

ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KEFALET KARARI:

GELİR VE VARLIKTAN YOKSUN AİLE MENSUPLARININ KEFİL OLDUĞU SÖZLEŞMELERİN İÇERİK DENETİMİ ÜZE- RİNE^{1*}

Çev. / Übersetzt von
Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN^{2**}

Özel Hukuk Mahkemeleri yargılama görevini ifa ederken, özellikle BGB'nin 138. ve 242. maddeleri gibi genel hüküm niteliği taşıyan normları somutlaştırırken ve uygularken, Anayasanın 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan irade özerkliği ilkesini dikkate almalıdırlar. Bu sebeple mahkemeler, bir tarafa alışılmışın dışında ağır bir yük yükleyen ve yapısal olarak eşit olmayan bir müzakere süreci sonucunda ortaya çıkan sözleşmelerin içeriğini denetlemekle yükümlüdür.

A.

Anayasa şikâyetlerinin konusu, hukuk mahkemelerinin, kredi kullananın ailesine mensup olup, gelir ve varlığı olmayan kişilerle bankalar arasında akdedilen ve bu kişilerin önemli derecede mesuliyet riski altına girmeleri sonucunu doğuran kefalet sözleşmelerini, hangi derecede, anayasal açıdan içerik denetimine tabi tutmaları gerektiği sorusudur.

* BverfGE 89, 214. Federal Anayasa Mahkemesinin 19 Ekim 1993 tarihli kararı - 1 BvR 567/89 ve diğerleri. Bu çeviri aynı zamanda "Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi" isimli derleme kitapta yayınlanacaktır.

** Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-3808-5332.

I.

1. Bankalar ile yapılan sözleşmeler, özel olarak düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla uygulanacak olan mevzuat, BGB'nin sözleşmelere dair hükümleri ve bankaların hizmet şartlarını neredeyse tamamıyla ve yeknesak halde düzenledikleri genel işlem koşulları olacaktır. Kredi sözleşmeleri çerçevesinde bankalar, benzer nitelikte olan ve önceden hazırlanmış (genel işlem koşulları içeren) sözleşmeler kullanmaktadır.

Kredi müesseseleri birliklerinin üyesi olduğu merkezi bir kredi komisyonu, bu çerçevede koordinasyon görevini ifa etmektedir. Kredi müesseselerinin teminat uygulamasına bakıldığında, tüketici kredileri ve orta ölçekli işletmelere sunulan kredilerde kefalet sözleşmelerinin, aile fertleri ile akdedildiğini görmek mümkündür. Bu fertlerin gelir ve varlık durumları ise, çoğu kez incelemeye tabi tutulmamaktadır. Bu sözleşmelerin tek amacı, hacze tabi tutulabilecek muhtemel malvarlığının çoğaltılması değil, aynı zamanda mal kaçırmaların önüne geçmek ve kredi kullananları, aile fertlerinin sorumluluk çemberine dâhil edilmesi suretiyle daha özenli davranmaya teşvik etmektir (Alman Bankaları Federal Derneğinin açıklamaları).

2. Son on yıldır özel hukuk mahkemelerine intikal eden ihtilaflara bakıldığında, çok düşük gelirleri olmasına rağmen ebeveynleri ya da eşlerinin kullanılan yüksek miktarda krediler için kefil olmalarından dolayı çıkış yolu olmayan bir yoksulluğa düşen genç yetişkinlerin sayısının arttığı gözlemlenmektedir.

a) Alt merci mahkemeleri söz konusu uygulamayı öncelikle kapsamlı bir içerik denetimine tabi tutmuştur. İlk olarak BGB § 138 incelenmiştir. Düsseldorf (ZIP 1984, 166), Frankfurt (ZIP 1984, 1465) ve Köln (ZIP 1987, 363) Eyalet Yüksek Mahkemeleri ile Hamburg Eyalet Mahkemesi (WM 1985, 1465), iş hayatında tecrübesi olmayan eş ve diğer aile fertlerinin, gelir ve varlıktan yoksul duruma düşecekleri öngörülebilir olmasına rağmen (kefalet sözleşmesinden doğan yükümlülükler açısından) mesuliyet kapsamına dâhil edilmelerinin ahlaka aykırı (*sittenwidrig*) olacağına hükmetmiştir. Lübeck Eyalet Mahkemesi (NJW 1987, 959) ise borçlunun başlangıçtan itibaren ve öngörülebilir şekilde aylık gelirinin haczi kabil olmayan miktarını aşan her türlü yükümlülüğün, ahlaka aykırı olacağına hükmetmiştir. Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi (NJW 1988, 833) ise BGB § 310 hükmünü esas almıştır. Söz konusu hüküm, lafzından öte, bi-

reyi “*feragat edilemeyen bir insan hakkı olan mutluluk yolunda çaba sarfedebilme ve ümit edebilme*” hakkını korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, sorumluluk altına girenin bir daha içinden çıkamayacağı bir borç batağına saplanacağından alacaklı açısından aşikâr olduğu bir sözleşmeden doğan bu tür bir yükümlülüğün hükümsüz olduğu kabul edilmiştir.

