

KAMU DÜZENİNE AYKIRILIĞA DAYANAN GEÇERSİZLİKLERDE HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI YASAĞININ SINIRLAYICI ROLÜ OLABİLİR Mİ? – YARGITAY’IN KONUYA İLİŞKİN İÇTİHADİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER*

Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT**

Özet: Bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması için gerekli olan şartlardan birisi, kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Kamu düzenine aykırı olan bir hukuki işlem ise kesin hükümsüzdür (TBK 27 I). Kamu düzeninin kanuni bir tanımı bulunmadığından, kavramın unsurları tartışmalıdır. Bununla birlikte kamu düzenine aykırılık halinde meydana gelen kesin hükümsüzlüğün sonuçlarını doğurmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak veya örtülü boşluğun amaca uygun sınırlandırılması (teleolojik redüksiyon) yöntemiyle engellenemeyeceği kabul edilmelidir. Yargıtay da bu yönde hüküm kurmasına rağmen, dayanılan hukuki gerekçelerde çeşitli çelişkiler bulunmaktadır. Bu bağlamda çalışmada öncelikle TBK 27 I hükmü çerçevesinde kamu düzeni kavramı ve buna aykırılığın sonuçları incelenmiştir. Ardından, kamu düzenine aykırılık hallerinde hakkın kötüye kullanılması yasağının rolüne ilişkin Yargıtay uygulamaları ele alınmıştır. Son olarak da uygula-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; hnomer@istanbul.edu.tr.

** İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; ezgiakbulut@aydin.edu.tr.

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

madaki çelişkili gerekçelerin giderilmesine yönelik çözüm önerisi sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: kamu düzeni, emredici hüküm, kesin hükümsüzlük, hakkın kötüye kullanılması yasağı, teleolojik redüksiyon.

COULD THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS HAVE A LIMITING ROLE ON INVALIDITIES BASED ON OPPOSITION TO PUBLIC POLICY? – THE JUDICIAL OPINION AND EVALUATION OF THE COURT OF CASSATION REGARDING TO THE MATTER

Abstract: One of the conditions required for a legal transaction to be valid and effective is that it is not contrary to public policy. A legal transaction that is contrary to public policy, on the other hand, is null and void (TCO 27 I). The elements of the public policy concept are controversial due to the lack of a statutory definition. Nevertheless, it shall be accepted that the legal consequences of nullity in cases of opposition to public policy cannot be obstructed by alleging the prohibition of abuse of rights or by the limiting of an implicit legal gap to accommodate the purpose (teleological reduction). Even though the precedents of the Court of Cassation were in this direction, they had conflicting legal reasoning. Within this context, the concept of public policy under Article TCO 27 I and the consequences of opposing it, were primarily examined in this study. Subsequently, the Court of Cassation's practice relating to the role of the prohibition of abuse of rights in public policy opposition cases was discussed. Finally, a solution aimed at eliminating conflicting legal reasoning in practice was proposed.

Keywords: Public policy, mandatory rule of law, nullity, prohibition of abuse of rights, teleological reduction.

I. Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni kavramının kanunlarımızda belirli bir tanımı bulunmamakla birlikte öğretide bu kavramın tanımı ve kapsamı hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür¹. Öncelikle özel hukuk bakımından kamu düzeninin, hukuki işlemlerin geçerliliği açısından önem arz ettiğini belirtmek gerekir². Zira TBK 27 I'de kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiş olup, buna göre kamu düzenine aykırı içeriğe sahip hukuki işlemler hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır.

¹ Çeşitli tanımlar hakkında bkz. **S. Selahaddin Tekinay/ Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 402; **Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı**, Borçlar Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, § 42, n. 31 vd.; **Peter Gauch/ Walter R. Schlupep/Jörg Schmid/Heinz Rey/Susan Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 9. Auflage, Band I (bearbeitet von J. Schmid), Verlag Schulthess, N. 648 vd.; **Haluk N. Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, N. 53.

² Ancak milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninin işlevi daha farklıdır. 5718 sayılı MÖHUK'un 5. maddesinde yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hükmün uygulanmayacağı ve gerekli görülen hâllerde, Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bundan başka MÖHUK 54 (1), c hükmünde yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için hükmün kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir. Keza MÖHUK 62 (1), b hükmünde yabancı hakem kararının tenfizi için hakem kararının genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği düzenlenmiştir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni hakkında geniş bilgi için bkz. **Ergin Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, 161 vd. Ayrıca kamu düzeni kavramı intikal hukuku (veya çağlararası hukuk) bakımından da ayrı öneme sahiptir. 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. maddesinde Türk Medeni Kanunu'nun kamu düzeni ve genel ahlâkı bağlamaya yönelik kurallarının, haklarında ayırık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanacağı ve bu bakımdan, eski hukukun Türk Medeni Kanunu'na göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kurallarının, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Geniş bilgi için bkz. **Haluk Nami Nomer/ Pakize Ezgi Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş, Bölüm I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, N. 105 vd.

TBK 27 I'de düzenlenen, hukuki işlemin geçerlilik şartlarından biri olan kamu düzeninin kapsamı bakımından ileri sürülen görüşler, kamu düzeni kavramının genel bir tanımının yapılabilmesini de engellemektedir. Bu görüşler genel olarak iki temel grupta toplanabilir. Bunlardan ilki, kamu düzeninin içeriğinin sadece pozitif hukuktaki yazılı hukuk kuralları ile sınırlı olduğunu kabul eder³. Böylece bu görüşe göre, kamu düzenine aykırı olan bir hukuki işlem esasında kanundaki emredici hükümlere aykırıdır. Ancak bu görüş de kendi içinde ikiye ayrılır. Bu görüşte yer alan yazarlardan bir kısmı kamu düzenine aykırılığın sadece kamu hukuku hükümlerine aykırılık olduğunu kabul ederken, diğer bir kısmı kamu düzenine aykırılığı, özel hukuk hükümlerine aykırılık çerçevesinde ele alır⁴. Kamu düzeninin içeriğinin sadece pozitif hukukta yer alan yazılı hukuk kurallarından oluşmadığını savunan bir diğer görüş ise yazılı hukuk kuralları dışında, bağımsız bir kamu düzeni kavramının bulunduğunu kabul eder⁵. Böylece bu son görüşe göre kamu dü-

³ **Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger**, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1- 183, 2. Auflage, Zürich 1929, Art. 19, N. 11; **Hüseyin Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, 39 vd.; **Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015, § 11, N. 17 vd.

