dair iki alt anlaşmanın olduğunu ifade etmektedir. Hükümsüz olan ise bu alt anlaşmalardan biridir ve yazara göre kısmi hükümsüzlük alt anlaşmalarda da ortaya çıkabilir. Buna göre münferit anlaşma kendi içinde alt anlaşmalara bölünebilir ve bunlar kısmen geçerli kısmen geçersiz olabilir. Yine bunlar uygun bir sınıra daraltılabilir. İşte *Başpınar*'ın ileri sürdüğü görüşün sıkıntı yaratabilecek kısmı da buradadır. Zira ilgili görüşe göre alt anlaşmanın kısmi hükümsüzlüğü söz konusu değildir. Yani mülkiyeti devir kaydı içeren kaydın hükümsüzlüğü – ki bu alt anlaşmanın hükümsüzlüğüdür – esasen ücret anlaşmasının tamamının hükümsüzlüğü anlamına gelmektedir. Ücret ise sözleşmenin esaslı unsuru olduğundan sözleşmenin tamamının geçersizliği tehlikesi yaratmaktadır. Yazara göre burada pratik olarak yapılması gereken, mülkiyet kaydı içeren alt anlaşmanın geçersizliğini kabul etmek ve maktu ödeme alt anlaşmanı da asgari ücret tarifesine yükseltmektir. Bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 122.

¹⁶¹⁵ Bu yönde bkz. **GÜNERGÖK**, s. 154, 155; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 373.

¹⁶¹⁶ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 597. Benzer yönde bkz. **GÜMÜŞ**, Özen, s. 36. Avukatlık sözleşmesinin güven ilişkisine dayanan yönü bakımından bkz. **GÜNERGÖK**, s. 47.

¹⁶¹⁷ Bu yönde bkz. **WEBER**, s. 33.

¹⁶¹⁸ Aralarında bu denli yoğun bir güven ilişkisi olmayan kimseler bakımından kişide yanılmanın her zaman esaslı sayılmayacağı yönünde bkz. **HUGUENIN**, Obligationenrecht, Rn. 502.

ilişkisi ve buna bağlı olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekir¹⁶¹⁹. Örneğin, psikolojik danışmanlık almak isteyen ve fakat psikolojik sorunlarının da etkisiyle normal bir insandan daha fazla güven sorunları yaşayan biri, yakın bir arkadaşının tavsiyesi ile bir klinikte görev yapan bir psikoloğa başvurabilir. Fakat aynı klinikte aynı isimle çalışan iki psikoloğun varlığı nedeniyle yanılgıya düşerek, esasen terapi almak istemediği psikologla seanslara başlayabilir. Gizlilik ve güven ilişkisinin özel bir öneme sahip olduğu bu türden bir ilişkide, müvekkilin özel durumu nedeniyle bu husus daha da mühim bir nitelik teşkil etmektedir. Anılan nedenle vekâlet sözleşmesinin kurulmasında müvekkil, hataya düşmüştür.

b. Aldatma

Vekâlet sözleşmesi bakımından irade sakatlığı çerçevesinde özel öneme sahip olan bir diğer husus, aldatma bahsinde ortaya çıkmaktadır. Aldatma özelinde ise bu durum, aktif¹⁶²⁰ bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi pasif bir davranışla da icra edilmiş olabilir. Aktif davranışla bir müvekkilin aldatılması, sözleşme kuracak yetkinlikte olmayan kimsenin bu yetkinliği varmış gibi hareket etmesinden kaynaklanabilir. Örneğin, avukatlık yahut hekimlik gibi, yetkinlik gerektirerek ve bu konuda bir yetkiye sahip olunarak icra edilecek meslekler bakımından kurulan vekâlet sözleşmelerinde vekil, esasen bu yönde bir eğitimi olmamasına rağmen müvekkili aldatarak sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Böyle bir ihtimalde aktif davranışı ile karşı tarafı aldatan kişi, sözleşmenin kuruluşu sırasında müvekkilin iradesini sakatlamış olur.

Aldatmanın pasif bir davranışla da ortaya çıkabileceğinden ve bunun da bir bilginin iletilmesinden imtina edilmesi hâlinde gündeme gelebileceğinden daha önce bahsedilmişti¹⁶²¹. Bir diğer anlatımla, sözleşmeyi kuran taraflardan birinin diğerini aydınlatma yükümlülüğü varken bundan kaçınması, sözleşmenin kuruluşunda karşı tarafın iradesini pasif hareketle sakatlamak anlamına gelmektedir¹⁶²². Fakat sözleşme görüşmelerine başlayan kişinin bilgileri

¹⁶¹⁹ HUGUENIN, Obligationenrecht, Rn. 502; KANIŞLI, s. 312.

¹⁶²⁰ Aktif hareketle aldatmayı ‘olumlu aldatma fiili’ ve pasif hareketle aldatmayı da ‘olumsuz aldatma fiili’ olarak niteleyen görüş için bkz. ANTALYA, BG 1,1, N. 1707 vd.

¹⁶²¹ Ayrıntılı bilgiler için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II, B, 2.

¹⁶²² Ayrıntılı bilgi için bkz. KURŞAT, Hile, s. 51 vd.; SAK, Aldatma, s. 48 vd.; YILDIRIM, s. 104 vd.

kendisinin edinmesi ve bunu diğer taraftan beklememesi asıldır¹⁶²³. Başka bir deyişle, bilgilendirme yükümlülüğüne yönelik genel bir kural bulunmamaktadır¹⁶²⁴. Fakat, kanun hükmü, sözleşme yahut dürüstlük kuralından sebeple, bir bilgilendirme yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir¹⁶²⁵.

Bilgilendirme yükümlülüğünün çalışmamız bakımından önemi, vekâlet sözleşmesinin niteliği gereği bu türden bir yükümlülüğün mevcut olduğu fikridir¹⁶²⁶. Zira güven ilişkisinin sözleşmenin varlığı bakımından öneme sahip olduğu bu biçimdeki sürekli borç doğuran sözleşmelerde, bilgilendirme yükümlülüğünün var olduğu ve diğer sözleşmelere göre daha geniş bir yer kapsadığı kabul edilmektedir¹⁶²⁷. Gerçekten de bilhassa vekâlet sözleşmesi örneğinde müvekkil, vekile güven duyduğu için bu sözleşmeyi akdetmekle birlikte, vekil de iş gördüğü alanda özel bir yetkinliğe sahip kişilerden olabilir¹⁶²⁸. Yukarıda da değinildiği gibi avukatlık, hekimlik, mali müşavirlik gibi alanlarda çalışan kimseler, bu alanlarda bilgi sahibi olmalarının yanı sıra, bu sıfatı taşımayan kimselerin icra etmesinin yasak olduğu meslekleri ifa etmektedirler. Örneğin avukatlara uzman kişi olarak başvurulmaktadır ve bu vekiller, müvekkile göre bilgi üstünlüğüne sahiptirler¹⁶²⁹. Bu kişilerin, kendi alanlarında sahip olmaları gereken bilgi bir yana, özel olarak ilgilendikleri bir özel bir konudaki bilgi birikimleri de müvekkili kendileriyle sözleşme kurmaya yöneltebilir. Hâl böyle iken böyle kimselerin bilgilendirme yükümlülüğünün, normal bir vekâlet sözleşmesine oranla dahi, daha fazla olduğu söylenebilir¹⁶³⁰. Örneğin, bir kimse, sosyal medyada gördüğü yanlış bir bilgiye istinaden, yaklaşık on yıldan beri kira sözleşmesi çerçevesinde ikamet ettiği ve başka hiçbir hakkının

¹⁶²³ KURŞAT, Hile, s. 52. Ayrıca bu hususun hukuki dayanağının TBK m. 35 olduğu yönünde bkz. SAK, Aldatma, s. 50.

¹⁶²⁴ ANTALYA, BG 1,1, N. 1710; KURŞAT, Hile, s. 52; SAK, Aldatma, s. 50. Bu yönde bkz. BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 28, Rn. 8.

¹⁶²⁵ BernKomm/FELLMANN, Art. 398, Rn. 150; BUCHER, Allgemeiner Teil, s. 220; KURŞAT, Hile, s. 53; SAK, Aldatma, s. 51 vd.; YILDIRIM, s. 105.

¹⁶²⁶ ANTALYA, BG 1,1, N. 1710; BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 28, Rn. 9; BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 28, Rn. 34; KELLER/SCHMIED-SYZ, s. 24; SAK, Aldatma, s. 56.

¹⁶²⁷ ANTALYA, BG 1,1, N. 1713; BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 28, Rn. 9; BernKomm/SCHMIDLIN, Art. 28, Rn. 34; ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN, N. 581; KELLER/SCHMIED-SYZ, s. 24; SAK, Aldatma, s. 56.

¹⁶²⁸ Vekâlet sözleşmesi bakımından müvekkilin vekile duyduğu güvenin hem vekilin kişiliğine hem de mesleki bilgisine yönelik olduğu hususunda bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 597.

¹⁶²⁹ BernKomm/FELLMANN, Art. 398, Rn. 156; GÜNERGÖK, s. 65.

¹⁶³⁰ Bu yönde bkz. BernKomm/FELLMANN, Art. 398, Rn. 156.

mevcut olmadığı konutun mülkiyetinin kendisine devredilmesi gerektiği yönünde bir hayale inanmış ve bu nedenle bir dava açmak için kira sözleşmesi ve taşınmaz hukuku alanında ün yapmış bir avukatla sözleşme kurmak istemiş olabilir. Yahut dolandırılan bir kişi, Galata Kulesi'ni satın aldığını söyleyerek, bu taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesi için dava açmak arzusu taşıyabilir. Şüphesiz ki bir vekâlet sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesinde, herhangi bir sonuç taahhüdü yer almadığı gibi avukat da davanın kazanılacağı yönünde bir güvence veremez. Fakat davanın görünümü ve başarı şansı bakımından müvekkilin bilgilendirilmesi önem taşımaktadır¹⁶³¹. Yalnızca davanın kaybedileceğine dair bir riskten bahsetmek yeterli değildir, riskin derecesi hakkında da müvekkil bilgilendirilmelidir¹⁶³². Ancak bu örneklerdeki gibi bazı ütopik hâller vardır ki bu durumda davanın kazanılmasının mümkün olmayacağının müvekkile iletilmesi gerekir. Zira müvekkilin bahse konu isteğinin sorunlu tüm yönlerinin kendisine açıkça izah edilmesi, onun bu sözleşmeyi kurmaya yönelik iradesini doğrudan etkilemektedir¹⁶³³. Anılan gerekçeyle, her avukatın çok açık şekilde bilgi sahibi olduğu bu gibi durumlarda, müvekkile davanın asla kazanılamayacağı hususunun açıklanmaması, avukatın bilgilendirme yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelir ve vekâlet sözleşmesi müvekkil aldatılarak kurulmuş olur¹⁶³⁴.