Diğer Yüksek Eyalet Mahkemeleri ise, sözleşme arefesinde sözleşme taraflarına, diğer tarafı aydınlatma ve karşı tarafın menfaatlerine özen gösterme yükümlülüğü getiren BGB § 242 hükmüne dayanmaktadır (söz konusu içtihatlar için krş. Canaris, Bankvertragsrecht, 3. bası, birinci cilt, kn. 100 vd.; Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 242 kn. 217). Celle (WM 1988, 1436 [1438]) ve Hamm (NJW-RR 1993, 113) Eyalet Yüksek Mahkemeleri, sorumluluk altına giren aile fertlerine karşı açılan davaları, davacı bankaların yanlış anlamaları gerekli şekilde ortadan kaldırmadıkları, bilgilendirme yükümlülüklerini ihlal ettikleri ve dolayısıyla tazminat yükümlülüğü altına girdikleri gerekçeleri ile reddetmiştir.

b) Alt derece mahkemelerinin içerik denetimine ilişkin kararları, Federal Adalet Divanının IX. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur (BGHZ 106, 269; 107, 92; ZIP 1989, 629 vd.; NJW 1991, 2015 vd. ve BB 1992, 387 vd.). III. Hukuk Daire de bu görüşe katılmıştır (ZIP 1989, 487 vd.). Mahkeme, kefalet sözleşmelerinin kefil borç batağına sürüklenme ihtimali sebebiyle ahlaka aykırı olmadığını belirtmiştir. Fiil ehliyetine sahip olan her kişi için sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü, ancak en uygun şartlar altında ifası mümkün olan bir borcun üstlenilmesini kapsar. Kefilin ticari alanda tecrübesiz olması, kredi müesseselerine özel bir bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü yüklenmesini gerekli kılmaz. Kural olarak reşit kişi, özel bir uyarı olmadan da, kefalet bildiriminde bulunmanın riskli bir işlem olduğunu bilebilecek durumdadır. Dolayısıyla banka, kefalet yükümlülüğü altına giren bir kişinin, davranışının sonuçlarını ve riskini kendi kendine göreceği ve kendi sorumluluğu çerçevesinde idrak edecek nitelikte olduğuna güvenebilir. Farklı bir değerlendirme ancak, bankanın kendi fiilinden dolayı ve öngörülebilir şekilde kefilin sorumluluk riskini arttıracak bir yanlış anlaşılmaya sebebiyet verdiği durumlarda söz konusu olabilecektir.

Söz konusu bu içtihat, doktrinde kısmen çekinceli şekilde benimsenmiştir (Medicus, ZIP 1989, 817 vd.; Rehbein, JR 1989, 468 vd. ; muhtemelen aynı doğrultuda H. P. Westermann, JZ 1989, 746 vd.; anılanların

hepsi de, Federal Adalet Divanının katı ifadelerinin, somut olayda değerlendirme zorunluluğunu ortadan kaldırmadığına işaret etmektedirler). Ancak söz konusu içtihat doktrinindeki çoğunluk tarafından reddedilmiştir (Derleder, in: Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 1990, 121 vd.; Grün, NJW 1991, 925 vd.; H. Honsell, JZ 1989, 495 vd.; Reifner, ZIP 1990, 427 vd.; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1989, 613 vd.; Tiedtke, ZIP 1990, 413 vd.). Bazı alt derece mahkemeleri de bu içtihada direnmiştir (Osnabrück Eyalet Mahkemesi, NJW-RR 1990, 306; Münster Eyalet Mahkemesi, NJW 1990, 1668). Yapılan temel eleştiri, Federal Adalet Divanının içerik denetimi görevini çok katı ve ayırım yapmadan ifa ettiği ve bu sebeple Anayasa'da mevcut olan temel değer yargılarını gözden kaçırdığı yönündedir.

c) Federal Adalet Divanının Banka Hukukundan kaynaklanan ihtilaflara bakan XI. Hukuk Dairesi bu içtihadını geliştirmiştir (BGH, NJW 1991, 923 ve ZIP 1993, 26). İlgili daire, Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfGE 81, 242) içtihadını esas alarak, hâkimin, taraflar arasındaki eşitliğin bozulduğu durumlarda kefalet sözleşmelerini, BGB'nin genel hükümleri vesilesiyle içerik denetimine tabi tutmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Eşlerin ya da ebeveynlerin bankalara olan yüksek miktarda borçlarından müteselsilen sorumlu olmaları, bazı şartlar altında ahlaka aykırı olarak değerlendirilebilmektedir.

II.

1. 1 BvR 567/89 numaralı dosya

a) Başvurucunun babası öncelikle emlakçı olarak faaliyet göstermiş; bu çerçevede konut inşa edip satmıştır. 1982 yılında Stadtparkasse C. bankasından, kredi limitinin 50.000 DM'tan 100.000 DM'a çıkartılmasını talep etmiştir. Stadtparkasse'nin teminat talebi üzerine o zaman 21 yaşında olan başvuru, 29 Kasım 1982 tarihinde önceden hazırlanmış ve 100.000 DM'lık azami miktarın ve yan masrafların öngörüldüğü kefalet sözleşmesini imzalamıştır. Bu sözleşmede şu hükümlere yer verilmiştir:

"(1) Kefalet, Sparkasse'nin asıl borçluluyla olan ticari ilişkisinden doğan bütün mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak, şartlı ya da mutlak alacaklarını kapsar.