⁴ Kamu hukuku hükümlerine aykırılık bakımından ele alan görüş için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, n. 648 vd.; **Alfred Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009, § 13, N. 124. Özel hukuk hükümlerine aykırılık bakımından inceleyen görüş için bkz. **Andreas von Tuhr/Hans Peter**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, 250. Hem özel hukuk hem kamu hukuku hükümlerini kapsadığı yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, 402- 403; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 42, n. 35. Yabancı hukuk kurallarının ihlalinin iç hukuktaki kamu düzeninin ihlali anlamına gelip gelmediği ise tartışmalıdır. Bu konuda tartışmalar için bkz. **Ernst A. Kramer**, Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilb., 1. Unterteilb., Art. 19- 31 OR, Kommentar zu Art. 19/ 20 OR, Bern 1991, Art. 19/20, N. 162; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 654.

⁵ **Eugen Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Verlag Schulthess, Zürich 1988, 250; **Kramer**, Art. 19/20, N. 155 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 42, n. 36, **M. Kemal Oğuzman /Turgut Öz**, Borç-

zeni kavramının, her somut olaya göre içeriğinin belirlenmesi gereken, zamana göre değişen, soyut nitelikte bir kavram olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir.

Bu çerçevede kamu düzenini koruyan hükümlere aykırılık halinde kamu düzenine de aykırılığın meydana geleceği ifade edilebilir⁶. Nitekim bir hükmün emredici nitelikte olup olmadığı, hükmün özellikle ahlaki, kamu düzenini veya kişilik hakkını koruma amacı bulunup bulunmadığına göre tespit edilir⁷. Böylece pozitif hukukta yer alan hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin kamu düzenini koruyan hükümlere aykırılığın, aynı zamanda kamu düzenine de aykırılık anlamına geleceği sonucu ortaya çıkar.

Ancak burada kamu düzeninden olan emredici hükümler bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Emredici hükümlerin bazıları, hükmün yorumu sonucunda doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlarken bazı emredici hükümler bakımından bu amaç dolaylı olup, ikinci plandadır⁸.

lar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 17. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2019, n. 278; **Barbara Meise/Claire Huguenin**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Basel 2020, Art. 19/20, N. 25.

⁶ Kamu düzeninin kapsamı hakkında farklı görüşler savunmakla birlikte, kamu düzenini koruyan hükümlere aykırılığın aynı zamanda emredici hükümlere de aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz. **Bucher**, 250; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 42, n. 36; **Hatemi/Gökyayla**, 185; **Nomer**, Borçlar Hukuku, n. 53; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, 143.

⁷ **von Tuhr**, AT Band I, 250; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 42, n. 17, **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Beta Yayınevi, Ankara, 2019, n. 1006; **Nomer**, Borçlar Hukuku, n. 52. Yargıtay da emredici hükümlerin tespit edilmesinde buna vurgu yapmıştır. “Anılan hükmün emredici olup olmadığı ise öncelikle metnin yazılışından düzenleme amacından anlaşılır. Genel ahlâk kamu düzeni, kişilik hakları, zayıfın korunması amaçlanan hükümler emredicidir”. Yarg. 3. HD. E. 2005/7644, K. 2005/7978, T. 14.7.2005 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Pakize Ezgi Akbulut**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, 161 vd.; **Nomer/Akbulut**, n. 125 vd. Ayrıca her iki tarafı veya doğrudan üçüncü kişileri koruma amacı olan hükümlerin de doğrudan kamu düzenini koruma amacı bulunan hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini eklemek gerekir.

Doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlayan hükümler, iki taraflı emredici hüküm, doğrudan taraflardan birinin menfaatini korumayı amaçlayan hükümler tek taraflı emredici hüküm olarak da adlandırılır⁹. Bu nedenle tek taraflı emredici hükümlerde, hükmün amacı doğrultusunda korunmak istenen taraf lehine hükümden ayrılmak (hükmün aksini kararlaştırmak) mümkündür.

Özel hukuk açısından incelenirse, Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku kitabında yer alan emredici hükümlerin çoğu hükmün amacı doğrultusunda, doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlarken, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin çoğu ya yedek hüküm şeklindedir ya da taraflardan birini koruma amacı güder¹⁰. Özellikle borçlar hukukunda yer alan hükümlerde kamu düzeninin korunması amacı genellikle ön planda değildir. Oysa kamu hukuku hükümleri incelendiğinde, bu hükümlerin çoğunun doğrudan kamu düzenini sağlama amacına sahip olduğu açıkça görülür. Örneğin, Yargıtay'ın imar mevzuatına ilişkin hükümlerin kamu düzeninden olduğunu hususunda yerleşik içtihadı bulunmaktadır¹¹.

II. Kamu Düzenine Aykırılığın Sonuçları

TBK 27 I uyarınca içerik itibarıyla kamu düzenine veya kamu düzenini koruma amacı güden iki taraflı emredici hükümlere aykırı yapılan hukuki işlemler kural olarak kesin hükümsüz olur¹². Keza TBK 27 II

⁹ Kamu düzenini korumayı amaçlayan emredici hükümler mutlak emredici hükümler, taraflardan sadece birini koruma amacı olan hükümler nispi emredici hükümler olarak da adlandırılmaktadır. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku C. I, n. 277; **Rona Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015, I § 4, N. 10; **Koller**, § 13, N. 109.

¹⁰ Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin çoğunlukla yedek hüküm niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 42, n. 17; **Nomer**, N. 52.2.

¹¹ Bkz. aşağıda III/A/2.