¹⁶³¹ Bu bilgilendirmenin, belgelerin incelenmesi; maddi durumun netleştirilmesi ve hukuki probleme dair bir incelemenin yapılmasından sonra yapılabileceği yönünde bkz. **GÜNERGÖK**, s. 65.

¹⁶³² **GÜNERGÖK**, s. 66.

¹⁶³³ **BernKomm/FELLMANN**, Art. 398, Rn. 156.

¹⁶³⁴ Bu durumda vekilin *culpa in contrahendo* sorumluluğu hakkında bkz. **BernKomm/FELLMANN**, Art. 398, Rn. 157.

SONUÇ

1. Sürekli borç doğuran sözleşmeler, edimin kesintisiz ve her an yerine getirildiği ve sözleşmenin devamlılık arz ettiği türden sözleşmelerdir. Sözleşmenin süreklilik niteliğinin tespiti bakımından, borç ilişkisinin asli edimi incelenmekte ve bu yükümlülüklerin zamana yayılması dikkate alınmaktadır.
2. Sözleşmenin hükümsüzlüğü, hukuki işlemin; kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı yahut konusunun imkânsız olmasından kaynaklanabilir. Bunun yanında irade beyanlarının yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle sağlıksız olması da sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurabilir. Benzer şekilde kişinin ehliyetli olmaması, hukuki işlemin varsa geçerlilik şekline uyulmaması yahut sözleşmenin muvazaalı şekilde akdedilmesi gibi sebepler de geçersizlik sonucunu doğurmaktadır.

Ani edimli bir sözleşmenin geçersizliği, sözleşmenin en baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmamasını ve ifa edilmiş edimlerin iadesini gerektirmektedir. Sürekli sözleşmeler ise hükümsüzlük bakımından özellikli bir hâl teşkil etmektedir. Bu özellikli hâlin kategorize edilmiş en temel sebepleri, bu sözleşmelerdeki edimlerin nitelikleri; taraflar arasındaki ilişki ve edimlerin iadesi gündeme geldiğinde tasfiye düzeninin farklılık arz etmesidir.
3. Sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle ortaya çıkacak tasfiye düzeninin ne şekilde cereyan edeceği meselesi sebepsiz zenginleşme kurumu ile yakından alakalıdır ve fakat bu hukuki kurum sürekli sözleşmelere tatbik edilebilir değildir. Zira, sebepsiz zenginleşme düzleminde gerçekleştirilecek bir iade bakımından, mümkün olması durumunda önce aynen iade, aksi hâlde nakden iade gündeme gelmektedir. Sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki edimlerin doğal niteliği de bunların aynen değil nakden iade edilmesini gerektirmektedir. Fakat bu edimler genel olarak maddi bir varlıktan yoksundur. Nakden iade bakımından mühim olan objektif bir hesaplama yapılarak piyasa sürüm değerinin tespit edilmesidir ve tarafların subjektif olarak sözleşmeye atfettiği kıymet yahut bir tarafın şahsi özellikleri nedeniyle piyasa değerinin üzerinde elde ettiği değer bu hesaplama için önemi bulunmamaktadır. Fakat

sürekli sözleşmeler, subjektif özelliklerin edimlerin varlık nedenini teşkil ettiği ve tarafların kişisel özelliklerinin sözleşme düzenine dahil edildiği türden sözleşmelerdir. Bu gibi sözleşmeler bakımından genel geçer bir değer hesaplaması yapılması son derece güç olmakla beraber adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olur. Ayrıca nakden iade için borçlunun malvarlığındaki zenginleşmenin hesaplanabilmesi gerekir. Piyasa değeri olan maddi edimler açısından bunun hesaplanması sorun teşkil etmeyecekse de sürekli sözleşmeler gibi maddi varlığı olmayan edimlerden müteşekkil sözleşmeler için bu hesap ve tasfiye son derece zordur ve hatta neredeyse imkânsızdır. Bunun yanında ve önemli olarak, bu yöndeki bir çaba anlamsızdır. Örneğin kira sözleşmesindeki kullanım bedelinin ödenen kira bedeline denk olduğu bir varsayımda, kullanımın nakdi karşılığının kiracı tarafından ve ödenen kira bedelinin de kiraya veren tarafından iade edilmesi gerekmektedir. Fakat kira bedeli zaten tam olarak bu nedenle ödenmektedir. O hâlde tarafların esasen verecek bir şeyleri yoktur. Her şey bir kenara bırakıldığında dahi bu biçimdeki bir tasfiye düzenini devreye sokmak, anlamsız bir çaba teşkil etmektedir.

4. Ani edimli sözleşmelerdeki hükümsüzlüğün ortaya çıkardığı sonuçların, bilhassa iade ve buna bağlı tasfiyeye yönelik kuralların, sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından uygulanabilir olmaması nedeniyle öğreti ve uygulamada çeşitli çözümler geliştirilmeye çalışılmıştır. Fiili sözleşme ilişkileri, kanun boşluğu ve teleolojik redüksiyon yahut esnek geçersizlik gibi görüşler, bu sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçları bertaraf etme amacı gütmüştür. Fakat ifasına başlanmış sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğünün sonuçlarının *ex nunc* etkili şekilde tesir etmesi gerektiği ilkesinin 6098 sayılı Kanun sonrasındaki dayanağı, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan bir hükme dayanmaktadır. Buna göre TBK m. 394/III, bu türden sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde uygulanabilecek bir nitelik teşkil etmekte ve böylece hükümsüzlüğe ilişkin sürekli sözleşmelerin içinde bulunduğu durumun çözümü, temelde kanuni bir düzenleme sayesinde mümkün olmaktadır.
5. Her ne kadar yasa koyucu, özellikle 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ani edimli sözleşmeleri esas alan bir bakış açısı gütmüş olsa da 6098 sayılı Kanun'da sürekli borç doğuran sözleşmelere dair özel düzenlemeler yapmış ve çeşitli hükümlerde sürekli

sözleşme düzeni gözetilmiştir. TBK m. 394/III de esasen kanun koyucunun eski anlayışını ifade eden hükümsüzlük kurallarından ayrıldığını göstermektedir.

TBK m. 394/III'ün teorik temelini irdelenmesi, evvelâ hükmün lafzını incelemeyi gerektirmektedir. Hükme göre, hükümsüz bir hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, “*geçerli bir hizmet sözleşmesinin*” bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Hükmün mehzazını teşkil eden OR Art. 320/III'te ise bu cümlemin ilgili kısmı “*wie aus gültigem Vertrag*” biçiminde ifade edilmiştir. Yani, var olan ilişkinin, *geçerli bir sözleşmeymiş gibi*, tarafların yükümlülüklerini yerine getirmesini gerektirdiği düzenleme altına alınmıştır. İki hüküm arasındaki bu nüans ilk bakışta çok büyük bir farkmış gibi görünmese de esasında geçersizliğin ileri sürülmesinden önceki zaman diliminde, sözleşmenin durumuna dair yapılacak yorumları etkilemektedir. Kanuni düzenlemenin dayanağı bakımından fiili sözleşme ilişkileri doktrini, öğretide daha fazla taraftar toplayan görüştür. Kuralın temelinde yer alan teorinin fiili sözleşme ilişkileri değil teleolojik redüksiyon olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Türk hukuku bakımından bu görüş, hükmün yürürlükteki lafzı bakımından da ifade edilmektedir. Ancak hükmün lafzı, teleolojik redüksiyondan ziyade fiili sözleşme ilişkileri teorisini destekler bir anlatım tarzı benimsemiştir. Zira *geçerli bir hizmet sözleşmesi* ifadesi, bu ilişki ortadan kalkıncaya değin geçerli bir sözleşmenin varlığına vurgu yapmaktadır. Oysa ortada geçerli bir sözleşme yoktur, geçerliymiş gibi davranılan, geçersizliğin sonuçlarının sınırlandırıldığı bir sözleşme vardır. Bu sebeple, TBK m. 394/III'ün ifadesinin mehzaz hükümle tam olarak uyumlu olması, daha kabul edilebilir bir sonuç olurdu. Bu nedenle var olan lafzın, mehzaz hükümle beraber anlamlandırılması ve değerlendirmelerin bu şekilde yapılması gerekir. Fakat hükmün teorik temelini ne olduğu sorusunun cevabı, sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileriye etkili sonuç doğurması bakımından pratik olarak bir farklılık yaratmamaktadır.

6. Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin üçüncü fıkrası, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü bakımından getirilmiş ilk ve tek düzenlemedir. Hükmün benimsediği çözüm, hem kuralın yasal bir düzenleme olarak hukuk hayatında yer alması hem de tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere sirayet etmesi anlamında son derece mühimdir. Zira hüküm, tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından sonuç doğuran bir niteliğe sahiptir. Bunun sebebi TMK m. 5'te yer alan kuraldır. TMK m. 5'e

göre ‘‘Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır’’. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nun bir hükmünün, özel hukukun diğer alanlarına uygulanması imkânını getirmiştir. TBK m. 394/III, bu kural gereğince tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük rejimine uygulanma imkânına sahiptir. Zira hüküm genelleştirilebilecek niteliktedir ki TMK m. 5’te ifadesini bulan genel nitelikli hükümden kasıt da esasen kuralın genelleştirilebilecek nitelikte olmasıdır. TMK m. 5’in tatbiki için gerekli şartlar, çözülmesi gereken mevzu için kanunda özel bir hüküm bulunmaması ve uygulanacak hükmün, tatbik edilecek özel hukuk meselesinin kendine özgü yapısına uygun düşmesidir. Sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğü söz konusu olduğunda, bunun başka şekilde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu noktada karşımıza TBK m. 394/III çıkmaktadır. Kural, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü hâlinde uygulanacak hüküm olarak; sürekli borç doğuran sözleşmelerin yapısına uygun düşmektedir. Gerçekten de TBK m. 394/III, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğü bakımından getirilmiş tek kuraldır ve ortaya koyduğu *ex nunc* etki düzeni, tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere uygulanabilir cinstendir. Anılan nedenlerle TBK m. 394/III’ün, sürekli borç doğuran bir sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde uygulanması ve kuralın öngördüğü sonucun bu gibi durumlara tatbik edilmesi mümkündür. Bu sebeple kuralın, tüm sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük düzeni bakımından sonuç doğurabilmesi, TMK m. 5 çerçevesinde mümkündür.