...

(3) Kefil, alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurma def'inden feragat etmektedir. Kefil, iptal edilebilirlik, mahsup ve asıl borcun zamanlaşımına uğraması def'ilerinden feragat etmiştir. Kefil, diğer rehlinin paraya çevrilme tarz ya da zamanından dolayı herhangi bir hak talebinde bulunamaz. Sparkasse, kefile başvurmadan önce diğer teminatlara başvurmakla yükümlü değildir.

..."

Bunun üzerine kredi limitinin yükseltilmesi talebi onaylanmıştır. Başvurucuna babasının kredi hesabı üzerinde imza yetkisi tanınmıştır. Ancak kendisinin herhangi bir malvarlığı yoktu. Herhangi bir mesleki eğitimi olmayan başvuru, genellikle işsizdi ve kefalet sözleşmesini akdettiği an, bir balık fabrikasında aylık 1.150 DM'a (net) çalışmaktadır.

1984 yılının Ekim ayında baba, emlak işini bırakıp, gemicilik işine başlamıştır. Stadtparkasse, 1,3 Milyon DM değerinde bir geminin alımını finanse etmiştir. Banka 1986 yılının Aralık ayında (2,4 milyon DM değerinde) açık olan kredileri feshedip başvuru, kefaletten dolayı sorumlu tutulacağını bildirmiştir.

b) Başvuru öncelikle, kefaletin geçersiz olduğunun tespit edilmesi için dava açmıştır. Stadtparkasse'nin 100.000 DM ve faizlerin ödenmesine dair alacak davası açması üzerine taraflar, tespit davasından vazgeçtiklerini beyan etmişlerdir. Eyalet Mahkemesi karşı davaya haklı bulunmuştur.

Eyalet Yüksek Mahkemesi ise, Eyalet Mahkemesinin kararını değiştirmiş ve karşı davayı reddetmiştir (WM 1988, 1436, 1438). Stadtparkasse, sözleşme görüşmeleri esnasında bilgilendirme yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal etmesinden dolayı kefil, kefaletten serbest bırakmakla yükümlüdür. Gerçi alacaklı, kural olarak kefil, üstlendiği risk hakkında bilgilendirmekle yükümlü değildir. Ancak bu kuralın istisnası, alacaklının fiiliyle kefilde hatalı bir düşüncenin oluşmasına sebebiyet vermiş olması durumudur. Ticari işlerle pek alakası olmadığı aşikâr olan kefile karşı finans kurumunun kefaletten doğan sorumluluğu değersizleştirilmesi ve bu şekilde kefilin iradesini etkilemesi de, buna eş tutulacak bir durum teşkil etmektedir. Mevcut olayda böyle bir durum söz konusudur. Toplanan deliller çerçevesinde banka temsilcisinin, kefalet sözleşmesinin imzalanması esnasında şu ifadeleri kullandığı tartışmasızdır: *“Buyrun lütfen, imzalayın, bunu yaparken büyük çapta bir sorumluluğunuz söz konusu değildir; bunlar*

sadece formalitedir". Böylece temsilci, gerçek riski "güzelleştirmiş" ve itibarsızlaştırmıştır. Başvurucunun gerçekçi bir yaklaşım karşısında bu riski kabul edeceğini söylemek, kabul edilemez.

Federal Adalet Divanı ise, Eyalet Yüksek Mahkemesinin kararını bozup, başvurucunun Eyalet Mahkemesi kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunu reddetmiştir (ZIP 1989, 629 vd.): Kefalet, tek tarafa borç yükleyen bir hukuki işlem olmakla beraber, bu çerçevede alacaklının bilgilendirme ya da kefilin bilgi ve becerisi hakkında bilgi edinme yükümü söz konusu değildir. 18 yaşının üstünde ve dolayısıyla kanunen reşit olan kişi, ticari hayatta tecrübesi olmasa da, genel itibariyle kefalet bildirimının büyük bir risk içerdiğini bilir. Kefilin, mesul olmayacağına dair beklentisi işlem temeli olarak kabul edilemez. Sparkasse temsilcisinin bu beklentiyi etkileyecek mahiyette herhangi bir davranışı söz konusu değildir. Kefalet beyanında bulunduğu an esas borçlunun ödeme kabiliyetinin iyi olmasından dolayı banka çalışanının verdiği bilgi isabetlidir. Babasının işlerinin gelişimini ve bununla bağlantılı olan kendi sorumluluk riskini başvuru kendisi gözlemlemekle yükümlüdür. Kefalet belgesinde kefaletin feshi imkânına açıkça yer verilmiştir.

c) Başvurucu, Anayasa'nın 1. maddesinin birinci fıkrası ve bununla bağlantılı olarak 2. maddesinin birinci fıkrasına dayanan temel hak ve özgürlüklerinin ve bununla bağlantılı olarak sosyal devlet ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Eyalet Mahkemesi ve Federal Adalet Divanı, söz konusu temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerin devlete getirdiği koruma ve destek yükümlülüklerini ihlal etmişlerdir.