¹² Oysa tek taraflı emredici hükümlere, başka bir ifadeyle doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlamayan emredici hükümlere aykırılık halinde, hukuki işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmayacağı ve hükmün koruma amacı doğrultusunda yeni yaptırım türlerinin mevcut olabileceğini kabul eden çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. **Claire Huguenin/Christophe Reitze**, Basler Kommentar, Zivilge-

uyarınca, hukuki işlemin hükümlerinden biri veya birkaçı kamu düzenine veya emredici hükümlere aykırı ise hukuki işlemin kısmi hükümsüz olması da mümkündür. Ancak TBK 27 II hükmünün son cümlesinde, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağına açıkça anlaşıldığı hallerde, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılacağı düzenlenmiştir.

Böylece doğrudan kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması baştan itibaren (ex tunc) kural olarak mümkün olmaz. Kesin hükümsüzlük yaptırımının genel sonuçları gereği, böyle bir hukuki işlemin geçersizliği her zaman, ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir, hâkim de geçersizliği re'sen dikkate alır. Kesin hükümsüz olan hukuki işlemin kural olarak sonradan düzelmesi mümkün olmadığı gibi taraflar bu hukuki işlemin hükümlerini doğurmasını talep etmekteyse, geçerli, yeni bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bununla birlikte kesin hükümsüzlük sonucunda, tarafların eylemlerine ve

setzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 6. Auflage, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Basel 2018, Art. 27, N. 21; **Roland Michael Beckmann**, Nichtigkeit und Personenschutz: Parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, Tübingen 1998, 430 vd. Biz bu görüşlere katılmamakla birlikte doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlamayan, tek taraflı emredici hükümlere aykırılık halinde yine hukuki işlemin geçerlilik şartlarına aykırı olmasından hareketle kesin hükümsüzlük yaptırımının ortaya çıkacağı; fakat bu sefer hükmün koruma amacı doğrultusunda amaca uygun sınırlama yöntemi (teleolojik redüksiyon) ile kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının daraltılabileceğini kabul etmekteyiz. Zira yeni yaptırım türleri çerçevesinde ileri sürülen görüşlerin de ortak noktası, ihlal edilen emredici hükmün koruma amacı doğrultusunda kesin hükümsüzlük yaptırımının katı sonuçlarının daraltılabileceğidir. Gerçekten kesin hükümsüzlük yaptırımının katı sonuçlarının uygulanması, her zaman hükmün amacına uygun sonuç vermeyebilir, Ancak her somut olayda kamu düzenini korumayı amaçlamayan emredici hükümlere aykırılık halinde, kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçlarının uygulanmasını engellemek için yeni bir yaptırım türünün yaratılmasına gerek bulunmamaktadır. Hâkimin hukuk yaratmak suretiyle, örtülü boşluğu amaca uygun sınırlama yöntemiyle doldurması ile de elde edilmek istenilen bu hukuki sonuçlara ulaşılabilir. Aksi halde her somut olayda, ihlal edilen hükmün anlam ve amacına göre yaptırım türünün belirlenmesi durumunda hem hukuk güvenliği zedelenir hem de her görüş uyarınca ayrı bir yaptırım türü belirlenmesi suretiyle hükümsüzlük sistemi içerisinde kavram karmaşası yaratılmış olur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Akbulut**, 217 vd.; **Nomer/Akbulut**, N. 176 vd.

keza ifa eylemlerine bağlanan bazı hukuki sonuçlar da mevcuttur. Kesin hükümsüz olan bir sözleşmede kural olarak edimler ifa edilmişse geri talep edilebilir, ifa edilmemişse artık taraflar kesin hükümsüz sözleşmeden dolayı aynen ifa talebinde bulunamazlar. Böylece kesin hükümsüz bir sözleşmeye rağmen edimini ifa eden taraf da sebepsiz zenginleşme (TBK 77 vd.) ya da istihkak davası (TMK 683 II, 1025) ile verdiği geri alır. Ayrıca sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın –culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde- talep edilebilmesi de mümkündür¹³.

Bu sonuçların sadece kamu düzenine aykırılık halinde değil, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi diğer geçerlilik şartlarına aykırı yapılan tüm hukuki işlemler bakımından uygulanacağını belirtmek gerekir. Hal böyleyken Türk-İsviçre hukukunda zamanla kesin hükümsüzlüğün bu katı hukuki sonuçlarını yumuşatmaya yönelik çeşitli görüşler ve hatta yeni yaptırım türleri ileri sürülmüştür. Bununla birlikte TMK 2 II’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının da kesin hükümsüzlüğün bir sınırı olduğu, hem öğretide hem de uygulamada birçok içtihatla kabul edilmiştir. Dolayısıyla geçerlilik şartlarına aykırı yapılan bir hukuki işlemin kesin hükümsüz olması sebebiyle hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı kuralı, -öğretide hâkim görüş tarafından kabul edildiği ve uygulamada da aynı yönde hüküm kurulduğu üzere- TMK 2 II’nin vasıtasıyla engellenebilmektedir. Buraya, aşağıda daha ayrıntılı değinileceği üzere, aslında TMK 2 II hükmüne başvurulmaksızın, hâkimin hukuk yaratma metodu olan örtülü boşluğun amaca uygun sınırlanmasıyla da (teleolojik redüksiyon) öğretide ve uygulamada istenilen sonuca ulaşılabileceğini not düşmek gerekir.

TMK 2 II’nin, bütün geçerlilik şartlarına aykırılık halleri bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımının bir sınırı olarak kabul görmediği

¹³ Kural olarak, kesin hükümsüz olan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmamasından kaynaklanan olumsuz zararın talep edilebileceği kabul edilse de, bazı geçersizlik hallerinde (örneğin garanti sorumluluğu çerçevesinde başlangıçtaki objektif imkânsızlıkta) somut olayın özelliğine göre olumlu zararın da talep edilebileceği yönünde bkz. **Mehmet Serkan Ergüne**, Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 238-239.

de belirtilmelidir. Özellikle kamu düzenine aykırılığın söz konusu olduğu hukuki işlemlerin geçersizliği hakkında hem öğretide¹⁴ hem de uygulamada TMK 2 II'nin işlevi bakımından belirsizlik ve çelişkiler mevcuttur. Bu durumu iki önemli Yargıtay kararı üzerinden incelemek gerekir.