Anılan nedenlerle, gerek 6098 sayılı Kanun’un ruhu gerek yukarıda izah edilen çözüm, TBK m. 394/III’ün diğer tüm sürekli borç doğuran sözleşmelere teşmilini mümkün kılmaktadır. Hizmet sözleşmesi bakımından doğrudan uygulama alanı bulan hüküm, kalan sürekli sözleşmeler nezdinde de uygulanmalı ve böylece bu sözleşmelerin hükümsüzlüğünün kural olarak *ex nunc* etkili sonuçlar doğuracağı kabul edilmelidir. Fakat bu noktada önemle belirtilmelidir ki, TBK m. 394/III’ün ortaya çıkardığı geniş etki, iki yönlü şekilde genişlemektedir. Buna göre, TBK m. 394/III, tüm sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından kural olarak sonuç doğurmakta ve ileriye etkili sona erme düzenini dizayn etmektedir. Hükmün geniş etkisinin ikinci ayağını ise iptal edilebilirlik dahil tüm hükümsüzlük düzenine tesir etmesi oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle, TBK m. 394/III, iptal edilebilirlik de dahil olmak üzere tüm hükümsüzlük

düzeni bakımından bir temel anlayış getirmektedir. Zaten kuralda da geçersizlik ifadesi kullanılmış, kesin hükümsüzlük; kesin geçersizlik, iptal yahut başkaca bir sınırlandırıcı tabire yer verilmemiştir. Anılan nedenle, hükmün sürekli borç doğuran sözleşmelere etkisi kural olarak hem sözleşmelerin tamamı hem de tüm hükümsüzlük düzeni bakımındandır.

Kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının geleceğe etkili olması, sözleşmenin ifasına başlanmasını gerektirmektedir. İfade edilmelidir ki sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğünün ayrıca incelenmesinin ve bunun özellikli sonuçlar doğurmasının yegâne sebebi, sözleşmenin ifasına başlanmış olmasıdır.

7. Kesin hükümsüzlüğün sözleşmeye etkisi bakımından ileriye etkili sona erme, genel kuraldır. Bu sebeple geçersizliğin hangi nedenden kaynaklandığı, kural olarak sözleşmelerin hükümsüzlüklerinde bir derecelendirmeye sebep olmaz. Başka bir ifadeyle, kesin hükümsüzlük nedenlerinden birinin varlığı hâlinde, bunun ne olduğu önem arz etmeksizin yaptırım, kesin hükümsüzlük olmaktadır. Örneğin kamu düzenine aykırılık içeren bir sözleşmenin geçersizliği, kişilik haklarına aykırılık içeren bir sözleşmeden kategorik olarak daha fazla öneme sahip değildir. Anılan sebeple, sürekli sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde ilke geleceğe etkili sonuçlar doğuran sona ermedir ve bu hükümsüzlüğün hangi sebepten kaynaklandığı kural olarak önem teşkil etmemektedir. Zira yasa koyucu kesin hükümsüzlük sebepleri bakımından bir ayırım yapmadığı gibi bunlardan birinin diğerine üstün olduğu yönünde bir kabul de bulunmamaktadır. Kanun koyucunun sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından amacı, bu sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerden ayırmak ve sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlük düzenini dizayn etmektir. Bu bakımdan kuralın ileriye etkili sona erme olduğu unutulmamalı ve fakat açıktır ki birtakım hâllerde adaletin teşkili sağlanmalıdır. Zira bazı durumlarda, sözleşmenin taraflarının çıkar elde etmesi, ileriye etkili sona erme ile amaçlanan adalet duygusunun önüne geçebilir. Bu durumda kuraldan ayrılmak mümkün ise de bunun ancak istisnai bir nitelik teşkil edeceği söylenmelidir.

8. Kısmi hükümsüzlüğün sürekli borç doğuran bir sözleşmeye etkisi tespit edilirken, sözleşmenin, taraflar arasında varlığını sürdürmeye devam ettiği gerçeği yadsınamaz.

Bu gibi bir durumda, kısmi hükümsüzlüğün zamansal etkisinin, normun yorumundan çıkarılması gerekmektedir.

9. İrade sakatlıkları hâlinde iptal hakkının kullanılmasının sözleşmeye etkisi bakımından birçok fikir ileri sürülmüş ve genel olarak geleceğe etkili sona erme yönünde bir kabul geliştirilmiştir. İleriye etkili iptal hakkı bakımından, olağanüstü fesih ile ilişkilendirme; yanılma hâlinde OR Art. 25/I'in (TBK m. 34) kıyasen uygulanması ve bunun tüm irade sakatlıkları bakımından bir çözüm olarak kabulü, dürüstlük kuralından hareket etme yahut ilgili borç ilişkisinin tabiatı gereği yahut en azından TBK m. 126'ya kıyasen uygulanması bu görüşlerden bazılarıdır. Fakat ileriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkının gerekçesi, TBK m. 394/III'ün (OR Art. 320/III) genelleştirilmesidir. TBK m. 394/III'ün yarattığı etki, TMK m. 5 aracılığıyla tüm hükümsüzlük hâllerine teşmil edebilir. Buna göre, TBK m. 394/III sürekli borç doğuran sözleşmelerin tamamı bakımından hükümsüzlük düzenini belirlemektedir ve hükmün getirdiği zihniyet hükümsüzlüğün çeşidine göre değişmemektedir. Fakat burada bir istisna gündeme gelebilir. Buna göre, aldatılan yahut korkutulan kimsenin çıkarları, geçmişe etkili sonuçlar doğuran bir iptali gerektiriyor olabilir. İptal hakkının sözleşmeye etkisinin ex tunc şekilde mi yoksa ex nunc biçimde mi etki edeceği şeklindeki kararı, iradesi fesada uğrayan taraf vermelidir. Zira karşı yanın iradesini fesada uğratan sözleşme tarafının bundan bir fayda sağlaması fikri, adalet bilincini sarsıntıya uğratmaktadır. Ayrıca, sürekli borç doğuran sözleşmeler, tarafların karşılıklı güveninin son derece önemli olduğu bir ilişki türü yaratmaktadır. Aldatma ve korkutma gibi hâllerde ise bu güven ilişkisi kurulamamış veya büyük sekteye uğramıştır.
10. Taraflar, hükümsüzlüğün sonuçlarının geleceğe yahut geçmişe etkili olması bakımından bir anlaşma yapamaz. Zira TBK m. 27 emredici niteliktedir ve hükme aykırılık ile bu aykırılığın yarattığı sonuçlar, taraf anlaşmalarıyla bertaraf edilemez. Aynı durum, sürekli borç doğuran sözleşmelerin hükümsüzlüğünün ileriye etkisini düzenleyen TBK m. 394/III bakımından da mevcuttur ve emredici olan bu hükmün aksi yönünde bir anlaşma yapılamaz.

11. Hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmeleri kavramları arasında fark bulunmamaktadır.

Yalnızca bazı işçiler İş Kanunu'na ve bazı işçiler ise Türk Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışmaktadır. Sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde ise tatbik edilecek kural her iki kanuna tabi işçiler bakımından da TBK m. 394/III'tür. Hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ileriye etkili kılma fikri, hükmün ihdasından önce ileri sürülmüş ve 1958 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na konu olmuştur. Fakat bu karara ve öğretideki görüşlere rağmen hükmün ihdasından önce ex nunc etkili hükümsüzlüğün şartları ve sonuçları bakımından bir görüş birliği bulunmamaktadır.

TBK m. 394/III'te yer alan geçersizliğin sonradan anlaşılması ifadesinin anlamı ve bir koşul getirip getirmediği öğretide tartışmalıdır. Fakat her ne kadar sözleşmenin geçersizliğine dair herhangi bir bilginin varlığı yahut yokluğuna ilişkin tartışmalar TBK m. 394/III bakımından bu ifade üzerinden dönse de mehzaz kanundaki tartışmalar iyiniyetli ifa üzerinden yapılmaktadır. Türk hukuku bakımından iyiniyet özelinde bir tartışma yoktur, zira TBK m. 394/III, herhangi bir iyiniyet şartı getirmiş değildir. Bu hususa gerekçede özellikle dikkat çekilmiş ve işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gereği OR Art. 320/III'te yer alan iyiniyetle işgörme koşuluna yer verilmediği ifade edilmiştir. Ancak ne yazık ki bu ifadelerden hemen sonra olmak üzere yine gerekçede, işçinin hizmet sözleşmesinin geçersizliğine dair bilgisi olması hâlinde iyiniyetli sayılamayacağı, bu nedenle hükmün aradığı geçersizliğin sonradan anlaşılması şartının sağlanamayacağı belirtilmiş ve bu durumda işçinin hükümden yararlanamayacağı ifade edilmiştir. Gerekçedeki ifadeler kendi içinde çelişkilidir. Kaldı ki iyiniyet son derece teknik bir kavram olup ancak kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hâllerde sonuç doğurmaktadır. Madde metninin bu biçimde bir iyiniyet kavramını düzenlememesi karşısında, gerekçede garip bir biçimde yer alan bu ifade hem mevcut hükmü hem de bunun mehzazla olan ilişkisini anlamlandırmak bakımından kavram karmaşasına neden olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III'te yer alan geçersizliğin sonradan anlaşılması ifadesi bakımından, hüküm, çeşitli çelişkiler barındıran gerekçesi bir tarafa bırakılarak mehzaz kanun hükmündeki anlayış çerçevesinde anlamlandırılmalıdır. Geçersizliği sonradan anlaşılan ifadesinin hükümden çıkartılması gerekmekte ise de bu ifadenin varlığı dahi, kuralın nasıl anlaşılması gerektiği bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Zira geçersiz sözleşmeyi esas niteleyen husus mehzaz kanunda da bu geçersizliğin taraflarca

sonradan anlaşılması değildir. Gerçekten de mehz OR m. 320/III'ün lafzı, m. 394/III'ün lafzındaki gibi bir anlamı ihtiva etmemektedir. Zira bu kısmın mehz hükümdeki karşılığı, geçersizlik sebebi barındıran sözleşme çerçevesinde edimler ifa edilmeye devam ederken, bu geçersizliğin belirmesi, ileri sürülmesidir. Kaldı ki mehz madde metninde de sözleşmeyi esas niteleyen şey, geçersizliğin sonradan anlaşılması değildir. Bu kısım, geçersizlik ileri sürülünceye değin, geçersiz hizmet sözleşmesinin ifa edilmesi durumunu açıklamak adına metinde yer almaktadır. Fakat metnin Türkçe'ye aktarımındaki cümle yapısı, geçersiz sözleşmeyi esas niteleyen hususun, bu geçersizliğin taraflarca sonradan anlaşılması, o ana kadar kimsenin bu geçersizlikten haberinin olmaması gibi bir mânâyâ neden olmaktadır.

Ayrıca yasa koyucu, 818 sayılı Kanun'a nazaran 6098 sayılı Kanun'da, sürekli borç doğuran sözleşmeleri ayırtıran ve onların özelliklerini gözetten bir anlayış benimsemeye çalışmıştır. Sürekli borç doğuran sözleşmelere dair kanuna eklenmiş diğer kurallar da düşünüldüğünde sürekli sözleşmelerin yapısal özelliklerinin gözetilme çabası anlaşılmaktadır. Sürekli sözleşmeler bakımından daha adil ve gerek tasfiye gerek sözleşme yapısı bakımından daha isabetli bir uygulama getirmeye çalışan kanun koyucunun amacı, sürekli sözleşmeleri 'geçersizliği sonradan anlaşılan' yahut 'geçersizliği en baştan beri bilinen' gibi bir ayırma tabi tutmak değildir. Bilâkis amaçsal bir yorumla denebilir ki kanun koyucu, sürekli sözleşmelerin hükümsüzlüğünün etkisini en doğru biçimde tecelli ettirme çabasıdadır. Anılan gerekçelerle, geçersizliğin sonradan anlaşılması yahut iyiniyetli ifa, hükümsüz bir sözleşmenin ileriye etkili şekilde hüküm ve sonuçlarını sonuç doğurması bakımından kural olarak bir koşul teşkil etmemelidir.