[...] Kefalet bedelinin 100.000 DM ve yıllık faiz oranının % 8.5 olduğu dikkate alındığında faiz bedeli yıllık 8.500 DM, aylık ise 708 DM olacaktır. Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 850c hükmü doğrultusunda (tercüme edenin notu: § 850c ZPO, maaşın hacze tabi tutulabilecek kısmını belirlemektedir) sadece faiz borcunu ifa edebilmek için şikâyetçinin an itibariyle aylık 1.800 DM net kazanç elde etmesi gerekmektedir. Ancak bu miktarda bir gelir hiçbir zaman elde etmemiştir. Kefalet beyanında bulunduğu an hacze tabi olan geliri 413,70 DM idi. 1991 yılının Ekim ayından beri tek oğlunu yalnız başına büyüten anne, geçimini sosyal yardım ve çocuk parası ile temin etmektedir. Ocak 1992 tarihine kadar toplam borç 16.000 DM'a ulaşmıştır. Başvurucunun bu borcu hayatı boyunca ifa edebilmesi imkân dâhilinde gözükmemektedir.

2. 1 BvR 1044/89 numaralı dosya:

a) Başvurucu, 1979 yılında davacı bankaya karşı, bankanın kocasına verdiği 30.000 DM değerinde “*sigorta kredisi*” için kefil olduğunu bildirmiştir. Kefalet beyanı esnasında başvurucunun herhangi bir geliri ya da malvarlığı yoktur. Ev kadını olarak 1971 ve 1978 senesinde doğmuş olan iki çocuğuna bakmaktadır. Kocasını kredi faizlerini ödeyemediğinde banka, 1988 yılında kredi sözleşmesini feshetmiştir. Bu sürede borç, 32.140,31 DM’ye ulaşmıştır. Hayat sigortasının değeri mahsup edildikten sonra toplam 16.247,02 DM tutarında bir borç kalmıştır. Banka, bu bedel üzerinden başvurucuya karşı dava açmıştır.

b) Eyalet Mahkemesi, davacıyı, başvuruya konu olan kararı ile haklı bulmuştur: Kefalet sözleşmesinin geçerliliğine dair herhangi bir şüphe söz konusu değildir. BGB § 310 bu bağlamda uygulama alanı bulmaz. Zira, gelecekte doğacak olan alacaklar, ifa edilebilirliği ve miktarı belli olmasa da, gelecekteki malvarlığının devri anlamına gelmemektedir. Kefalet sözleşmesi BGB § 138 bağlamında da geçersiz değildir. Kefalet beyanında bulunduğu esnada başvurucunun, kredi borcunun tamamını ödenmeden bir işe başlaması ya da başka bir şekilde gelir elde etmesi imkân dâhilindeydi. İşsiz kalması durumunda kocası, çocukların bakımı ve ev işlerinin yapılması görevini üstlenebilirdi. Ancak kişinin daimi olarak çalışmayacak durumda olması bile, kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırı olmasına sebebiyet vermez. Bankanın bilgilendirme yükümlülüğünü ihlale yönelik kusurlu davranışına dair herhangi bir delil sunulmamıştır.

Başvurucunun temyiz başvurusunu Eyalet Yüksek Mahkemesi de, Eyalet Mahkemesi’nin sunduğu sebeplerle reddetmiştir.

c) Başvurucu, Anayasa’nın 1. ve 2. maddelerinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. İki küçük çocuğun bakımıyla ilgilenen bir annenin yakın zamanda çalışmaya başlayamayacağı banka açısından bilinebilir bir gerçektir. Şu an kendisinden beklenebilecek şekilde bir işte çalışması halinde dahi kefaletten kaynaklanan borcunu ödeyebilecek bir durumda asla değildir. Bilakis borç, devamlı ödeme yapmasına rağmen artacaktır. Bu şekilde geleceğe dair her türlü ümidin yıkılması, Anayasa’ya aykırılık iddiasının temel dayanağını teşkil etmektedir.

[...]

B.

Başvuruları, usul açısından büyük bir kısmı ile kabul edilebilir niteliktedirler. Ancak birinci başvurucunun Eyalet Mahkemesi kararına karşı

yaptığı başvuru, hukuki yarar eksikliğinden dolayı reddedilmiştir. Eyalet Mahkemesi başvurucunun kefalet bedelini ödemesine hükmetmiş, söz konusu hüküm başvurucu lehine Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Her ne kadar Federal Adalet Divanı, bankanın başvurusu üzerine Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararını bozup Eyalet Mahkemesi'nin kararını onamışsa da, Federal Adalet Divanının verdiği kararın sonuçlarını ortadan kaldırmak için başvuruları yeterlidir^{***}. Oysa hukuki yarar, ancak davanın Eyalet Mahkemesine iade edilebilmesi durumunda söz konusu olabilirdi. Fakat bu mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, Federal Adalet Divanının başvuru konusu kararını incelemelidir. Federal Adalet Divanının kararı bozulduğu takdirde Eyalet Yüksek Mahkemesinin kararı yeniden geçerli olacaktır. Ancak bu karar başvurucunun haklarını ihlal etmediği için, davanın Eyalet Mahkemesine iade edilmesine gerek kalmamaktadır.

C.

Birinci başvurucunun usul yönünden kabul edilebilir anayasa şikâyeti, esas açısından da kabul edilmiştir. Ancak ikinci başvurucunun anayasa şikâyeti esas yönünden kabul edilemez.