III. Kamu Düzenine Aykırılıkta Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Rolüne İlişkin Yargıtay Uygulamaları

A. Resmi Şekle Aykırılıkta

TBK 26'da bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirlenebileceği düzenlendikten sonra TBK 27 I'de emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Ancak bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması için gereken geçerlilik şartları, TBK 27 I'de sayılanlardan ibaret değildir. Her ne kadar kanunda lafzi olarak açıkça düzenlenmemiş olsa da ihlali halinde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasının gerektiği, içtihat ve öğreti ile kabul edilen başka geçerlilik şartları da mevcuttur¹⁵. Bunlardan biri de hukuki işlem için getirilen şekil şartıdır. Hukuki işlemlerin kanuni veya iradi şekil¹⁶ şartına aykırı olmaması gerekir. Zira bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması için işlemin, kanunda veya taraflar arasında belirlenmiş şekil şartına uygun meydana getirilmesi lazımdır.

TBK 12 II'de, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, kural olarak geçerlilik şekli olduğu açıkça belirtilmiş, öngörülen şekle uyulmak-

¹⁴ Bkz. dn. 21.

¹⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Akbulut**, s. 144 vd.

¹⁶ Konumuz dışında kalan iradi şekil şartı TBK 17'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır. İradi şekil şartının varlığı karine gereği ispat değil, geçerlilik şeklidir. Ancak tarafların iradi şekil şartın uymadan sözleşmeyi ifa etmeleri halinde şekil şartından vazgeçtikleri anlamı ortaya çıkabilir. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 31, n. 6; **Nomer**, N. 71.5.

sızın kurulan sözleşmelerin ise hüküm doğurmayacağı ifade edilmiştir. Hükümde her ne kadar şekle aykırı olan hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olacağı açıkça belirtilmemiş olsa da hâkim görüş uyarınca, şekle aykırı yapılan hukuki işlemlerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu ve TBK 12 II'de "hüküm doğurmaz" ifadesinden de bu yaptırımın ortaya çıktığı kabul edilir¹⁷. Keza Yargıtay da şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlüğün (butlan) meydana geleceğine hükmetmiştir¹⁸.

Böylece kanuni şekil şartına aykırı yapılan hukuki işlemin kural olarak kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçları gereği hüküm ve sonuçlarını doğurmaması, ilgililerin her zaman geçersizliği ileri sürebilmesi, hâkimin de bunu re'sen dikkate alması ve bu işlem çerçevesinde ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre veya istihkak davasıyla geri istenebilmesi gerekir¹⁹. Ne var ki, uygulamada ve doktrinde şekil şartına aykırı yapılan sözleşmelerin her durumda kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarına tabi olmaması gerektiği görüşü ağırlıktadır. Şekle aykırı yapılan bir sözleşmeyi kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçla-

¹⁷ Şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlük görüşünü savunan yazarlar için bkz. **von Tuhr**, AT Band I, 237; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, 102; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 29, N. 6; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku C. I, N. 481; **Oser/Schönenberger**, Art. 11, N. 29.

¹⁸ "Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hâkim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlâka aykırılık teşkil etmez, ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz". İBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988 (RG 21.12.1988, Sayı: 20026)

¹⁹ Harici yapılan taşınmaz satışları bakımından iadenin sebepsiz zenginleşmeye göre gerçekleşeceği yönünde içtihadı birleştirme kararı için bkz. İBK, E. 1939/2, K. 1940/77, T. 10.07.1940 (RG 01.02.1941, Sayı: 4723). Sözleşmeye dayanılacağı yönünde bkz. İBK, E. 1936/31, K. 1939/47, T. 07.06.1939 (RG 30.04.1940, Sayı: 4497).

rından kurtarabilmek için öğretide kesin hükümsüzlüğe alternatif yeni yaptırım türleri önerilmiş ve ayrıca başka hukuki kurumların vasıtasıyla kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının uygulanması engellenmeye çalışılmıştır. Önerilen yeni yaptırım türlerinin ortak noktası incelendiğinde, bu görüşlerin öncelikle taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelere yönelik kanuni şekil şartının koruma amacından hareket ettikleri görülmektedir²⁰. Bu görüşlere göre taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelere ilişkin kanuni şekil şartı esasında kamu düzenini değil, tarafları koruma amacı güder. Bu nedenle kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarının uygulanması, kanunun şekil şartı ile güttüğü amaca hizmet etmemekte ve aslında yeni bir yaptırım türü oluşturularak kanun koyucunun bu amacının yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu yeni yaptırım türü de esnek hükümsüzlük yahut kendine özgü geçersizlik olarak adlandırılmaktadır.

Hemen eklemek gerekir ki, şekle aykırı yapılan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarından kurtulmasına yönelik ileri sürülen görüşlerin hepsinin, hükmün tarafları koruma amacının bulunduğundan hareket ettiği de söylenemez. Özellikle taşınmaz mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelere yönelik kanuni şekil şartını (resmi şekil şartı) düzenleyen hükümlerin (TMK 706 I, TBK 237 I gibi), aslında kamu düzenini korumayı amaçladığı; fakat somut olaya göre böyle bir şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarının uygulanmasının ya yeni bir yaptırım türü yaratılarak ya da TMK 2 II'de düzenlenen hakkın kötüye kullanımı vasıtasıyla engellenebileceğini ileri süren görüşler de mevcuttur²¹. Böylece kanuni şekil şartına ilişkin düzenlemeler kamu düzeninden kabul edilse de, bazı hukuki kurumların aracılığıyla, bu düzenlemelerin ihlal edildiği sözleşmelere kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının uygulanmasının engellenebileceği ileri sürülmektedir.

²⁰ Eren, n. 935; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, N. 740, 2539 vd. Karş. Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 134 vd., 154-155. Esnek hükümsüzlük görüşü çerçevesinde aynı yönde bkz. Huguenin/Reitze, Art. 27, N. 21.

²¹ Koller, § 12, N. 115; Altaş, 155-156. Ayrıca bkz. Merz, Art. 2, N. 485.