12. Hizmet sözleşmesinin bir tarafında sosyal açıdan korunmayı gerektiren işçi yer almaktadır. Bu nedenle kanuni düzenlemeler işçiyi koruyacak asgari standartları belirlemektedir ve bu normların amacı, sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü değil, mümkün mertebe ayakta tutulmasıdır. Bu nedenle hizmet sözleşmesinin emredici hükümlere aykırılığının sonucu, genelde kendini kısmi hükümsüzlük olarak göstermektedir.

Kısmi hükümsüzlüğün hizmet sözleşmesine etkisi kesin hükümsüzlükten ayrılmaktadır ve *ex nunc* etkili sona ermenin, kısmi hükümsüzlükte de götürü biçimde tezahür edeceği

söylenemez. Zira birtakım hâllerde bilhassa işçinin korunması gereği ex tunc etkili bir kısmi hükümsüzlüğün tezahür etmesi gerekebilir. Kısmi hükümsüzlüğe sebep olan normun niteliği gibi kategorize edici yaklaşımlarla kısmi hükümsüzlüğün etkisinin belirlenmesi de mümkün değildir. Zira bu yaklaşıma göre pozitif içerikli emredici normlara aykırılık hâlinde ex tunc etki ve sözleşme yapma yasaklarına aykırılık ihtimalinde ise ex nunc etki gündeme gelmelidir. Fakat örneğin çalışma sürelerinin azami sınırlarının aşılması durumunda bu ayrıma göre ex tunc etkili kısmi hükümsüzlük söz konusu olmaktadır. Bu ihtimalde ilgili dönemdeki azami sınırın üzerindeki çalışmalara dair ücretin, sebepsiz zenginleşme aracılığıyla ödenmesi gerekir ki bunun adaletli sonuçlar doğurmayacağı açıktır. Bu gibi hâllerde hukuki sonuçların ve bu sonuçların zamansal etkisinin, normun yorumundan çıkarılması gerekmektedir. Bir diğer anlatımla hizmet sözleşmesinin kısmi hükümsüzlüğün sözleşmeye etkisi bakımından dikkate alınacak husus, normun amacı ve yorumundan anlaşılmaktadır.

13. Hizmet sözleşmesi bakımından iptal nedenlerinin varlığı, sözleşmenin haklı nedenle feshine (TBK m. 435 yahut İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından İşK m. 24 yahut m. 25) sebep olabilecek bir hâl teşkil edebilir. Bu durumda bilhassa, İşK m. 24 ya da 25'in uygulanma imkânının varlığı, irade sakatlığı nedenlerine dayanarak sözleşmenin iptali ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Zira iptal hakkı, sözleşmenin kurulması sırasındaki iradenin oluşumuna dayanan bir sakatlığı bertaraf etmek için kullanılmakta iken haklı nedenle fesih, sözleşmenin devamının taraflardan biri için çekilmez kılınmasının sonucu olarak sözleşmenin sona erdirilmesidir. Farklı hususları düzenleyen bu iki kurumun birbirinin yerine kullanılabilmesi imkânı, birinin varlığının diğerini dışlaması sonucunu doğurmaz. Haklı nedenle feshin kullanılması ihtimali de her durumda özellikle işçi için daha elverişli sonuçlar doğurmamaktadır. Örneğin, haklı nedenle fesih bakımından, fesih nedeni öğrenildikten sonra kısa süre içerisinde sözleşme feshedilmelidir. Oysa iptal hakkı, kanunda yer alan süreler içerisinde kullanılabilir. İlgili gerekçelerle, iptal hakkının dışlanması mümkün değildir.
14. Eser sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Buna göre eser sözleşmesiyle yüklenici, esasen sonuca varması gereken bir süreci yönetmektedir ve bu süreçte faaliyette bulunmayı da yükümlenmektedir. Sözleşmedeki edimin kapsamını, ifa

edileceği süreden ayırmak mümkün olmadığı gibi, alacaklının menfaati de yalnızca eserin teslimiyle değil; bu süreç boyunca sağlanmaktadır. Edim, bahse konu sürede artma karakteri taşımaktadır. Süre doğrudan bir kıstas değilse de kaliteli çalışmayı gerektiren nitelikli bir zaman dilimidir. Bu nedenledir ki bu çalışmalar, sözleşmedeki edimin dışında sayılamaz. Sözleşme bedeli yalnız sözleşmesel sonuç için değil aynı zamanda sözleşmedeki faaliyetler, eserin sonuçlanması amacıyla yapılan çalışmalar için de ödenmektedir. Yüklenicinin eserin ortaya çıkmasını sağlayan fiilleri de edimin bir parçasıdır ve eser sözleşmesini ani edimli satış sözleşmesinden ayıran husus da burada yatmaktadır. Ayrıca eser sözleşmesi, sözleşmelere dair yapılan niteliksel ayırmada işgörme sözleşmeleri içerisinde değerlendirilmektedir. Bir işi görmek, bu sözleşmenin karakterini oluşturmada esas rol oynamaktadır. Yani sonucu meydana getirmek kadar sonuca giden yol da sözleşmenin karakteristiği için son derece mühimdir ki yüklenicinin eseri meydana getirmesi esasen özellikli bir işgörme yükümlülüğüdür. İşin görülmesi faaliyeti, bu faaliyet sonucunda meydana getirilen esere kıyasen daha değersiz yahut önemsiz addedilemez. Sözleşmede alacaklının menfaati de devamlı biçimde sağlanmaktadır.

Moda evinin hazırlamakta olduğu döpiyes için giriştiği kumaş kesme, kalıp çıkarma gibi fiiller ile bir inşaatın yapımı sırasında gerçekleştirilen tuğla dizme, beton dökme, temel atma yahut kaba inşaatla ilişkin tüm hareketler ve bu işlerin herhangi bir nedenle yarım kalması hâlinde, ortaya çıkan son durum, sürekliliği her iki hâlde uygulamak bakımından farklı değildir. Zira inşaat gibi bir eser aslında sözleşmenin karşı tarafı olan arsa sahibinin taşınmazı üzerinde inşa edilmekte ve üst arza tabidir kuralı gereğince hâli hazırda iş sahibinin taşınmazının değeri bir artışa sebep olmaktadır. Ancak döpiyes alacaklısı bakımından da değişen bir durum esasen yoktur zira bu hâlde de terzi, ileriye etkili sona eren sözleşme uyarınca imal ettiği kadarını iş sahibine teslim etmekte ve karşılığını almaktadır. Bu sebeple kaba inşaatın tuğlalarının dizilmesi ile döpiyesin kumaşının biçilmesi fiillerinin hukuki nitelik olarak bir farkı bulunmamaktadır.

Ayrıca eser sözleşmesine ilişkin bilhassa TBK m. 475, m. 484, m. 473, m. 485 ve m. 486 gibi hükümlerde, sürekli borç doğuran sözleşme mantığı tezahür etmektedir. Yargıtay'ın bilhassa inşaat sözleşmeleri nezdinde kabul ettiği karma görüş dahi esasen sözleşme adaletinin sağlanması için ex nunc etkili sona erme olgusunun gerçekleşmesini arzulamasındandır.

Bir döpiyesin dikilmesi, bir binanın inşası, bir oda takımının yapılması sözleşmeleri bakımından hükümsüzlüğün ileri sürülmesi ve sonuçlarının ex nunc etkili olarak ortaya çıkması hâlinde, az veya çok ortaya bir eser çıkmış olur. Bu durum, iş sahibinin sözleşmeden olan menfaatini sağlamasının yanında, ona bir fayda sağlamakta, ekonomik değer kazandırmaktadır. Fakat öyle bazı hâller vardır ki iş sahibinin ekonomik bir değer kazandığı tam manasıyla söylenemez. Örneğin yalnızca yüklenicisinin sahip olduğu bir teknoloji ile inşa edilen, dünya üzerinde bir başkası tarafından meydana getirilemeyen ve bu nedenle üçüncü bir kişinin devam etme olanağı bulunmayan bir eserin inşası hâli böyledir. Bu durumda iş sahibine ekonomik bir kazandırma sağlandığından söz etmek mümkün değildir. Bu gibi bir hâlde genel kuraldan ayrıлып bir istisnanın varlığını kabul etmek ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarının geçmişe etkili biçimde tesir ettiğini söylemek gerekir. Fakat bu gibi nadir rastlanır bir durum, sürekliliğin genel kural olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

15. Eser sözleşmesinin çeşitli nedenlerle kesin hükümsüzlüğü, kısmi hükümsüzlüğü gündeme gelebilir yahut tarafların irade sakatlığı hâlleri ortaya çıkabilir. Kesin hükümsüzlüğünün uygulamadaki en sık rastlanan örnekleri, inşaat sözleşmelerinin bazı türleri bakımından şekle aykırılığın gündeme gelmesi; imar yasaklarına aykırı hareket edilmiş olmasıdır. Bu durumlardan özellikle imar mevzuatına aykırı hâllerde genelde ilgili taşınmazın yıkılmasına karar verilmektedir. Yüklenicinin ediminin görünür olmaktan çıktığı ve gün sonunda iş sahibinin boş arsasıyla baş başa kaldığı bu gibi bir ihtimalde de ileriye etkili sona ermenin ortaya çıkmasında beis yoktur. Her ne kadar iş sahibinin alacağını elde etmediği ve bir taşınmaza kavuşmadığı düşünülse de yüklenicinin yaptığı masraflar ve verdiği emeğin karşılanmaması da düşünülemez. Geleceğe etkili sona erme hâlinde, iş sahibinin ödediği bedel yapılan işle orantılı olarak yüklenicide ve taşınmazın değeri de iş sahibinde kalmalıdır. Bu noktada adaletsizlik yaratabilecek tek durum bu hukuka aykırılığın yüklenicinin kusuruyla ortaya çıkmasıdır ki bu durum iş sahibinin tazminat talebini gündeme getirmektedir.