I.

Her iki anayasa şikâyeti de, hukuk yargılaması çerçevesinde verilmiş ödeme hükümlerine karşı yapılmıştır. Anayasa şikâyetlerinin konusu, mahkeme kararlarının temelini teşkil eden normatif dayanaklar değildir; BGB'nin hükümlerine dair herhangi bir şikâyet söz konusu değildir. Başvurucuların itiraz konusu, medeni yargıya borç sözleşmelerinin içeriğini denetleme yetkisi veren genel hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasıdır. Bu hükümler özellikle BGB § 138 ve 242 hükümleridir. Zira bu genel hükümler uygulanırken anayasal bir hak olan irade özerkliği ve yine aynı nitelikte olan kişilik hakkı dikkate alınmalıdır. Ancak anayasa şikâyetine konu olan süreçte ilgili mahkemeler, bu hususu gözden kaçırmışlardır. Bu gerekçe, temel hak ve özgürlüklerin, özel hukukun genel normlarının somutlaştırılması çerçevesinde taşıdığı önemi isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır.

^{***} *Çevirenin* notu: Başvurucunun aynı zamanda Federal Adalet Divanının ve Eyalet Mahkemesinin verdiği karara karşı bireysel başvurusunda bulunması durumunda Eyalet Mahkemesinin kararına karşı yapılan başvuru, hukuki yarar eksikliğinden dolayı reddedilmiştir.

Anayasa, temel hak ve özgürlükler kısmında, bütün hukuk düzenini ilgilendiren anayasal temel değer yargılarını içermektedir. Bu temel değer yargıları, diğer alanlarda doğrudan uygulama alanı bulacak olan normlar üzerinden etkisini göstermekte ve özellikle medeni hukukun genel hükümlerinin yorumlanması bağlamında önem taşımaktadır (krş. BVerfGE 7, 198 [205 vd.]; 42, 143 [148]). BGB § 138 ve 242 hükümleri, genel olarak ahlak kurallarına, örf ve âdete ve dürüstlük kuralına atıfta bulunarak, mahkemelere, öncelikle Anayasa'nın ilkesel kararlarının belirleyici olduğu değer yargılarının kıstas alınarak, genel hükümleri somutlaştırma görevinin ifa edilmesi görevini yüklemektedir. Dolayısıyla hukuk mahkemeleri, genel hükümleri yorumlayıp uygularken, temel hak ve özgürlükleri, bir “*yönerge*” niteliğinde dikkate almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük bizzat anayasal niteliktedir. Bu hususu dikkate almayan ve dolayısıyla bir taraf aleyhine hüküm veren mahkemeler, bu tarafın temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmiş olurlar (krş. BVerfGE 7, 198 [206 f.]; Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihat).

Bu demek değildir ki Anayasa Mahkemesi, temel olarak Anayasa'nın altındaki hukuk normlarının yorumlanmasını ve uygulanmasını denetleyecektir. Bilakis Anayasa Mahkemesinin görevi, mahkemelerin temel hak ve özgürlüklere dair norm ve kıstasları dikkate almasını sağlamaktır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, kesinleşmiş bir özel hukuk yargı kararına, birbiriyle çatışan iki temel hak ve özgürlüğün birbiri karşısındaki konumu ile ilgili olarak kendisi farklı bir anlayış sergilemiş ve dolayısıyla farklı bir sonuca ulaşmış olsa da, karşı çıkmayacaktır. Anayasa Mahkemesi tarafından düzeltilmesi gereken bir Anayasa ihlalden söz edebilmek için, ilgili kararın yorum hatası içermesi gerekir. Bu yorum hatası, temel hak ve özgürlüğün temel olarak yanlış anlaşılması, özellikle koruma alanının yanlış yorumlanmasına dayanmalıdır. Ayrıca söz konusu hata, somut olayın değerlendirilmesi açısından belirli bir öneme sahip olmalıdır (BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149]; yerleşik içtihat). Bu değerlendirmeler doğrultusunda birinci başvurucunun anayasa şikâyeti çerçevesinde Federal Adalet Divanının kararı, onanacak nitelikte değildir (II). Diğer taraftan ikinci başvurucunun anayasa şikâyeti çerçevesinde, medeni yargının şikâyete konu olan kararlarında temel hak ve özgürlüklerin önemini kural olarak yanlış anladıklarına dair bir bulgu mevcut değildir (III).

II.