Keza Yargıtay da, uygulamada önemli bir yere sahip, 1988 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile şekle aykırı yapılan sözleşmelere her halükarda kesin hükümsüzlüğün katı sonuçlarının uygulanmasının önüne geçilebileceği şeklinde hüküm kurmuştur²². Kararda, harici yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekilde yapılmamasına rağmen gerçekleşen ifa sonucunda, satıcının kesin hükümsüzlüğe dayanıp, ifadan kaçınmasını hakkın kötüye kullanılması (TMK 2 II) teşkil ettiği gerekçesiyle geçersizliği ileri sürmesi kabul edilmemiş ve hatta tescil davasının kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır²³.

Oysa kararda Yargıtay açıkça, genel olarak şeklin amacının, bazen taraflardan birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin veya kamunun yararını korumak, hukuki güvenliğini sağlamak olduğunu, fakat özellikle taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekil şartına bağlı tutulmasında sadece tarafların değil kamunun da yararı bulunduğunu belirtmiştir.

Böylece Yargıtay'ın taşınmaz mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekle tabi olmasını, doğrudan kamu düzeninden saydı-

²² İBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988 (RG 21.12.1988, Sayı: 20026)

²³ Bu kararla birlikte aynı zamanda öğretide varlığı tartışmalı olan hakkın kötüye kullanılması yasağının olumlu etkisinin de kabul edildiğini belirtmek gerekir. Böylece TMK 2 II'nin yerine getirilen edimlerin iade edilmesini engellemesi yanında, somut olayın niteliğine göre henüz yerine getirilmemiş edimlerin ifasını da talep etme hakkı verebileceği ortaya çıkmıştır. Bkz. **Serozan**, Medeni Hukuk, I § 5, n. 46a.

Kararda ayrıca hakkın kötüye kullanımı sayılabilecek haller şöyle sıralanmıştır: Şekil şartının uygulanmasına taraflardan biri kendi menfaati için ya da yanıltıcı hareketler ile engel olmuşsa, sözleşmeyi yaptığı için pişmanlık duyarak ondan kurtulma niyetindeyse, şeklin koruma amacından yoksun kaldığı için değil, kendi borcunu yerine getirmekten kaçınmak için geçersizliğe dayanıyorsa ve karşı tarafı kendi edimini ifa edeceğine ikna etmiş ve onun sözleşmeye olan haklı güvenini pekiştirip sonrasında şekle aykırılığı ileri sürmüşse hakkın kötüye kullanımına başvurulabilecektir. Fakat Yargıtay, hakkın kötüye kullanımına karar verilebilmesi için olayın niteliklerinin önem taşıdığını ve bu yasağın tali nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Necla Giritlioğlu**, Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması (yayınlanmamış profesörlük tezi), İstanbul, 1989, 143 vd.

ğını, başka bir anlatımla bu şekil şartına ilişkin kanuni düzenlemeleri kamu düzenini koruma amacı güden iki taraflı emredici hüküm niteliğinde kabul ettiğini belirtmek yanlış olmaz. Nitekim ilgili kararda taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğuran sözleşmelere ilişkin şekil şartını düzenleyen kanuni düzenlemelerin amacının, kamu düzenini korumak olduğunun belirtilmesinin yanı sıra bu düzenlemelerin emredici nitelikte olduğuna da vurgu yapılmaktadır. Ancak Yargıtay, taşınmaz mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerin tabi olduğu şekil şartının amacının kamu düzenini korumak olduğunu belirtmesine rağmen yine aynı kararda, hakkın kötüye kullanılması yasağı vasıtası (TMK 2 II) ile sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesine engel olunabileceğine hükmetmiştir. Bu durumda 1988 tarihli içtihadı birleştirme kararında Yargıtay, kamu düzeninden saydığı şekil şartını içeren kanuni düzenlemeye nazaran hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına öncelik vermiştir.

B. Hem Resmî Şekle Hem de İçerik İtibarıyla Kamu Düzenine Aykırılıkta

Yargıtay yeni tarihli başka bir kararında (kanun yararına bozma kararı) harici yapılan satış sözleşmesine rağmen alıcının bedeli ödediği ve malik gibi taşınmazı kullandığı; fakat satıcının tescile yanaşmadığı bir somut olayda, ilk derece mahkemesinin alıcının tescil talebini kabul etmesine karşılık bozma kararı vermiş ve kararda şekle aykırı olan satış sözleşmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı vasıtasıyla düzelmesinden hareket etmeyerek, sözleşmenin konusunun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir²⁴.

Karara göre Yargıtay, şekle aykırı yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin konusunun 6537 sayılı Kanun ile değişiklik yapılan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 4. maddesine aykırı olarak daha küçük paylara bölünerek satılmasını kabul etmemiş ve bir taşınmazın belli bir bölümünün ifrazı ile kayıt maliki dışında başka bir

²⁴ Yarg. 14. HD., E. 2020/721, K. 2020/2472, T. 2.3.2020 (13.06.2020 tarihli ve 31154 sayılı Resmi Gazete)

kişi adına kaydedilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir²⁵. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki ilgili hükümlerin kamu düzeninden sayıldığı bahisle, şekle aykırı yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin TMK 2 II ile hüküm ve sonuçlarını doğurması kabul edilmemiş ve kararda esasen öncelik, sözleşmenin konusunun kamu düzenine aykırı olmasına verilmiştir.

“Bir taşınmazın belli bir bölümünün ifrazı ile kayıt maliki dışında başka bir kişinin adına kaydedilmesi hususu kamu düzenine ilişkin olup, davanın kabulünün sonuca etkili olabilmesi için, davaya konu taşınmazın davacı tarafından talep edilen bölümünün ifrazının yasal olarak mümkün olması gerekir. Nitekim dava konusu taşınmazın daha küçük paya bölünerek satılması 5403 Sayılı Kanun'un 8. maddesine de aykırıdır”.

Bu sonuç, bir sonraki başlıkta ele alacağımız, başka bir önemli Yargıtay kararının incelenmesini gerektirir.

C. İçerik Bakımından Kamu Düzenine Aykırılıkta

Yargıtay'ın imar mevzuatına ilişkin kanun hükümlerinin kamu düzeninden sayılacağına yönelik yerleşik içtihadı bulunmaktadır²⁶. Konumuz bakımından özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2011 yılında verdiği kararın ayrıca ele alınması ihtiyacı vardır²⁷. Zira söz konusu kararda Yargıtay, imar mevzuatına ilişkin hükümlerin kamu düze-

²⁵ “...6537 sayılı Kanun ile değişik 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8'inci maddesine göre, "Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılamaz..." hükmüne yer verilmiştir.”