16. Vekâlet sözleşmesine ister edim sonucu ister edim fiili isterse karakteristik edim açısından bakılsın, sürekli borç doğuran niteliği haizdir. Sözleşmede vekil, müvekkile

ait bir işi yahut işlemi yapmak için sözleşmeye uygun ve özenli biçimde davranarak faaliyet gösterme yükümlülüğü altındadır. Borçlunun edim fiili bu davranışlardan ibaretken alacaklının menfaatini de yine yerine getirilen bu davranışlar oluşturmaktadır. Sözleşmede borçlunun edim fiilleri ile alacaklının ifa menfaati kesişmektedir. Bunlar da bahse konu işgörme sözleşmesinin gerçekleştirilmesi için ortaya konan, amaca ve sözleşmeye uygun; özenli davranışlardan müteşekkil edim fiilleridir. Alacaklı müvekkilin menfaati, vekilin iş ve işlemi gerçekleştirmek için sürekli olarak yerine getirdiği faaliyetlerden ibarettir. Edime ilişkin çıkar bir sonuç olarak değil, özenli işgörme olarak zuhur etmektedir. Vekil bu fiilleri bir an için yerine getirmemekte, bahse konu davranış bir süreye yayılmaktadır.

Vekâlet sözleşmesi kural olarak sürekli borç doğurur niteliği haiz olsa da istisnai olarak ani edimli şekilde tezahür edebileceği, örneğin bir taşınmaz satımı için kurulan vekâlet ilişkisinde vekilin ediminin ani edimli olduğu ileri sürülmektedir. Fakat esasen bu durumlarda bile vekilin sır saklama ve özenli işgörme borcu süreklilik arz etmektedir. Her ne kadar bu borcun asli edim teşkil edip etmediği öğretide tartışmalı da olsa, asli edim görüşü açısından bakıldığında, sözleşmenin sürekliliği gündeme gelebilmektedir. Anılan gerekçelerle, vekâlet sözleşmesine karma görüş açısından yaklaşanların ileri sürdüğü gibi, somut olayın özelliklerine göre sözleşmenin zamanla olan ilişkisinin tespit edilmesini gerektirecek yoğunlukta ani edimli vekâlet sözleşmesi örnekleri mevcut değildir ve hatta bunlara dahi anılan gerekçeyle farklı açılardan bakılabilir. Bu sebeple sözleşmenin sürekli bir niteliği haiz olduğu yönündeki genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

17. Vekâlet sözleşmesinin çeşitli sebeplerle hükümsüzlüğü gündeme gelebilir ve kesin hükümsüzlük bakımından uygulamada en sık rastlanır örnekler avukatlık sözleşmesi açısından ortaya çıkmaktadır. Kural kesin hükümsüzlüğün ileriye etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurması ise de sözleşmenin geçersizliğine sebep olan olgunun aynı zamanda suç teşkil etmesi gibi bir ihtimalde artık bu fiilin taraflarının bundan çıkar elde etmesi, ileriye etkili sona erme ile amaçlanan adalet duygusunun önüne geçebilir. Örneğin sözleşmenin ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi için akdedilmesi gibi bir ihtimalde, sözleşmenin geçmişe etkili şekilde sona ermesi mümkündür. Bu durumda kuraldan ayrılmak mümkün ise de bunun ancak istisnai bir nitelik teşkil edeceği ve

somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilerek bu sonuca ulaşılabileceği söylenmelidir. Esas kural geleceğe etkili sonuçlar doğuran sona ermedir.

18. Vekâlet sözleşmesi bakımından önem teşkil eden bir hükümsüzlük hâli, özellikle pasif aldatma sebebiyle ortaya çıkabilir. Sözleşmeyi kuran taraflardan birinin diğerini aydınlatma yükümlülüğü varken bundan kaçınması, sözleşmenin kuruluşunda karşı tarafın iradesini pasif hareketle sakatlamak anlamına gelmektedir ki vekâlet sözleşmesinin niteliği gereği bilgilendirme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir. Güven ilişkisinin sözleşmenin varlığı bakımından öneme sahip olduğu bu türden sürekli borç doğuran sözleşmelerde, bilgilendirme yükümlülüğü diğer sözleşmelere göre daha geniş bir yer kaplamaktadır. Çoğu zaman müvekkil, vekile güven duyduğu için bu sözleşmeyi akdetmektedir. Hâl böyle iken böyle kimselerin bilgilendirme yükümlülüğünün, normal bir vekâlet sözleşmesine oranla dahi, daha fazla olduğu söylenebilir. Örneğin, dolandırılan bir kişi, Galata Kulesi'ni satın aldığını söyleyerek, bu taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesi için dava açmak arzusu taşıyabilir. Şüphesiz ki bir vekâlet sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesinde, herhangi bir sonuç taahhüdü yer almadığı gibi avukat da davanın kazanılacağı yönünde bir güvence veremez. Fakat bu gibi ütöpik bir örnekte, davanın kazanılmasının mümkün olmayacağının müvekkile iletilmesi gerekir. Her avukatın çok açık şekilde bilgi sahibi olduğu bu gibi durumlarda, müvekkile davanın asla kazanılamayacağı hususunun açıklanmaması, avukatın bilgilendirme yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelir ve vekâlet sözleşmesi müvekkil aldatılarak kurulmuş olur.

KAYNAKÇA

ABEGG, Andreas, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts Ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Schulthess, 2004.

ACAR, Faruk, “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, <http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>, S. 134, 2013 (Eser).

ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332), Yenilenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Beta Yayınları, 2017 (Kira).

AKBIYIK, Cem, “Ayrıntılı ve güzel düzenlenmesine rağmen hizmet sözleşmesinin uygulama alanı dar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, 2005.

AKBULUT, Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayınları, 2016.

AKDİ, Murat, “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m.344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler”, SÜHFD, C. 11, S. 1, Temmuz 2023.

AKINCI, Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, 2004.

AKİPEK, Şebnem, Alt Vekâlet, Yetkin Yayınları, 2003.

AKKANAT, Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, 2010.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004.

AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990.

AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi, 1995 (Borçlar Genel).

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, 2006 (Dürüstlük Kuralı).

ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, Candan, “İş Sözleşmesinin Geçersizliği”, TAAD, C. 5, S. 19, 2014.

ALPAGUT, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İSGHD, C. 8, S. 31, 2011.

ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, 1998.

ALTAY, Sabah, “Türk Borçlar Kanunun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008.

ALTINKAN, Onur, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Taraflarının Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, 2022.

ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, 2011.

ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, 2005.

ANTALYA, O. Gökhan / TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk Giriş- Temel Kavramlar- Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Genişletilmiş Beşinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2024.

ANTALYA, O. Gökhan, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 3, Temmuz 1992 (Geçerlilik Şekli).

ANTALYA, O. Gökhan, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (I)”, Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 1-2, Ocak-Nisan 1987 (Hizmet Akdi I).

ANTALYA, O. Gökhan, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (II)”, Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 3, Temmuz 1987 (Hizmet Akdi II).

ANTALYA, O. Gökhan, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (III)”, Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 4, Ekim 1987 (Hizmet Akdi III).

ANTALYA, O. Gökhan, “İstihkak Davası”, YÜHFD, C. 18, S. 2, 2021, s. 502 (İstihkak).

ANTALYA, O. Gökhan, Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt: II Hukuk Metodolojisi, Seçkin Yayınları, 2021 (Metodoloji).

ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,1, Seçkin Yayınları, 2019 (BG 1,1).

ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,2, Seçkin Yayınları, 2019 (BG 1,2).

ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,3, Seçkin Yayınları, 2019 (BG 1,3).

ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt: IV/1, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınları, 2021 (Eşya).

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, 2024.

ARMBRÜSTER, Christian, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 AllgpersönIR – ProstG- AGG, Red: Claudia Schubert, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021 (MüKoBGB/ARMBRÜSTER).

ARSLAN ERTÜRK, Arzu, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı No: III – Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2011.

ATAMER, Yeşim M., “Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti- Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi- Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 tarihli kararı”, İHM, 1997 (Karar).

ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Genel İşlem Koşulları).

ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, 2014 (İnşaat).

ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, 2017 (Muvazaa).

ATASOY, Kemal, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

ATEŞ, Derya, “Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medeni Kanunun 5inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması”, İHM, C. 77, S. 2, 2019 (MK 5).

ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, 2006 (Ahlâka Aykırılık).

AVCI, Mehmet Özgür, “İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 7, S. 28.

AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, 2008.

AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.

AYDINLI, İbrahim, “İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)ın Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, AHBVÜHFD, S. 1-2, 1998 (İnceleme).

AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, 2004 (Sosyal Temas).

AYDOĞDU, Murat /KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.

BARLAS, Nami, Adı Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Yenilenmiş Üçüncü Bası, Vedat Kitapçılık, 2012.

BAŞ, Seda, Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yaptırımı, Yetkin Yayınları, 2022.

BASKAN, Ş. Esra, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, HAHFD, 2 (22), 2012.

BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998 (Kısmi Butlan).

BAŞPINAR, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden geçirilmiş, genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2004 (Özen Borcu).

BAYGIN, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayınları, 1999 (İstisna Sözleşmesi).

BEER, Hubert, Die Relative Unwirksamkeit – Eine Darstellung unter Besonderer Berücksichtigung der Interessen und Wertungsjurisprudenz, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 24, Duncker & Humblot, 1975.

BEITZKE, Günther, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloss Bleckede A.D. Elbe, 1948.

BELSER, Eva Maria, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg, 2000.

BEUTHIEN, Volker, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1969.

BOEMKE, Burkhard / ULRICI, Bernhard, BGB Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer-Verlag, 2014.

BOĞA, Serap, “Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, Legal İSGHD, C. 7, S. 27, 2010.

BÖHRINGER, Peter/MÜLLER, Roger/MÜNCH, Peter/WALTENSPÜHL, Alex, Prinzipien des Vertragsrechts, 4. Auflage, Schulthess, 2020.

BOOG, Christopher / ESCHMENT, Jörn, “Der Auftrag nach Schweizer Recht”, RIW 2015, 245, Heft 5.

BOZBEL, Savaş, “Alman Borçlar Hukuku Reformu ile (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) Getirilen Değişiklik ve Yenilikler”, Mevzuat Dergisi, S. 67, Temmuz 2003 (<https://www.mevzuatdergisi.com>).

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, C. 15, Özel S., 2013.

BROX, Hans / WALKER, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2021.

BROX, Hans, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Verlag C.F. Müller, 1960.

BRUNNER, Christiane / BÜHLER, Jean-Michel / WAEBER, Jean-Bernard / BRUCHEZ, Christian, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. aktualisierte und ergänzte Auflage, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

BUCHER, Eugen, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988 (Besonderer Teil).

BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht). 2. Aufl., Zürich (Schulthess), 1988 (Allgemeiner Teil).

BUDAK, Muhammed Alparslan, Sebepsiz Zenginleşmede İade Borcu, Seçkin Yayınları, 2021.

BÜHLER, Theodor, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Teilband V 2d, Der Werkvertrag- Art. 363-379 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Hrsg: von Peter GAUCH/Jörg SCHMID, Schulthess, 1998 (**ZürcherKomm/BÜHLER**).

BURRI, Christof, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags: Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, Schulthess, 2010.

BUSCHE, Jan, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 AllgpersönIR – ProstG- AGG, Red: Claudia Schubert, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021 (**MüKoBGB/BUSCHE**).

BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2013.

BUZ, Vedat, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, İlhan Öztrak’a Armağan, Ed: İbrahim KAPLAN/Şafak EREL, 1994 (Eser).