1. Federal Adalet Divanının değerlendirmesine konu olan kefalet sözleşmesi, gündelik kredi teminatlarından farklıydı. Birinci başvurucu, teminat altına alınan kredide kendine ait iktisadi bir menfaati olmamasına rağmen, alışılmadık derecede yüksek bir risk altına girmiştir. BGB'nin öngördüğü ve emredici nitelikte olmayan hemen hemen bütün koruyucu hükümlerden feragat eden başvurucu, babasının işletme riski için kefil olmuş, bu kefaletin kapsamı ise, kendi ekonomik imkânlarını çokça aşmakta idi. Mesuliyet durumunda başvurusunun muhtemelen hayatının sonuna kadar üstlendiği borçtan kurtulamayacağı gerçeği, daha başlangıçta öngörülebilir niteliktedir ve üstelik bu durum aynı zamanda kredi kuruluşu açısından da tespit edilmesi kolay bir husus olarak gözükmektedir. Bu durum, sözleşmenin akdedilmesinin şartları ve sebepleri üzerinde yoğunlaşılmasını gerektirmektedir; ki tarafların savunmaları da bu hususa yoğunlaşmıştır. Başvurucu, alt mercilerde Stadsparkasse'nin sözleşme arefesinde karşı tarafın menfaatlerine özen gösterme yükümünü ihlal ettiğini ve kendisinin ticari alandaki tecrübesizliğinden istifade ederek kendi menfaatini korumaya yönelmiş hükümleri kabul ettirdiğini belirtmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, sonuç itibarıyla bu savunmayı kabul etmiştir. Buna nazaran Federal Adalet Divanı, kefalet sözleşmesini içerik denetimine tabi tutmak için herhangi bir sebep görmemiştir. Federal Adalet Divanı, tarafların söz konusu sözleşmenin akdedilmesi ve içeriği hususunda ne derece hür iradeleri ile hareket edebildikleri sorusu üzerinde durmamıştır. Bu durum, Anayasa tarafından garanti altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesinin yeterince dikate alınmadığını ortaya koymaktadır.

2. a) Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihat uyarınca, kişinin hukuki ilişkilerini kendi iradesi doğrultusunda düzenlemesi, genel hareket serbestisinin bir parçasıdır (krş. BVerfGE 8, 274 [328]; 72, 155 [170]). Anayasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrası, sözleşme serbestisini, "*kişinin hukuk hayatında kendi kararlarını kendisinin vermesi*" şeklinde garanti altına almaktadır (Erichsen, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 4. cilt, s. 1210 kn. 58).

Sözleşme serbestisi, zorunlu olarak sınırlandırılmıştır ve hukuki anlamda yapılandırılmaya muhtaçtır. Dolayısıyla özel hukuk düzenleri, birbirine uyum içinde olan düzenleme ve şekillendirici araçlardan oluşan çok yönlü bir sistemden oluşmaktadır. Bu sistem, aynı zamanda anayasal düzene uygun olmak zorundadır. Fakat bu demek değildir ki kanun koyucu,

sözleşme serbestisini istediği gibi sınırlama kudretine sahiptir ve böylece sözleşme serbestisinin anayasal içeriğini ortadan kaldıracaktır. Bilakis kanun koyucu, gerekli olan yapılandırma çerçevesinde Anayasa'nın objektif-hukuki ilkeleri ile bağlıdır. Kanun koyucu, bireye, hukuk hayatında kendi kararlarını kendi kendine verebilme hususunda yeterli bir hareket alanı tanımalıdır. Düzenlenme tarzı itibarıyla sözleşme serbestisi, devlet tarafından icra edilmeye muhtaçtır. Hukuk uygulamasında sözleşme serbestisi de dikkate alınır ve aynı zamanda kanun koyucunun şu yükümlülüğüne sebebiyet verir ki, buna göre kanun koyucu, hukuki manada bağlayıcı olan şekillendirici hukuki işlem araçları sunmalıdır ve yine aynı yükümlülük çerçevesinde kazanılan bu hukuki konumun ihtilaf durumunda icrasını mümkün kılmalıdır.

b) Medeni hukuk alanında yasama görevini icra etmekten sorumlu olan kanun koyucu, çatışan anayasal temel hak ve özgürlükleri pratik uyum ("praktische Konkordanz") ilkesi gereğince bir sınırlama yapacaktır. Özel hukuk alanında hak ve özgürlükleri bakımından birbirine eşit aktörler rol oynamaktadır. Bunlar farklı menfaatlere sahip olmakla birlikte, çoğu zaman zıt amaçlar da gütmektedir. Özel hukuk alanında faaliyette bulunan bireyler, bir taraftan Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen haklardan istifade edebilirken, aynı zamanda Anayasa ile korunan sözleşme özgürlüğü ilkesine de dayanabilirler. Bu sebeptir ki sadece daha güçlü olan tarafın hakkı korunmamalıdır. Birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlükler, karşılıklı etki çerçevesinde değerlendirilmeli ve taraflar açısından geçerliliği mümkün olduğu kadar ayakta tutulacak şekilde sınırlandırılmalıdır.

Sözleşme hukukunda menfaat dengesi, taraf iradelerinin birbiriyle uyumu suretiyle kurulmuş sayılmaktadır. Her iki taraf da bağlanmakta ve aynı zamanda hareket serbestisinden istifade etmektedir. Taraflardan birisi, gücünden ötürü sözleşmenin içeriğini fiilen karşı tarafa zorla kabul ettirecek durumda ise, bu durum dıştan müdahale ("Fremdbestimmung") anlamına gelecektir (krş. BVerfGE 81, 242 [255]). Ancak hukuk düzeni, taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulduğu her duruma müdahale edemez. Sırf hukuk güvenliği ilkesi dahi bir sözleşmenin, taraflar arasındaki dengenin bozulması gerekçesi ile, sonradan geçersiz kılınması ya da düzeltilmesinin isabetli olmayacağını anlamak için yeterlidir. Ancak olay, tipikleştirilebilecek nitelikte ise ve söz konusu olayda bir tarafın yapısal olarak daha güçsüz olduğu aşık ise, ve yine sözleşmenin sonuçları güçsüz olan taraf açısından alışılabilir şekilde ağır ise, özel hukuk düzeni bu durumda harekete geçmeli ve düzeltme imkanı vermelidir. Bu yaklaşım

tarzının hukuki dayanağı, Anayasa tarafından garanti altına alınan sözleşme serbestisi (Anayasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrası) ve sosyal devlet prensibidir (Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası, 28. maddesinin birinci fıkrası).

c) Yürürlükte olan sözleşme hukuku, bu beklentileri karşılayıcı niteliktedir.