²⁶ Örnek kararlar için bkz. Yarg. 15. HD., E. 1998/4624, K. 1999/725, T. 1.3.1999; E. 1999/558, K. 1999/810, T. 8.3.1999; E. 2002/1621, K. 2002/3127, T. 10.6.2002 E. 2018/1465, K. 2018/4692, T. 26.11.2018 (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷ HGK., E. 2011/563, K. 2011/733, T. 07.12.2011 (Lexpera).

ninden olduğu gerekçesiyle, hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılmayacağına hükmetmiştir.

Karara konu olan olayda, davalıya bağımsız bölümün satışı sırasında, Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre ortak alan sayılan yerde (olayda otopark iniş merdiveni ve havalandırma boşluğu) onarım ve tesis yapılmasına yazılı muvafakatini bildiren davacı kat maliki, daha sonra bu yerlerle ilgili olarak el atmanın önlenmesi ile eski hale getirilmesini istemiş ve ilk derece mahkemesince dava kabul edilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay ilgili dairesi davacının daha önce muvafakat verdiği yerlere ilişkin bu yönde dava açmasının iyiniyet kuralıyla (esasında TMK 2 II) bağdaşmadığı gerekçesiyle bozma kararı verilmiş ve bunun üzerine somut olay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu, somut olaya konu olan ortak alanlara ilişkin mevzuata (İmar Kanunu, Otopark Yönetmeliği, Sığınak Yönetmeliği ve ayrıca Kat Mülkiyeti Kanunu'na) atıf yaparak, savaş ve tabii afet dönemlerinde toplumu yakından ilgilendiren bir yapı olan sığınakın bulunması gereken bir yapıda bulunmamasının, kamu düzenini ilgilendiren bir sorun olduğuna ve bu düzenlemelerin de kamu düzeninden sayılacağına karar vermiştir. Bununla birlikte somut olayda kamu düzenine aykırı yapılan hukuki işlemin (olayda muvafakatname) kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle geçersiz olacağı ve hükümlerini doğurmayacağı vurgulanmıştır. Ardından kamu düzenine aykırı olan bu işlemin geçersizliğine dayanmanın da hakkın kötüye kullanılmasına yol açmayacağı zira sözleşmede aksi belirtilmesine rağmen kamu düzenine aykırılığın giderilmesi için sözleşmenin tarafı olan kişi tarafından dava açılmasının da hakkın kötüye kullanılması sayılmayacağı, aksi halde hakkaniyete aykırı sonucun ortaya çıkacağı ve bu nedenle kamu düzenini sağlama amacının da gerçekleştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

“Yukarıda açıklanan mevzuat çerçevesinde belirli niteliğe haiz yapılarda bulunması zorunlu olan ve kamu düzenini ilgilendiren ortak yerler hakkında mevzuatın belirlediği sınırlamalar dışına çıkılarak ortak yerlerin kullanım amacını tamamen ortadan kaldırır şekilde muvafakatname alınması, kamu düzenini ilgilendiren bir durum olup; esasen kamu düzenine aykırı ve geçersiz olan bu sözleşme hükümleriyle muvafakat

veren de bağılı olmayacaktır. O halde, bu muvafakatnameyi veren kişinin sonradan bu sözleşmeye aykırı şekilde dava açması da, aynı nedenlerle hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemez”.

Böylece Yargıtay açıkça kamu düzeninden saydığı imar mevzuatına aykırı yapılan bir hukuki işlemin mevcut olduğu hallerde, bu işlemin geçersizliğine dayanmanın hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağı ve kamu düzenine aykırı olan işlemin de hüküm ve sonuçlarını doğuramayacağına karar vermiştir.

Oysa yukarıda açıkladığımız resmi şekil şartına aykırı yapılan taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde Yargıtay, resmi şekil şartını düzenleyen kanun hükümlerini kamu düzeninden sayılan emredici hükümler olarak kabul etmesine rağmen, sözleşmenin sonradan geçersizliğine dayanılmasını hakkın kötüye kullanımı saydığını tekrarlamak gerekir. Buna karşılık Yargıtay, imar mevzuatına yönelik düzenlemeleri de kamu düzeninden saymasına rağmen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile geçersizliğin öne sürülmesinin engellenemeyeceğine kararı vermiş ve içtihatlar arasında bu açıdan çelişki oluşmuştur²⁸.

O halde emredici hükümlerin niteliğinin ve buna aykırılık halinde meydana gelecek sonuçların ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

D. Görüşümüz

Borçlar hukuku anlamında bir geçerlilik şartı olarak kamu düzeni kavramının, öğretideki tartışmalar da dikkate alındığında, içeriğinin tartışmasız olarak belirlenmesi kolay değildir. Ancak emredici nitelikteki kanun hükümlerinin ihlal edilmesi halinde aynı zamanda kamu düzenine de aykırılık meydana geleceği kolayca tespit edilebilir. Zira kanunda

²⁸ Kararda, karşı oy yazılarında da bu çelişkiye dikkat çekilmiştir. “4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 2. maddesi hükmüne tamamen aykırılık teşkil eden, bilmeyerek ve belki de istemeyerek kamu düzenini koruma adına her hal ve koşul altında çıkarını gözetmeyi teşvik eden, aynı zamanda hukuk düzeninde telafisi imkânsız sorunlara sebebiyet verecek olan değerli çoğunluğunun görüşleri doğrultusunda oluşan ve bu güne kadar bir benzeri görülmemiş bulunan böyle bir karara katılmamın, yukarıda açıklanan nedenlerle mümkün olmadığını saygı ile arz ederim”.