BUZ, Vedat, “İş Sahibinin BK. m. 369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, BATİDER, C. 21, S. 2, 2001 (Fesih).

BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, 1998 (Dönme).

BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, 2007 (Kamu İhale Sözleşmeleri).

ÇABRİ, Sezer, “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması”, Legal İSGHD, C. 3, S. 11, 2006 (Cezai Şart).

ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, 2010 (Konut).

ÇAMOĞLU, Ersin, “Ortaklıkların Fesih Nedeni Olarak Haklı Sebep ve İrade Bozuklukları”, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, Ed: Saibe OKTAY ÖZDEMİR/Abuzer KENDİGELEN, On İki Levha Yayınları, 2020.

CANBOLAT, Talat, “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C. 4, S. 13, 2007.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, S. 66, 2005, <https://toprakisveren.org.tr/index.php/yayinlar/4857-sayili-kanuna-gore-calisma-suresi-ve-bu-surenin-gunlere-bolunmesi/> (Çalışma Süresi).

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları”, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, 2020, www.yeniyuzyil.edu.tr (Erişim Tarihi: 14/9/2024) (Kadınların Hakları).

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Matsa Basımevi, 2012 (Değerlendirme).

ÇELEN, Salih, Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2021.

ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA,ERCÜMENT, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayınları, 2022.

ÇELT, Damla Özden, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi, Yetkin Yayınları, 2023.

ÇENBERCİ, Mustafa, 1475 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Sevinç Matbaası, 1972.

CENTEL, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, TİSK Akademi, 2011/II.

ÇETİNER, Bilgehan / FURRER, Andreas / MÜLLER-CHEN, Markus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, 2021.

CİMBAR, Ferhat, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, On İki Levha Yayınları, 2019.

CİVAN, Orhan Ersun, “Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Kısmi Geçersizlik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, 2017.

DASSER, Felix, OFK- Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Hrsg: von Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2023 (**OFK/DASSER**).

de BEER, Alexander I., “Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages”, Mängel des Arbeitsvertrages, Hrsg: Münir EKONOMİ/Manfred REHBINDER, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Verlag Stämpfli & Cie, 1983.

DEMİR, Banu, Sürekli Eser Sözleşmeleri, Seçkin Yayınları, 2020.

DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008 (Hekimin Sorumluluğu).

DEMİREL, Elif, İnşaat Hukukunda İmkânsızlık, Platon Hukuk, 2023.

DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.

DEMİRSATAN, Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayınları, 2021.

DERENDINGER, Peter, Die Nicht- Und Die Nichtrichtige Erfüllung Des Einfachen Auftrages, 2., Nachgeführte Auflage, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1990.

DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, 2007.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2006), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2009 (Karar Değerlendirme).

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, On İki Levha Yayınları, 2012 (Hizmet Sözleşmesi).

DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayınları, 2014 (Emredici Yapı).

DOĞAN, Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Seçkin Yayınları, 2023.

DOĞANAY, Ümit, Adi Şirket Akdi (Akdi Unsurları- Kurulması- Hükümsüzlüğü), Kutulmuş Matbaası, 1968.

DOMINIK, Milani, OFK - Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Hrsg: Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2023 (**OFK/DOMINIK**).

DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, 13. Baskı, 2024.

DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, 2021.

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, 1976.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III- Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2018.

EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Dördüncü Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993 (Medeni).

EDİS, Seyfullah, Türk -İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, 1973 (Hata).

EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş Altıncı Baskı, On İki Levha Yayınları.

EKONOMİ, Münir, “Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages”, Mängel des Arbeitsvertrages, Hrsg: Münir EKONOMİ/Manfred REHBINDER, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Verlag Stämpfli & Cie, 1983 (Nichtigkeit des Arbeitsvertrages).

EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Cilt I, Üçüncü Bası, Teknik Üniversite Matbaası, 1984 (İş Hukuku).

ELBİR, Halid Kemal, İş Hukuku, Yenilenmiş 9uncu Baskı, Filiz Kitabevi, 1987.

EMMEL, Frank, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 5 Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge, Hrsg: Michael HOCHSTRASSER/Tina HUBER-PURTSCHERT/Eva MAISSEN, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023 (CHK/EMMEL).

ERBAŞ, Gökhan, “Alman Hukukunda Sosyal Temas Kavramı”, Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3-4, 2012.

ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, “Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”, GÜHFD, C. 17, S. 4, 2013 (Hile).

ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, On İki Levha Yayınları, 2016 (İmkânsızlık).

ERDOĞAN, İhsan / KESKİN, Dilşad, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Gazi Yayınevi, 2019.

ERDOĞAN, İhsan, “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması”, SeÜHFD, C. 3, 1990, s. 136.

EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I m. 1-48, İkinci Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021 (Genel Hükümler).

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, 2019 (Özel Hükümler).

EREN, Fikret, İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları, Uygulama ve Öğretide İnşaat Hukuku, Ed: Erdem BÜYÜKSAGİŞ/Eyüp KUL, On İki Levha Yayınları, 2023 (Genel Esaslar).

ERGİN, Hediye, “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, Legal İSGHD, C. 4, S. 16, 2007.

ERGÜNE, Mehmet Serkan /KURŞUN, Ali Suphi, “TBK m. 27”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019 (İstŞerhi-**ERGÜNE/KURŞUN**).

ERGÜNE, Mehmet Serkan, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Hâlleri ve Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 62, S. 1-2, 2004 (İmkânsızlık).

ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, 2008 (Olumsuz Zarar).

ERKAN, Vehbi Umut, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Vereninin Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları”, AÜHFD, C. 62, S. 2, 2013.

ERMAN, Hasan, “Açılış Tebliği: İnşaat Hukukunun Genel Esasları”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Başak BAYSAL/Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2017 (Genel Esaslar).

ERMAN, Hasan, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984 (Karar İncelemesi).

ERMAN, Hasan, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İctihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)”, İBD, C. 58, S. 1-2-3, 1984 (İctihat).

ERMAN, Hasan, “Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinin Gelişimi”, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, Der: Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2015 (Gelişim).

ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, 2007 (İnşaat Sözleşmesi).

ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), Fakülteler Matbaası, 1979 (Beklenilmeyen Haller).

ERTAŞ, Şeref, “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Legal Yayıncılık, 2012.

ESENER, Turhan, İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, 1978.

EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra, İş Hukuku, On Birinci Baskı, Beta Yayınları, 2024.

EYRENCİ, Öner, “Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im türkischen Recht”, Mängel des Arbeitsvertrages, Hrsg: von Münir EKONOMİ/Manfred REHBINDER, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Verlag Stämpfli & Cie, 1983.

FELLMANN, Walter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Stämpfli Verlag AG Bern, 1992 (**BernKomm/FELLMANN**).

FELLMETH, Aaron X. / HORWITZ, Maurice, Guide to Latin in International Law, Second Edition, Oxford University Press, 2022 (Online version/ www.oxfordreference.com).

FISCHINGER, Philipp S. / HENGSTBERGER, Silas, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1. Allgemeiner Teil BGB §§ 134-138; ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit) 2021, (**StaudingerKomm-FISCHINGER/HENGSTBERGER**).

FISCHINGER, Philipp S., Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse: §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag), 2022 (**StaudingerKomm/FISCHINGER**).

FLUME, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, Springer- Verlag, 1992.

FREIBERGER, Georg Friedrich, Die Nichtigkeit, Die Anfechtung und Der Rücktritt Bei Dauerrechtsverhältnissen (Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität zu München, Unveröffentlichte Dissertation), 1948.

GAIER, Reinhard, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht- Allgemeiner Teil II, Red: Wolfgang KRÜGER, 9. Auflage, C. H. Beck, 2022 (**MüKoBGB/GAIER**, BGB § 314).

GAUCH, Peter /SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Schulthess, 2020.

GAUCH, Peter, “«Modifizierte» Teilnichtigkeit Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.”, 1983, <https://www.unifr.ch/ius/stoeckli/de/assets/public/files/publications/PublikationenPeterGauch/ModifizierteTeilnichtigkeitAnmerkungenzuBGE107II.pdf> (Erişim Tarihi: 13/5/2024) (Teilnichtigkeit).

GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Sechste, überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess, 2019, N. 7 (Der Werkvertrag).

GAUCH, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968 (Beendigung von Dauerverträgen).

GAUTSCHI, Georg, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Verlag Stämpfli, 1967 (**BernKomm/GAUTSCHI**, Werkvertrag).

GAUTSCHI, Georg, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der Einfache Auftrag Artikel 394-406 OR, Verlag Stämpfli, 1971 (**BernKomm/GAUTSCHI**, Auftrag).

GEHRER CORDEY, Carole / GIGER, Gion, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 5 Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge, Hrsg: Michael HOCHSTRASSER/Tina HUBER-PURTSCHERT/Eva MAISSEN, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023 (**CHK-GEHRER CORDEY/GIGER**).

GEISER, Thomas /MÜLLER, Roland /PÄRLI, Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2019.

GEMİCİ FİLİZ, Beste, Türk İş Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Geçersizliği, On İki Levha Yayınları, 2025.

GIGER, Hans, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.

GÖKYAYLA, Emre, “Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Der: M. Murat İNCEOĞLU, On İki Levha Yayınları, 2012 (Eser ve Vekâlet).

GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, 2009 (Eser).

GÖKYAYLA, K. Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, 2007 (Avukatlık Sözleşmesi).

GÖNEN, Doruk, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, On İki Levha Yayınları, 2016.

GÜL, İbrahim, İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Yetkin Yayınları, 2020.

GÜLER ASLAN, Gizem, Hizmet Sözleşmesinin Geçersizliği, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2024.

GÜMÜŞ, M. Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), Vedat Kitapçılık, 2011 (Kira).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler -Kısa Ders Kitabı- (İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Eser, Vekalet, Kefalet), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018 (Kısa Ders Kitabı).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2012 (Cilt II).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, 2021 (Genel).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınları, 2001 (Özen).

GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Üçüncü Baskı, On İki Levha Yayınları, 2024.

GÜNERGÖK, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.

GÜNEŞ, Başak / MUTLAY, Faruk, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 30, 2011.

GÜRAL, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., 1953.

GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, 2006.

GÜRZUMAR, Osman Berat, “Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, 2004.

GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Altıncı Baskı, Nisan Kitabevi, 2021.

GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza / CANİKLİOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş On Dokuzuncu Bası, Beta Yayınları, 2021.

GÜZEL, Ali, “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1996.

HARTMANN, Stephan / ARBOR, Ann, “Bemerkungen zu Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 21.2.2003 i.S. Stadt Zürich c. ABZ Recycling AG, BGE 129 III 320”, AJP, Dike Verlag, 2003.

HARTMANN, Stephan, “Rückabwicklung und «faktisches Vertragsverhältnis» bei ungültigen Arbeitsverträgen, Bemerkungen zu BGE 132 III 242 ff.”, ZBJV, Band 143, 2007.

HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku, Dördüncü Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, 1992.

HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı) (Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi), Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1976. (Hukuka ve Ahlâka Aykırılık).

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015.

HAUPT, Günther, Über faktische Vertragsverhältnisse, Verlag von Theodor Weicher, 1943.

HELVACI, İlhan, Borçlar Hukuku Dersleri 9. Hafta 2. Ders Notu, <https://www.ilhanhelvacidersleri.com/borclar-hukuku-genel-hukumler/borclar-hukuku-genel-hukumler-dersleri/borclar-hukuku-genel-hukumler-9-hafta-2-ders/borclar-hukuku-genel-hukumler-9-hafta-2-ders-notu> (Erişim Tarihi: 23/8/2024).

HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, Dokuzuncu Bası, Legal Yayıncılık.

HOFSTETTER, Josef, Schweizerisches Privatrecht VII/6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000.

HUECK, Alfred/ NIPPERDEY, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 7. Neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 1963.

HUGUENIN, Claire, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR., Stämpfli & Cie AG, 1984 (Nichtigkeit).

HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, 2019 (Obligationenrecht).

HÜRLIMANN, Roland / SIEGENTHALER, Thomas, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichts des Jahres 2004, Jusletter 21 Februar 2005.

HÜRLIMANN, Roland, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1984.

HÜRLIMANN, Ronald / SIEGENTHALER, Thomas, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 5 Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge, Hrsg: Michael HOCHSTRASSER/Tina HUBER-

PURTSCHERT/Eva MAISSEN, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023 (**CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**).

İNAL, Emrehan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi” İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Başak BAYSAL/Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2017 (Arsa Payı).

İNAL, Emrehan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, II. Cild, Yetkin Yayınları, 2017 (Hukuki Çözüm).

İNAL, Emrehan, “Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, 2015 (Nitelik).

İNAL, Emrehan, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, Der: Emrehan İNAL, On İki Levha Yayınları, 2015 (Genel Esaslar).

İNAL, Emrehan, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, 2011 (Gelir Paylaşımli).

İNAL, Tamer, “İnşaat Eseri Sözleşmesi”, BeÜHFD, C. 9, S. 17, 2023 (İnşaat Eseri).

İNCEOĞLU, Murat /BAŞ, Ece, “Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S. 2, 2012.

İNCEOĞLU, Murat, Kira Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayınları, 2014.

KABAKCI, Mahmut, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, 2012/1.

KABAKÇI, Mahmut/HACIOĞLU, Arzu, “Employment of Foreigners In Enterprises”, Journal of Business, Economics and Finance, Vol. 7, iss. 4, 2018.

KAHRAMAN, Gülay, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu, Seçkin Yayınları, 2022 (İnşaat).

KAHRAMAN, Zafer, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, 2015 (Arsa Payı).

KANIŞLI, Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayınları, 2018.

KAPLAN, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (18-29 Mart), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996 (Ücret).

KARA, Ece Güneş, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk İşçi Kavramı ve Çocukların Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019.

KARAARSLAN, Hakan, Sürekli Borç İlişkileri ve Sürekli Borç İlişkilerinde İfa İmkansızlığı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2003.

KARABAĞ BULUT, Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayınları, 2014 (Kişilik Hakkı).

KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme, On İki Levha Yayınları, 2009 (Sözleşme).

KARATEKE, Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Turhan Kitabevi, 2006.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, İkinci Baskı, Sevinç Matbaası, 1973.

KARTAL, Bilal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I)”, Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 1-2, Ocak-Nisan 1983.

KAŞAK, Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayınları, 2019.

KELLER, Max / SCHMIED-SYZ, Carole, Analyse Der Willensmängel, Helbing & Lichtenhahn, 1995.

KELLER, Max /SCHÖBI, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Dritte, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Helbing &Lichtenhahn, 1988.

KILIÇ, Şebnem, Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Yirmi Sekizinci Bası, Turhan Kitabevi, 2024 (Borçlar).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, Turhan Kitabevi, 2024 (Özel).

KILIÇOĞLU, Ahmet, “Fiili Sözleşme İlişkileri”, Ankara Barosu Dergisi, 1985/5-6 (Fiili Sözleşme İlişkileri).

KIRCA, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, 2001/1.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, 2011.

KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2014.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip /HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 2014 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip /HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2014 (**SEROZAN, İfa**).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, 1996, (Kısmi Hükümsüzlük).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun”, İÜHFM, C. 21, S. 1-4, 1957 (Devletler Hususi).

KOLLER, Alfred, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Stämpfli Verlag, 1998 (**BernKomm/KOLLER**).

KOLLER, Alfred, OR AT Band I Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2023 (AT).

KOLLER, Alfred, OR AT Band II Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Stämpfli Verlag, 2023 (Band II).

KOLLER, Alfred, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Dike, 2015 (Werkvertragsrecht).

KÖROĞLU, Emre, Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, On İki Levha Yayınları, 2020.

KRAMER, Ernst A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages Kommentar zu Art. 19-22 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1991 (**BernKomm/KRAMER**).

KRAMER, Ernst A., Der Irrtum beim Vertragsschluss - Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998 (Der Irrtum).

KULAKLI, Emrah, Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı, On İki Levha Yayınları, 2021.

KUNTALP, Erden, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Sevinç Matbaası, 1968 (Satım Akdi).

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, 2013 (Karma Sözleşme).

KURŞAT, Zekeriya, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004 (İmkansızlık).

KURŞAT, Zekeriya, “TBK m. 30-39”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019 (İstŞerhi/KURŞAT).

KURŞAT, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2003 (Hile).

KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, 2017, s. 455 (İnşaat).

KUT, Ahmet / BAUER, Christoph, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Hrsg: Yeşim M. ATAMER/Andreas FURRER, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023 (CHK-KUT/BAUER).

KUTLU, Melis, Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

LARENZ, Karl, Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, 6., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1983.

Lukasz GREBSKI, OFK- Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Hrsg: von Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2023 (OFK/GREBSKI).

MANAV, Eda, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010.

MATIES, Martin, beck-online. GROSSKOMMENTAR BGB, Buch 2, GesamtHrsg: Beate GSELL/ Wolfgang KRÜGER/Stephan LORENZ/Christoph REYMANN, Verlag C. H. Beck, 2024 (**BeckOGK/MATIES**) (Beck Online).

MEISE, Barbara / HUGUENIN, Claire, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (**BaslerKomm-MEISE/HUGUENIN**).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, Güncellenmiş Yedinci Baskı, Lykeion Yayınları, 2022.

MÜLLER, Christoph, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 2018 (**BernKomm/MÜLLER**).

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku- Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Beta Yayınları, 2014.

NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Auflage, C. H. Beck, 2023.

NIKISCH, Arthur, “Über faktische Vertragsverhältnisse”, in vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Dölle, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1963 (Über faktische Vertragsverhältnisse).

NIKISCH, Arthur, Arbeitsrecht I. Band – Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1961 (Arbeitsvertragsrecht).

NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2021.

NOMER, Haluk Nami, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan – Cilt: III, Ed: Atilla ALTOP/Rudolf WELSER/Cüneyt

BELLİCAN/Nihal URAL ÇINAR/Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT, Seçkin Yayınları, 2016 (İptal).

OETKER, Hartmut, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1994.

ÖĞÜZ, Tufan, “Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medenî Hukuk Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar, On İki Levha Yayınları, 2023.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16. Baskı, Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2021 (Cilt II).

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Baskı, Cilt I, Vedat Kitapçılık, 2021 (Cilt I).

OĞUZMAN, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, 1955.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “TBK m. 26”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019 (İstŞerhi/OKTAY ÖZDEMİR).

OKTAY, Saibe, “Federal Mahkeme'nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996 (Karar Çevirisi).

OKTAY, Saibe, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 3, 1997 (Uzun Süreli Sözleşmeler).

ÖRS, Mehmet Nuri, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2004.

OSER, David / WEBER, Rolf H., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (**BaslerKomm-OSER/WEBER**).

ÖZ, Turgut, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, İÜMHAD, C. 13, S. 16, 1996 (Eleştiri).

ÖZ, Turgut, “Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 10, S. 100, 2018 (Kat Karşılığı).

ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, 2013 (Mevzuat).

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989 (Dönme).

ÖZ, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990 (Sebepsiz Zenginleşme).

ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, 2012 (Yeni).

OZAN ÖZPARLAK, Başak, Türk İş Hukukunda İşe Alım ve İş Sözleşmesinin Kurulması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2013

ÖZBİLEN, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayınları, 2016.

ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif, Milletlerarası Özel Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2022.

ÖZEN, Burak, “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, Makaleler- Tebliğler (2001-2020), On İki Levha Yayınları, 2021 (386/II).

ÖZEN, Burak, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, MÜHF-HAD (Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı), C. 22, S. 3, 2016 (Kira).

ÖZEN, Burak, Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, 2017 (Kredi).

ÖZER, Mustafa Tolga, Medeni Hukukta Hata Kavramı, On İki Levha Yayınları, 2019.

ÖZKARACA, Ercüment / ÖZKAN KOÇ, Sema Deniz, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 45, 2021.

ÖZKARACA, Ercüment / ÜNAL, Canan, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan), C. 20, S. 1, 2014.

ÖZKARACA, Ercüment, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim”, Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed: Ender DEMİR/Beste GEMİCİ FİLİZ, Seçkin Yayınları, 2021.

ÖZKAYA ÖZLÜER, Ilgın, “İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım”, İnÜHFD, C. 9, S. 2, 2018.

ÖZTÜRK, Ayşenur, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988.

PEDRAZZINI, Mario M., “Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag”, Schweizerisches Privatrecht VII/1, Hrsg: Max GUTZWILLER/Hans HINDERLING/Arthur MEIER-HAYOZ/Hans MERZ/PAUL PIOTET/Roger SECRÉTAN/Werner von STEIGER/Frank VISCHER, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1977.

PELLEGRINI, Bruno, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln, Stämpfli & Cie AG., 1983.

Peter GAUCH, “Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters: Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464 ff.”, recht 1992 (Art. 404).

PEYER, Jürg, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974.

POLAT, Halil, Türk Hukukunda Aşırı Yararlanma (Gabin), Adalet Yayınevi, 2024.

POLYDOR-WERNER, Susanne, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Schulthess, 1988.

PORTMANN, Wolfgang /WILDHABER, Isabelle /RUDOLPH, Roger, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Auflage, Dike Verlag AG, 2024.

PORTMANN, Wolfgang/RUDOLPH, Roger, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (**BaslerKomm-PORTMANN/RUDOLPH**).

PREIS, Ulrich / TEMMING, Felipe, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 6. Auflage, 2020.

REHBINDER, Manfred / STÖCKLI, Jean- Fritz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Stämpfli Verlag, 2010 (**BernKomm/REHBINDER/STÖCKLI**).

REHBINDER, Manfred / STÖCKLI, Jean-Fritz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, Stämpfli Verlag, 2014 (**BernKomm-REHBINDER/STÖCKLI**).