BGB'yi ihdas edenler hukuk hayatında güçsüz olan tarafı korumaya yönelik çeşitli normlara yer vermelerine rağmen, kural olarak hukuk düzeninde birbiriyle eşit olan tarafları esas almışlardır. Ancak İmparatorluk Mahkemesi bu görüşü terk etmiş ve “*sosyal sorumluluğa dayanan maddi bir ahlak anlayışına*” çevirmiştir (Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, s. 24). Bugün ise, sözleşme serbestisinin ancak tarafların az ya da çok eşit konumlara sahip olduğu durumlarda menfaat dengesine sebebiyet verebileceği, menfaat dengesinin bozulduğu durumlarda bunun düzeltilmesi hususunun ise, medeni hukukun en önemli vazifelerinden birisi olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur (krş. Limbach, *JuS* 1985, s. 10 vd.'da sunulan genel tablo ve diğer kaynaklar; yakın zamanda Preis, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, s. 216 vd.). Bu vazife çerçevesinde BGB'de yer alan bir çok hükmünün değerlendirilmeye alınması imkân dâhilindedir (Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982).

Bu bağlamda BGB'nin genel hükümleri hayati bir öneme sahiptir. BGB md. 138 f. 2'nin lafzı, bu durumu çarpıcı bir şekilde gözler önüne sermektedir. Bu hükümde bir tarafın güçsüz konuma sahip olmasına sebebiyet verecek tipik unsurlar belirtilmekte ve taraflardan birisinin tecrübesizliği de bu unsurlardan birisi olarak kabul edilmektedir. Daha güçlü olan taraf, bu tecrübesizlikten istifade ederek kendi menfaatlerini tek taraflı olarak dayatarak kabul ettirdiği takdirde, sözleşmenin geçersizliği söz konusu olacaktır. BGB md. 138 f. 1, geçersizliği genel olarak dürüstlüğe aykırı bir davranışa bağlamıştır. BGB md. 242 ise, daha karmaşık hukuki sonuçlara sebebiyet vermektedir. Medeni hukuk bilimi, dürüstlük kuralının sözleşme özgürlüğünün bir parçası haline gelmiş genel bir sınır teşkil ettiği ve hâkime sözleşmenin içeriğini denetleme yetkisi verdiği noktasında hemfikir (krş. Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, s. 70 vd.; Preis, *Grundlagen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, s. 249 vd.). Bu denetimin şartları ve kapsamı hususu hukuk doktrininde tar-

tıslmaktadır. Ancak anayasal açıdan yapılacak bir değerlendirme çerçevesinde şu kadarını belirtmek yeterli olacaktır ki, mevcut hukuk düzeni, taraflar arasındaki denge bozukluğuna karşı uygun tepki verebilmek için gerekli araçlara sahiptir.

Bu durumda hukuk yargısı, genel hükümlerin yorumlanması ve uygulanması esnasında, sözleşmelerin başkasının iradesini zorla dayatmak için bir araç haline gelmemesi için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Taraflar arasında niteliği itibariyle geçerli bir düzenleme mevcut ise, bundan da öteye giden bir içerik denetimine gerek kalmayacaktır. Ancak sözleşmenin içeriği bir taraf için alışılabilir şekilde ağır sonuçlara sebebiyet veriyor ve menfaat dengesi açısından isabetsiz bir sonuç doğuruyor ise, mahkemeler “*Sözleşme sözleşmedir!*” tespitiyle yetinmemelidirler. Bilakis söz konusu sözleşmenin, taraflar arasındaki yapısal denge bozukluğundan meydana gelip gelmediğini araştırmalı ve gerekli olduğu takdirde yürürlükte olan medeni kanunun genel hükümleri vesilesiyle düzeltme yoluna gitmelidirler. Bu bağlamda izlenecek yöntem ve varılacak sonuç, anayasa normlarının altında olan basit hukuku ilgilendirmekle birlikte Anayasa bu çerçevede geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Ancak sözleşme dengesinin bozulması sorunu hiçbir şekilde tespit edilmemiş ya da sorunun çözümü için yanlış araçlara başvurulmuşsa, Anayasa tarafından garanti altına alınan sözleşme serbestisi ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır.

3. Anayasa şikâyetine konu olan Federal Adalet Divanı kararı, bu tür bir ihlal içermektedir. İhtilaf konusu olan kefalet sözleşmesi, karşılıklı birbirine uygun menfaatler içeren ve riski öngörülebilir bir sözleşme olarak değerlendirilmiştir. Birinci başvurucunun sözleşme dengesi çerçevesinde güçsüz konumuna dair bütün savunmaları, kendisinin reşit olduğu ve oluşabilecek muhtemel riskleri bizzat kendisinin araştırması gerektiği gerekçeleriyle reddedilmiştir. Bu tespit yeterli değildir.