uyulması gerekli hükümler, kamu yararı amacından bağımsız olarak düşünülemez. Dolayısıyla hem özel hukuk hem de kamu hukukunda yer alan emredici hükümlere aykırılık halinde aynı zamanda kamu düzeni de ihlal edilmiş olur. Ancak bazı emredici hükümlerin ihlalinde doğrudan kamu düzeninin korunması amaçlanmamıştır. Örneğin tüketici hukuku veya iş hukuku mevzuatında tüketiciyi veya işçiyi koruma amacıyla getirilmiş düzenlemelerin doğrudan kamu düzenini koruma amacından ziyade sosyal ve ekonomik anlamda eşit şartlar altında sözleşme yapmayan taraflar arasında sözleşme adaletinin ve hakkaniyetin sağlanması için taraflardan birinin (tüketici, işçi) menfaatini koruma amacı mevcuttur. Bunların tek taraflı emredici hükümler olarak nitelendirildiğini tekrarlamak gerekir. Emredici hükümlerin ihlali halinde kamu düzenine de aykırılık oluşacağından, tek taraflı emredici hükümlere aykırılıkta da kamu düzeni ihlal edilmiş sayılır. Ancak bu ihlal dolaylıdır. Zira bu tür hükümlerin temel amacı, sözleşme adaleti çerçevesinde öncelikle taraflardan birinin menfaatini korumaktır.

Oysa bazı emredici hükümler taraflardan birinin bireysel menfaatini koruma amacından ziyade doğrudan kamu düzenini koruma amacına sahiptir. Bu tür hükümlere daha çok kamu hukukunda rastlandığını belirtmek gerekir. İki taraflı emredici hüküm olarak da nitelendirilen bu hükümlerin düzenlenme amacı doğrudan kamu menfaatini/düzenini korumaktır²⁹. Dolayısıyla bu tür emredici hükümlerin ihlali halinde doğrudan kamu düzenine aykırılık meydana gelir. Kanun hükümlerinde kamu düzeninin korunma amacına yönelik böyle bir ayırım yapılmadığı takdirde yukarıda bahsi geçen kararlarda dayanılan hukuki gerekçelerde olduğu gibi ortaya çelişkiler çıkacaktır.

Bu çerçevede doğrudan kamu düzenini koruma amacı olan iki taraflı emredici hükümlerle, dolaylı olarak kamu düzenini koruma amacı olan tek taraflı emredici düzenlemelere aykırılığın kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçlarından kurtulup kurtulamayacağı üzerinde de durmak gerekir.

²⁹ Bkz. yukarıda dn. 8.

Amacı doğrudan bireysel menfaati korumak olan tek taraflı emredici hükümlere aykırılık halinde ortada yine kesin hükümsüz bir hukuki işlem bulunur. Fakat burada hükmün amacı doğrultusunda kesin hükümsüzlük yaptırımının hukuki sonuçlarının daraltılabilmesi mümkündür. 1988 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin şekil şartını kamu düzeninden saymasına rağmen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile geçersizliğe dayanılmasının engellenebileceği yönünde hüküm kurmuştur. Oysa taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelere yönelik resmi şekil şartı doğrudan kamu düzeninin koruma amacıyla değil, taşınmazın malikini koruma amacıyla getirilmiştir³⁰. Zira bireysel menfaati korumayı hedefleyen şekil hükmünde amaç (örneğin TBK 583'te yer alan kefalet sözleşmesine ilişkin şekil şartı); menfaati korunan tarafı acele karar vermektен alıkoyarak; altına girebileceği yükümlülük hususunda onu uyarmaktır³¹. Burada da resmi şekil şartı ile getirilen koruma, malikin mülkiyet hakkına yöneliktir. Dolayısıyla şekil şartını düzenleyen bu hükümler de tek taraflı emredici hükümlerdir. Bu nedenle şekil şartına aykırı davranıldığında doğrudan kamu düzeni ihlal edilmiş olmaz. Sadece malikin bireysel menfaati zedelenir. Bu doğrultuda eğer malik de kanun hükmünün getirdiği bu korumadan vazgeçerse (örneğin tescil gerçekleştirilmeksizin anahtarın teslimi ile) kesin hükümsüzlüğün sonuçları, TMK 1 II'de dayanağını bulan amaca uygun sınırlama (teleolojik reduksiyon) yöntemi ile daraltılarak malikin sonradan geçersizliğe dayanması engellenebilir. Bu bakımdan her iki tarafın da (ya da taraflardan birinin gerçekleştirdiği ifayı diğerinin çekincesiz kabul etmesi veya kendi edimini kısmen ifa etmesi halinde) geçersiz bir sözleşmeye rağmen bilerek ve isteyerek ifayı yerine getirmeleri halinde hükmün amacına uygun olarak, geçersiz sözleşme ifa ile sağlık kazanır ve taraflar ifa sonucunda baştan itibaren geçerli bir sözleşme varmış gibi sorumlu

³⁰ **Karl Spiro**, Die Bedeutung der Beurkundung des Preises bei Grundstückkauf, Eine zivilistische Studie, Basel 1964, 13 vd., 16.

³¹ **Giritlioğlu**, s. 150.

olurlar. Bu takdirde tali olarak başvurulması gereken TMK 2 II hükmünün uygulanmasına da ihtiyaç bulunmaz³².

Doğrudan kamu düzenini koruma amacı güden iki taraflı emredici hükümlere aykırılık halindeyse kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının bu şekilde daraltılması imkânı bulunmamaktadır³³. Zira bu hükümlerin amacı taraflardan birinin menfaatini değil doğrudan kamu menfaatini korumaya yöneliktir. İşte Yargıtay'ın da imar mevzuatı bakımından verdiği kararlar çerçevesinde bu kanun hükümlerinin kamu düzeninden sayılması sonucunda, meydana gelen kesin hükümsüzlüğün sonuçlarını doğurması engellenemez. Bu durumda ne ortada amaca uygun sınırlama yapılabilecek bir örtülü boşluk bulunur ne de hakkın kötüye kullanılması yasağı, kamu düzeni korumasının önüne geçebilir. Nitekim amaca uygun sınırlama yöntemi ile boşlukların doldurulmasının sınırlarından biri de doğrudan kamu düzeninin korunduğu hallerdir.

Emredici hükümlerin amacı doğrultusunda yapılan bu ayırım dikkate alınır, Yargıtay'ın geçerlilik şartlarına aykırı yapılan hukuki işlemler hakkında doğacak hukuki sonuçlar bakımından kararlarında dayandığı hukuki gerekçelerdeki çelişki de son bulur. Yukarıda incelenen kararlar

³² Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Akbulut**, 294 vd.; **Nomer/Akbulut**, N. 176 vd.