REHBINDER, Manfred, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev. Ömer TEOMAN, İÜHFM, C. 45, S. 1-4, 1981.

REISER, Nina, Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR, Schulthess Verlag, 2012.

REİSOĞLU, Safa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar” BATİDER, C. 24, S. 2, 2007 (İnşaat).

REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Sevinç Matbaası, 1968 (Hizmet).

ROTH, Herbert, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch -Buch 1: Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139-163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), 2020 (**StaudingerKomm/ROTH**).

SAĞLAM, İpek, “Kiracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişkisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler”, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, 2017 (Kira).

SAĞLAM, İpek, “TBK m. 3-4”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019 (**İstŞerhi/SAĞLAM**).

SAĞLAM, İpek, “Ticarî İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması”, MÜHF-HAD, C. 19, S. 1, 2013 (Ürün Kirası).

SAK, Burak, Borçlar Hukukunda Aldatma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2024 (Aldatma).

SAK, Burak, Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122), On İki Levha Yayınları, 2020 (Dağıtım).

SARI, Suat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFM, C. LXIV, S. 2, 2006 (Şerh).

SARI, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Kitabevi, 2004 (Vekâlet).

SAYMEN, Ferit H., Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, 1954 (İş Hukuku).

SCHENKER, Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs: im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988.

SCHMID, Jörg / STÖCKLI, Hubert/ KRAUSKOPF, Frédéric, OR BT: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 2016.

SCHMIDLIN, Bruno, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, 2013 (**BernKomm/SCHMIDLIN**).

SCHMIDT, Jürgen, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen (Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft 13), Duncker Humblot, 1985.

SCHWENZER, Ingeborg / FOUNTOULAKIS, Christiana, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, vor Art. 23-31 (**BaslerKomm-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**).

SCHWENZER, Ingeborg/FOUNTOULAKIS, Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2020.

SEÇER, Öz, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 28/2010 (Çocuk ve Genç).

SEÇER, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, 2023 (İnşaat).

ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, 1976 (Sürekli Borç İlişkileri).

SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinden Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1978 (Müteahhidin Sorumluluğu).

ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, 2002.

SEROZAN, Rona, “Culpa In Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi”, İÜMHAD, Y. 2, S. 3, 1968 (Edim).

SEROZAN, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla Alakalı Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1997 (Kişilik Hakkı).

SEROZAN, Rona, “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkânsızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vedat Yayıncılık, 2007 (İmkânsızlık).

SEROZAN, Rona, “TBK m. 1-2”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 1 (Madde 1-82), Ed: Turgut ÖZ/Faruk ACAR/Emre GÖKYAYLA/H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, 2019 (İstŞerhi/SEROZAN).

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, On İki Levha Yayınları, 2018 (Özel Bölüm).

SEROZAN, Rona, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968 (Formmangels).

SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem- Mantık, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, 2017 (Hukukta Yöntem).

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayınları, 2022 (Medeni).

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2007 (Dönme).

SERT SÜTÇÜ, Selin, “Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu”, International Ankara Congress On Scientific Research VI April 1-3, 2022.

SIEBERT, Wolfgang, Faktische Vertragsverhältnisse - Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts, Verlag C. F. Muller Karlsruhe, 1958.

SOYER, M. Polat, “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri (1991), Mess Yayın, 1993 (Karar Değerlendirme).

SOYER, Polat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, 2008 (Tasarı).

SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994 (Rekabet).

SPINNER, Günter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht- Besonderer Teil II, §§ 535- 630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, Red: Martin HENSSLER/Wolfgang KRÜGER, 9. Auflage, C. H. Beck, 2023 (**MüKoBGB/SPINNER**).

STAEHELIN, Adrian, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Teilband V 2c Der Arbeitsvertrag- Art. 319- 330a OR, Vierte völlig neu bearbeitete Auflage, Hrsg: Peter GAUCH/Jörg SCHMID, Schulthess, 2006 (**ZürcherKomm/STAEHELIN**).

STAEHELIN, Adrian, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, Hrsg: Jörg SCHMID, Schulthess, 2013 (**ZürcherKomm/STAEHELIN**).

STREIFF, Ullin /von KAENEL, Adrian /RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Schulthess Verlag, 2012.

SULU, Muhammed, “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, 2016.

SUNGURBEY, İsmet, “§ 77. Arsa payı karşılığında kat yapımı (inşaat) sözleşmesinin, müteahhidin borçlu temerrüdüne düşmesi yüzün feshi ve müteahhidin ölümüyle sona ermesi”, Medeni Hukuk Sorunları, Dördüncü Cild, Fakülteler Matbaası, 1980 (Dördüncü Cild).

SUNGURBEY, İsmet, “§ 122. Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir”, Medeni Hukuk Sorunları Beşinci Cild, Fakülteler Matbaası, 1984 (Sorunlar).

SUNGURBEY, İsmet, “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde Ismarlananın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin Ismarlayınca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not”, Yasa Hukuk Dergisi, C. 7, S. 1, 1984 (İnşaat).

SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku, Güncellenmiş Yirmi Yedinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2024.

SÜTÇÜ, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt-1, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, 2018.

SÜZEK, Sarper / BAŞTERZİ, Süleyman, İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku), Beta Yayınları, 2024.

SÜZEK, Sarper, “İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 34, 2015 (Yorum).

SÜZEK, Sarper, “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, İş Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Temel ve Güncel Konuları, 1993 (Düzenleme).

SÜZEK, Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan), C. 20, S. 1, 2014 (Geçersizlik).

SÜZEK, Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, İÜHFM, C. 72, S. 2, 2014 (Rekabet).

SZECH, Marthe, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Nomos, 2011.

TANDOĞAN, Halûk, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi”, İmran Öktem’e Armağan, Sevinç Matbaası, 1970 (İstisna Akdi).

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, 2008 (Cilt I/1).

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2010 (Cilt II).

TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ajans- Türk Matbaası, 1961, s. 520 (Mesuliyet).

TAŞKENT, Savaş, “İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan II, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982.

TEKBEN, Tuğçe, Vekalet İlişkilerinde Vekalet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayınları, 2021.

TEKELİOĞLU, Numan, “Adi Ortaklıkta Ortağın Ölümü Halinde Mirasçılarının Hukuki Durumu”, AHBVÜHFD, C. 25, S. 3, 2021.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Halûk /ALTOP, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, 1993.

TİFTİK, Mustafa, “Borç Sözleşmelerinin İptali”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, S. 3, 2006, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013.

TOPUZ, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2023 (Maddi Zarar).

TÜMERDEM, Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK m. 126), Seçkin Yayıncılık, 2018.

TUNCAY, A. Can, “Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı”, Legal İSGHD, C. 14, S. 53, 2017.

TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Onuncu Bası, Beta Yayınları, 2022.

TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku Cilt I, Dördüncü Bası, 1986 (İş Hukuku).

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler, Altıncı Bası, Sermet Matbaası, 1976 (Borçlar).

TÜRE, Gökhan, “İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, 2019 (Hile).

TÜRE, Gökhan, İş Sözleşmesinin Kurulması, Lykeion Yayınları, 2021 (İş Sözleşmesi).

TÜRKMEN, Ahmet, “Theodor Kipp’in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözülemediği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler”, MÜHF-HAD, C. 28, S. 2, 2022.

ULUSAN, İhsan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Yayınları, 1984.

ÜNAL, Canan, “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed: Tankut CENTEL, On İki Levha Yayınları, 2018.

ÜRCAN, Gülümden, “Diploma Kiralama” Sorunu ve İş Sözleşmesinin Geçersizliği”, İzBD, S. 2, 2022.

URHANOĞLU CENGİZ, İftar, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBBD, Y. 24, S. 98, Ocak- Şubat 2012 (Çocuk ve Genç).

URHANOĞLU CENGİZ, İftar, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 19, 2008 (Yabancılar).

USTA, Sinan, Uzun Süreli Sözleşmeler, On İki Levha Yayınları, 2025.

VISCHER, Frank / MÜLLER, Roland M., Der Arbeitsvertrag, Vierte, erweiterte Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

VISCHER, Frank, “Der Arbeitsvertrag”, Schweizerisches Privatrecht VII/1, Hrsg: Max GUTZWILLER/Hans HINDERLING/Arthur MEIER-HAYOZ/Hans MERZ/PAUL PIOTET/Roger Secrétan/Werner von Steiger/Frank Vischer, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1977.

von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım1, Cilt: 1-2 (Çeviren: Cevat EDEGE), Olgaç Matbaası, 1983.

WEBER, Rolf H., Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1990.

WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (**BaslerKomm/WIEGAND**).

WIESE, Günther, Beendigung Und Erfüllung Von Dauerschuldverhältnissen, Festschrift Für H. C. Nipperdey Zum 70 Geburtstag, Verlag C.H. Beck, 1965.

WOLF, Ernst, “Vertragsfreiheit- Eine Illusion?”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Hrsg: Peter FORSTMOSER/Hans GIGER/Anton HEINI/Walter R. SCHLUEP, Schulthess, 1989.

WYSS, Eveline/von der CRONE, Hans Caspar, “Bestechung bei Vertragsschluss Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin)”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 1/2003.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk /ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, 2022, (Cilt I).

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk /ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, 2022, (Cilt II).

YAVUZ, Nihat, “Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirel Bir Yaklaşım”, Yargıtay Dergisi, C. 10, S. 4, 1984.

YENİOCAK, Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayın, 2002.

YILDIRIR, Efe Can, Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri, On İki Levha Yayınları, 2023.

YÜNLÜ, Semih, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, 2015.

YÜREKLİ, Sabahattin, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, İÜHFM, C. 72, S. 2, 2014 (Sorumluluk).

YÜREKLİ, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016 (Hizmet).

ZELLWEGE-GUTKNECHT, Corinne, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (**BaslerKomm-ZELLWEGE/GUTKNECHT**).

ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, On Sekizinci Bası, 2018.

ZINDEL, Gaudenz G. / SCHOTT, Bertrand G., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Hrsg: Corinne WIDMER LÜCHINGER/David OSER, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (**BaslerKomm-ZINDEL/SCHOTT**).

Elektronik Kaynaklar:

(Beck Online) <https://beck-online.beck.de>

(Legal Bank) <https://legalbank.net/>

<http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>

<http://www.ilhanhelvacidersleri.com>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz21_319.htm

<https://portal.tnb.org.tr/Lists/BirlestirilmisGenelgelerListesi/Attachments/35/Birlestirilmis%20Genelge%2034.pdf>

https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-III-320%3Ade&lang=de&type=show_document

https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-III-242%3Ade&lang=de&type=show_document

https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F83-II-525%3Ade&lang=de&type=show_document

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://toprakisveren.org.tr>

<https://www.fedlex.admin.ch>

<https://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.mevzuatdergisi.com>

<https://www.unifr.ch/>

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

Kazancı İçtihat Bankası (<https://kazanci.com.tr/>)

Lexpera İçtihat Bankası (<https://www.lexpera.com.tr/>)

