

**GELİRİ VE MALVARLIĞI OLMAYAN
AİLE BİREYLERİNİN KEFALETİ - SÖZLEŞME
İÇERİĞİNİN DENETLENMESİ**

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19. 10. 1993 tarihli kararı*

Çeviren: Yeşim M. ATAMER**

OLAYLAR VE ALT DERECE MAHKEMELERİNİN GÖRÜŞLERİ: Anayasa şikayetlerinin konusunu, kredi alana, herhangi bir geliri ve malvarlığı olmayan akrabalarının kefil olması ve yüksek meblağlar üzerinden borçlanması durumunda, hukuk mahkemelerinin bankalarla akdedilen bu kefalet sözleşmelerini ne ölçüde içerik denetimine tabi tutması gerektiği sorunu oluşturmaktadır. Banka sözleşmeleri hukuku özel bir yasa ile düzenlenmemiştir. BGB ve AGBG'de düzenlenen sözleşme hukuku belirleyici olacaktır. Bu çerçevede bütün kredi kurumları hizmet edimlerini yeknesak olarak şekillendirmişlerdir. Kredi verilmesinde birbirine çok benzeyen formüller sözleşmeler kullanmaktadırlar. Üyelerini kredi kurumlarının örgütleri teşkil eden, merkezi bir kredi kurulu ise koordinasyon görevini üstlenmiştir. Kredi kurumlarının teminat uygulamasında, tüketici kredileri ve orta ölçekli işletmelere verilen işletme kredilerinde, aile bireyleriyle kefalet sözleşmeleri akdetmek yaygın bir olgudur. Kefillerin gelir ve malvarlığı durumu ise genelde denetlenmemektedir. Bu sözleşmelerin asıl amacı sorumlu tutulabilecek malvarlığını artırmak değil, malvarlığı nakillerini engellemek ve yakınların işleme dahil edilmesi yoluyla kredi alanı hesaplarını düzgün tutmaya teşvik etmektir. Tahminen on yıldır Alman mahkemeleri, giderek artan bir oranda, genç yetişkinlerin sınırlı bir gelire sahip olmalarına rağmen eşlerinin veya ebeveynlerinin

* BGHZ = NJW 1994, 36-39. Kararın sadece NJW'de yayınlanan önemli bölümleri çevirilmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

yüksek banka kredileri için kefil olmaları ve altından kalkamayacak şekilde borçlanmalarına ilişkin olaylarla karşılaşmaktadır.

a. İlk derece mahkemeleri ilgili sözleşmeleri ayrıntılı bir içerik denetimine tabi tutmaktaydılar. Alman Medeni Kanunu (BGB)§ 138 I ilk planda dayandıkları hükümdü. Düsseldorf, Frankfurt ve Köln istinaf mahkemeleri ve Hamburg eyalet mahkemesi³ gelir ve malvarlığı durumu öngörülebilir şekilde kötü olan ve ticari deneyimi olmayan eş veya diğer bir akrabanın sorumlular kapsamına alınmasını ahlaka aykırı olarak nitelendirmiştir. Lübeck eyalet mahkemesi⁴ ise haczi caiz olmayan aylık geliri, başlangıçtan itibaren ve anlaşılır bir şekilde aşan yükümlülüklerin ahlaka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Buna karşılık Stuttgart istinaf mahkemesi⁵ ise BGB § 310⁶'un uygulanacağına hükmetmiştir. Mahkemeye göre bu hükmün anlamı, bireyi, ümit etmek ve mutlu olmak için çaba sarf etmek gibi devredilemeyecek bir insan hakkından mahrum kalmasına karşı korumaktır. Bu nedenle alacaklının, birlikte sorumluluk halinin aşırı bir borçlanmaya sebep olacağını bilebilecek durumda olması halinde sözleşmesel bir yükümlülük batıl olacaktır. Başka istinaf mahkemeleri ise özellikle BGB § 242'den doğan ve henüz sözleşme kurulmadan da var olan aydınlatma ve özen yükümlülüklerine dayanmışlardır⁷. Celle ve Hamm istinaf mahkemeleri⁸ ise birlikte sorumlu olan aile bireylerine karşı açılan ifa davalarını, bankaların yanlış anlamaları gerekli şekilde bertaraf etmemeleri nedeniyle aydınlatma yükümlülüklerini ihlal ettikleri ve böylelikle tazminat yükümlüsü oldukları gerekçesi ile reddetmiştir.

b. Alt derece mahkemeleri tarafından sözleşmelerin içeriğine ilişkin olarak yapılan bu denetim alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) IX. hukuk dairesi tarafından büyük ölçüde reddedilmiştir⁹. III. Hukuk Dairesi de bu içtihadı benimsemiştir¹⁰. Buna göre:

Aşırı borçlanmaya sebep olma ihtimalini doğurdukları için kefalet sözleşmelerini ahlaka aykırı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Sözleşmeleri şekillendirme özgürlüğü tam ehliyetli olan birine sadece çok elverişli koşullar altında ifa edilecek borçlar üstlenme imkanını tanımaktadır. Bir kefilin tecrübesizliği, kredi kurumlarını aydınlatma ve danışmanlık yapma yükümü altına sokmak için yeterli sebep olamaz. Reşit birisi, özel bir ikaz olmasa bile, kural olarak bir kefalet sözleşmesi akdetmenin riskli bir işlem olduğunu bilir. Bu nedenle banka, kefalet sözleşmesi

3 ZIP 1984, 166; 1465; ZIP 1987, 363, WM 1985, 1465

4 NJW 1987, 959

5 NJW 1988, 833

6 BGB § 310: Gelecekteki malvarlığına ilişkin sözleşmeler: Taraflardan birinin gelecekteki malvarlığını veya bunun bir oranını devretmeyi veya bir intifa hakkı ile yükümlendirmeyi vaad ettiği sözleşmeler batıldır.

7 karşı. Canaris, *Bankvertragsrecht* I, 3. Aufl. N. 100; Roth, in: *MünchKomm*, § 242 N. 217

8 WM 1988, 1436; NJW-RR 1993, 113

9 BGHZ 106, 269; 107, 92; NJW 1992, 896

10 NJW 1989, 1665

akdeden kişinin, davranışlarının doğuracağı sonuçları ve rizikosunu kendinden sorumlu bir kişi olarak değerlendirebileceği vakıasından yola çıkabilir. Olsa olsa bankanın kendi fiili ile ve bile bile kefilin iradesinin oluşumunda bir hataya sebep olması ve bu hatanın sorumluluk riskini artırması halinde farklı bir sonuç düşünülebilir.

Mahkemelerin bu yöndeki içtihadı doktrinde kısmen onaylanmıştır¹¹. Ancak çoğunluk tarafından reddedilmiştir¹². Bazı alt derece mahkemeleri de bu içtihada uymayı kabul etmemişlerdir¹³. Yapılan en temel eleştiri BGH'nın yargıca verilen içerik denetimi görevini çok katı ve somut olayın özelliklerini dikkate almaksızın gerçekleştirerek anayasanın temel değer yargılarından birini ihlal ettiğiidir. Bu arada banka hukuku için sorumlu olan IX. Hukuk Dairesi bu içtihadı değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesinin bir kararına¹⁴ dayanarak, daire, sözleşme eşitliğinin bozulduğu hallerde hakimin kefalet sözleşmelerinin içeriğini BGB'nin çerçeve hükümleri vasıtasıyla denetlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Buna göre eşlerin veya ebeveynlerin banka borçları için birlikte sorumlu olmasının bazı durumlarda ahlaka aykırı sayılması mümkündür.

1 BVR 567/89 sayılı dava: Şikayette bulunanın babası taşınmaz emlakçısı olarak faaliyet göstermekte, daireler inşa ederek satmaktaydı. 1982 yılında C bankasından kredi limitinin 50.000 DM'den 100.000 DM'ye çıkarılmasını istemiş ve banka bir teminat talep ettiğinde de o zamanlar 21 yaşında olan şikayetçi 29.11.1982 tarihinde matbu bir kefalet senedini imzalayarak yan edimler dahil 100.000 DM üst limitle sorumlu olmuştur. Kefalet senedinde şu ifadeler kullanılmıştır:

"1. Kefalet, banka ile asıl borçlu arasındaki... ticari ilişkiden... doğmuş ve ileride doğacak olan, şartlı veya vadeye tabi bütün alacakları teminat altına almaktadır.

3. Kefalet müteselsilen ve peşin dava def'inden feragat ederek üstlenilmiştir. Kefil iptal ve takas def'inden feragat etmekte olduğu gibi... asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'inden de feragat etmektedir... Kefil başka teminatların paraya çevrilmesi veya bu teminatların elden çıkarılmasının tarzı veya zamanlamasından kendine haklar çıkaramaz. Banka kefile başvurmadan önce başka teminatlara başvurmak yükümlülüğü altında değildir."

11 Medicus, ZIP 1989, 817; Rehbein, JR 1989, 468; bir ölçüde H. P. Westermann, JZ 1989, 746. Bütün bu yazarlar, BGH'nın mutlak ifadesinin somut olayların özenli bir incelemesini gereksiz kıldığını da ifade etmişlerdir.