³³ *Karş. Heinz Hausheer, Regina E. Aebi-Müller*, BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Band/Nr. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 2, N. 290. Yazarlar, bir hukuki işlemin şekle aykırı yapıldığının ileri sürülmesinin, kural olarak doğrudan hakkın kötüye kullanımı yasağı çerçevesinde ele alınmayacağını ve özellikle şekil şartını düzenleyen kanun hükmünün amacının kamu menfaatini koruma amacı güttüğü hallerde, geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmeyeceğini belirtmektedirler.

Doğrudan kamu düzenini koruma amacı güden iki taraflı emredici hükümlere aykırılık halinde her ne kadar kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının hakkın kötüye kullanılması veya amaca uygun sınırlama ile daraltılması imkânı bulunmamaktaysa da, hâkim tarafından somut olayda hem sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan olumsuz zarara ilişkin hem de haksız fiilden dolayı talep edilecek tazminattan indirim yapılmasına veya tazminatın tamamen kaldırılmasına hükmedilebilir (TMK 52 I). TMK 52 I'de vücut bulan bu hüküm ise esasen TMK 2'nin özel bir halidir. Dolayısıyla TMK 2 hükmü burada hükmedilecek tazminatın miktarı bakımından rol oynayabilir. Bu konuda bkz. **Haluk N. Nomer**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 86 vd.

çerçevesinde taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekle tabi olmasını düzenleyen hüküm (TMK 706 I, TBK 237 I) doğrudan maliki koruma amacı güden tek taraflı emredici hüküm olarak kabul edildiği takdirde, hâkim hükümde yer alan örtülü boşluğu amaca uygun sınırlayarak, malik tarafından bilerek ve isteyerek yapılan ifa ile hükmün amacının gerçekleştiği gerekçesiyle sonradan kesin hükümsüzlüğe dayanılmasını engelleyebilir. Oysa imar mevzuatına yönelik hükümler doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlayan iki taraflı emredici hükümlerden kabul edildiği takdirde artık hâkimin amaca uygun sınırlama –veya hakkın kötüye kullanılması yasağı- ile geçersizliğe dayanılmasını engellemesi söz konusu olmaz. Bu tür hukuki işlemler, belirtilen sınırlama veya engelleme takılmaksızın kamu düzenine aykırılık nedeniyle baştan kesin hükümsüz olup, hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Geçersizlik her zaman ileri sürülebilir ve hâkim de bunu re’sen dikkate alır.

SONUÇ

Kamu düzeni kavramının tanımı ve özellikleri hakkında birden fazla görüş bulunması sebebiyle kamu düzeninden sayılan kanuni düzenlemelere aykırı yapılan hukuki işlemlerin sonuçları hakkında farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Borçlar hukuku alanında, bir hukuki işlem kamu düzenine aykırı ise, kesin hükümsüzdür (TBK 27 I). Kamu düzenine aykırı yapılan hukuki işlemin mevcut olduğu hallerde, hakkın kötüye kullanılması (TMK 2 II) vasıtasıyla veya hâkimin hukuk yaratmak suretiyle (TMK 1 II) ilgili hükmü amaca uygun sınırlamasıyla (teleolojik reduksiyon), kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçlarının doğması engellenemez.

Ancak Yargıtay uygulamalarında her ne kadar kamu düzenine aykırı olan hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olacağı kabul edilse de, dayatılan hukuki gerekçelerde çeşitli çelişkiler bulunmaktadır. Yargıtay, 1988 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekle tabi olmasını, doğrudan kamu düzeninden saymış, ardından kararda hakkın kötüye kullanılması yasağı vasıtası (TMK 2 II) ile sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesine engel olunabileceğine hükmetmiştir. Buna karşılık Yargıtay’ın yerleşmiş içti-

hatlarına göre imar mevzuatına ilişkin hükümler kamu düzenini korumayı amaçladığından, buna aykırı olan hukuki işlemlerin hakkın kötüye kullanılması yasağıyla geçersizlikten kurtulamayacağı yönünde hüküm kurulmuştur.

Uygulamadaki bu çelişkili gerekçelerin önüne geçebilmek için kamu düzenini koruma amacı güden hükümler bakımından şöyle bir ayırım yapılmalıdır: Emredici hükümler tek taraflı ve iki taraflı emredici hüküm olarak ikiye ayrılır. Doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlayan hükümler, iki taraflı emredici hüküm, taraflardan birinin menfaatini korumayı amaçlayan hükümler tek taraflı emredici hüküm olarak adlandırılır. İki taraflı emredici hükümler, hükmün yorumu sonucunda doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlarken, tek taraflı emredici hükümler bakımından bu amaç dolaylıdır. Amacı doğrudan bireysel menfaati korumak olan tek taraflı emredici hükümlere aykırılık halinde de kesin hükümsüz bir hukuki işlem bulunur. Fakat burada hükmün amacı doğrultusunda kesin hükümsüzlük yaptırımının hukuki sonuçlarının daraltılabilmesi mümkündür. Oysa doğrudan kamu düzenini korumayı amaçlayan iki taraflı emredici hükümlere aykırılık halinde kesin hükümsüzlüğün sonuçları daraltılamaz ve işlemin geçersizliği engellenemez. Bu çerçevede taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekle tabi tutulması, esasında maliki korumayı amaçlar. Dolayısıyla bu hükümler tek taraflı emredici hüküm niteliğinde olduğundan, hukuki işlem kesin hükümsüz olsa da, hükmün amacı doğrultusunda kesin hükümsüzlüğün sonuçları daraltılabilir. Oysa imar mevzuatına ilişkin hükümlerin amacı doğrudan kamu düzenindedir. Bu düzenlemelere aykırı yapılan hukuki işlemler kesin hükümsüz olup, kesin hükümsüzlüğün sonuçlarını doğurması, hakkın kötüye kullanılması veya örtülü boşluğun amaca uygun sınırlanması vasıtasıyla engellenememesi gerekir.