Birinci başvurucunun ihtilaf konusu kefalet sözleşmesi sayesinde kendi iktisadi menfaati olmaksızın üstlendiği sorumluluk riski, belirtildiği üzere alışılabilir şekilde fazladır. İlaveten önceden belirlenmesi de çok zordur. Belirlenen kefalet miktarı, ancak asıl borç için azami bir sınır teşkil etmektedir; dikkati çekecek derecede yüksek olabilen kredi masrafları ve faiz borcu, hesaplanma şekli sözleşmede belirtilmemiş olsa da neticede asıl borca ilave edilecektir. Özellikle teminat altına alınan iktisadi ilişkiden doğan borçlar hiçbir şekilde sınırlandırmaya tabi tutulmamıştır. Buna ilaveten birinci başvurucunun bütün koruyucu hükümlerden feragat

ettiği gerçeği de dikkate alındığında, kendisinin babasının bir ortağı gibi sorumlu kılınması söz konusu olmuştur. Böyle bir sorumluluğun anlam ve kapsamını, tecrübeli iş adamları bile öngörebilecek durumda olamayacaktır. 21 yaşında herhangi bir mesleki eğitime sahip olmayan başvuru için bu husus, fiilen öngörülemez niteliktedir.

Sözleşmenin bir tarafının bu denli güçsüz olduğu durumda esas nokta, sözleşmenin hangi şartlar altında akdedildiği ve özellikle daha güçlü olan sözleşme tarafının nasıl bir davranış sergilediğidir. Yine de Federal Adalet Divanı, kredi müessesesinin her türlü bilgilendirme ve açıklama yükümlülüğünü reddetmektedir. Hatta banka temsilcisinin “*büyük bir mesuliyet altına girmiyorsunuz*” ifadeleri ile baskı oluşturması bile, Federal Adalet Divanı tarafından önemsiz olarak değerlendirilmiştir. Bu ifadeleri Federal Adalet Divanı, sadece ödeme kabiliyetine dair geçici bir sorgulama olarak değerlendirmekte ve bu ifadelerin, başvuru konusunun konumuna herhangi bir etkiye bulunmadığını belirtmektedir. Bu ise, başvuru konusu olaydaki ihtilafa uygun olmamakla birlikte, Anayasa tarafından garanti altına alınmış olan sözleşme serbestisi ilkesini o denli ihlal etmektedir ki, bu ihlal, kararın ayakta tutulmasını imkânsız kılmaktadır. Buna ilaveten genel kişilik hakkının da ihlal edilip edilmediği sorusuna değinmeye gerek kalmamıştır.

III.

İkinci anayasa şikâyetinin konu olan olayda ise yüksek ve öngörülmesi zor olan bir işletme riski söz konusu değildir. Kefaletin konusu, bir tüketici kredisidir. Bir evin inşaatı aşamasında yapılan masraflar dikkate alındığında sorumluluk riskinin çok yüksek olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır. Kredi talep edenin, ikinci başvuru konusunun kocası olması nedeniyle kefilin de doğrudan doğruya bir menfaati olduğunu söylemek imkân dâhilindedir. Sözleşmenin kurulma şartlarına bakıldığında da, ikinci başvuru konusunun kefalet sözleşmesini yapmaya zorlandığı ya da başka bir şekilde iradesinin etkilendiğine dair herhangi bir şüphe oluşmamaktadır. Kredi kurumunun bilgilendirme yükümü çerçevesinde kusurlu davranışına dair herhangi bir bulgu da söz konusu değildir. Her ne kadar banka, kredinin verilmesini, kefalet vesilesiyle teminat altına alınması şartına bağlamışsa da, Eyalet Mahkemesinin tespitleri doğrultusunda bilgilendirme yükümlerini ihlal etmemiş, özellikle sorumluluk riskini daha düşük olarak göstermemiştir. Mevcut olay şartları çerçevesinde Eyalet Mahkemesi, BGB § 138 ve 242 hükümlerine etraflıca değinmiştir. Mahkemenin bu bağlamda Anayasa tarafından teminat altına alınan sözleşme serbestisini

görmezden geldiğine dair herhangi bir bulgu da mevcut değildir. Eyalet Mahkemesi ve Eyalet Yüksek Mahkemesi, başvurucunun sırf geliri ve malvarlığı olmaması sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçersizliğine hükmetmeyi reddetmişlerdir. Fakat kredinin şekli ve miktarı dikkate alındığında bu sonuç, anayasal açıdan sakıncalı değildir.

Aynı şekilde genel kişilik hakkı ihlali de söz konusu değildir. Yargı tarafından geliştirilen bu temel hakkın, sorumluluktan kurtuluşu mümkün olmayan bir kredi ya da kefalet sözleşmesinin kurulması esnasında ne derece gündeme geleceği sorusuna değinmeye lüzum yoktur. Zira böyle bir tehlikenin varlığına hüküm gerekçelerinde rastlanmamış ve bu husus anayasa şikâyeti çerçevesinde de yeterince kanıtlanamamıştır.