12 Derleder, in: *Festschrift Bärmann und Weitnauer*, 1990,

13 LG Osnabrück, NJW-RR 1990, 306; LG Münster, NJW 1990, 1668

14 BVerfGE 81, 242

Kefalet senedinin imzalanmasından sonra kredi artışı onaylanmış ve şikayetçiye babasının kredi hesabı için imza hakkı tanınmıştır. Ancak şikayetçi başka herhangi bir malvarlığı üzerinde tasarruf hakkı sahibi değildi. Bir mesleki eğitimi yoktu, genelde işsizdi ve kefalet senedinin imzası tarihinde bir balık fabrikasında aylık net 1.150 DM kazanmaktaydı. 1984 Ekiminde şikayetçinin babası emlakçılığı bırakıp donatan olarak faaliyet göstermeye başlamıştır. Banka 1.3 milyon DM değerinde bir geminin alımını finanse etmiş, ancak 1986 yılında ödenmemiş kredi borçları nedeniyle (tahminen 2.4 milyon DM) sözleşmeyi feshetmiş ve şikayetçiye kefalet nedeniyle kendisine başvurulacağını bildirmiştir. Şikayetçi öncelikle kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti için dava açmış, banka ise bir karşı davada 100.000 DM ve faizler için ifaya mahkumiyeti talep etmiştir. Eyalet Mahkemesi kefaletin geçerli olduğuna ve karşı davanın kabulüne karar vermiş; temyizde İstinaf Mahkemesi ise kararı bozmuş ve karşı davayı red etmiştir¹⁵:

Banka sözleşme görüşmelerinde kusur nedeniyle şikayetçiyi kefalet sözleşmesinden ayrı kılmak zorundadır, zira kendine düşen aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Kural olarak alacaklı, kefilî sözleşmenin riskleri hakkında aydınlatmak zorunda değildir. Ancak alacaklının davranışlarıyla kefilî anlaşılır bir şekilde hataya düşmeye sevketmesi halinde bu kuralın bir istisnası geçerli olmalıdır. Bir kredi kurumunun alacaklı olarak, işlem tecrübesi olmadığı aşikar olan bir kefile sorumluluğunun kapsamının aslında az olduğunu ifade etmesi ve bu şekilde onun kararını etkilemesi halinde de aynı şey geçerlidir. Olayda bu söz konusudur. Delil tespitinden sonra ortaya çıkmıştır ki, bankanın temsilcisi kefalet senedinin imzalanmasında aşağı yukarı şu tür bir ifade kullanmıştır: "Lütfen imzalayınız, bununla büyük bir yükümlülük üstlenmiyorsunuz, bu sadece bizim dosyalarımızda bulunması gereken bir belgedir." Bu şekilde şikayetçinin üstlendiği gerçek rizikonun küçük olduğu izlenimi verilmiş ve olay hafife alınmıştır. Şikayetçinin akılcı bir değerlendirmede bu kefaleti üstlenmeye hazır olabileceği düşünülemez.

BGH ise İstinaf Mahkemesinin kararını bozmuş ve şikayetçinin Eyalet Mahkemesine karşı istinaf talebini reddetmiştir¹⁶:

Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve kural olarak alacaklının ne bir aydınlatma yükümü ne de kefilin bilgi düzeyi hakkında araştırmada bulunma yükümlülüğü yoktur. 18 yaşını aşmış ve bu nedenle

15 karar için bkz. *Wertpapiermitteilungen* 1988, 1436

16 karar için bkz. *NJW* 1989, 1605

yasa önünde reşit olan biri kural olarak iş hayatında tecrübe sahibi olmasa da kefil olma beyanının sorumluluk riski doğurduğunu bilebilecek durumdadır. Kefilin kendisine başvurulmayacağı yönündeki beklentisi işlem temelini oluşturamaz. Bankanın temsilcisi kefilin değerlendirmelerini etkileyecek herhangi bir davranışta bulunmamıştır. Kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihte borçlunun ödeme kabiliyeti yüksekti ve dolayısıyla temsilcinin verdiği bilgi de doğrudur. Babasının işlerinin nasıl geliştiğini ve dolayısıyla sorumluluk rizikosunun nasıl arttığını şikayetçinin kefil olarak kendisi gözlemlemeliydi. Kefalet sözleşmesinde fesih imkanı özellikle vurgulanmıştı.

Anayasa şikayeti ile şikayetçi, sosyal devlet ilkesi ile bağlantılı olarak, m. 11 ve m. 2 II Alman Anayasası'ndan doğan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir:

Eyalet Mahkemesi ile BGH bu anayasal normlarda temellenen, devletin koruma ve gözetme yükümlülüğünü ihlal etmişlerdir. 100.000 DM'lik bir kefalet miktarında ve % 8.5'lik faiz oranı ile yıllık faiz 8.500 DM, aylık faiz ise 708 DM'e tekabül etmektedir. Sadece bu faiz borcunu ödemek için şikayetçinin, bugün geçerli cetveller uyarınca (ZPO § 850c) net 1.800 DM aylık gelire sahip olması gerekir. Oysa böyle bir kazanç hiç elde etmemiştir. Kefalet senedine imza tarihinde hacz edilebilecek geliri 413,70 DM tutarındaydı. 1991 Ekiminden beri oğlunu yalnız yetiştiren bir anne olarak sosyal yardım ve eğitim ödemelerinden yaşamını idame ettirmektedir. Ocak 1992 itibariyle 160.000 DM tutarında bir borç bakiyesi oluşmuştur ve bu borcu gelecekte bir gün bile ödeyebilecek durumda olacağı muhtemel değildir.

1 BVR 1044/89 sayılı dava: Şikayetçi, 1979 yılında davacı bankanın kocasına bir sigorta sözleşmesi akdetmek için vermiş olduğu 30.000 DM tutarındaki krediye teminat kefil olmuştur. Kefalet sözleşmesinin akdi tarihinde herhangi bir geliri veya malvarlığı yoktu. Ev kadını olarak 1971 ve 1978 tarihlerinde doğmuş iki çocuğuna bakmaktaydı. Kocasının faiz ödemeleri ile temerrüde düşünce banka 1988 yılında kredi sözleşmesini feshetmiştir. Bakiye borç miktarı o tarihte 32.140, 31 DM tutarındaydı. Hayat sigortasının geri alım bedelinin düşülmesi ile meblağ 16.274,02 DM'ye inmiştir. Bu meblağ üzerinden banka şikayetçiye karşı dava açmıştır. Eyalet Mahkemesi davayı kabul etmiştir:

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği konusunda şüphe yoktur. BGB § 310'un uygulanması mümkün değildir, zira ileride muaccel olacak borçların

varlığı, bunlar ne kadar yüksek ve ödenemez meblağlar olsa da gelecekteki malvarlığının temliki anlamına gelmezler. Kefalet sözleşmesi BGB § 138 uyarınca da batıl değildir. Kefil olunulduğu tarihte, şikayetçinin, kredinin geri ödenmesinden önce bir işe girmesi veya başka gelirler elde etmesi dışlanabilir bir olasılık değildi. Örneğin kocanın kazanç elde etmemesi durumunda onun (kocanın) evin idaresi ve çocuklar ile ilgilenmesi söz konusu olabilirdi. Kazanç elde etme olanaksızlığının sürekli olması bile kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırılığı sonucunu doğurmaz. Bankanın aydınlatma görevini ihmal ettiği konusunda bir iddia ileri sürülmemiştir.

İstinaf Mahkemesi de istinaf istemini alt derece mahkemesinin gerekçelerine katılarak reddetmiştir. Anayasa şikayeti ile şikayetçi Anayasa'nın 1. ve 2. maddelerinden doğan temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir:

Şikayetçiye göre, iki çocuk annesi olarak yakın gelecekte kendisinin gelir sahibi olamayacağını banka biliyordu. Şimdi başlayacağı işlerle de kefalet borcunu bütünüyle ödemeye hiçbir zaman muktedir olamayacaktır. Aksine borç miktarı devamlı ödemeye rağmen sürekli artacaktır. Bu durum ise bütün gelecek perspektiflerinin ve ümitlerinin yok edilmesi anlamına geldiğinden bir anayasa ihlali oluşturur.

KARAR

A. ...

B. ...

C. Anayasa şikayeti geçerli olduğu ölçüde 1. şikayetçinin talebi yerindedir. Buna karşılık 2. şikayetçinin anayasa şikayeti yerinde değildir.

I. Her iki anayasa şikayeti hukuk mahkemelerinin ödemeye mahkumiyet kararlarına karşı yönelmiştir. Kararların dayandığı normatif temeller, yani BGB'nin ilgili hükümleri itiraz konusu yapılmamaktadır. Şikayetlerin konusu daha çok, hukuk mahkemelerine borçlar hukuku sözleşmelerinin içeriğini denetleme görevi veren çerçeve hükümlerin, özellikle §§ 138 (ahlaka aykırılık/gabin, ç.n.) ve 242'nin (borcun ifasında dürüstlük kuralı, ç.n.), yorumlanması ve uygulanması sorununa ilişkindir. Buna göre çerçeve hükümlerin somutlaştırılmasında irade özerkliğinin ve kişilik hakkının anayasal teminat altında olduğu göz önünde bulundurulmalıdır, ki alt derece mahkemeleri bu hususu göz ardı etmişlerdir. Bu gerekçe medeni hukukta var olan çerçeve hükümlerin somutlaştırılmasında temel hakların önemini doğru tespit etmektedir.

Anayasa, temel haklar bölümünde, hukukun her alanı için geçerli anayasa hukukuna ilişkin temel değer yargıları içermektedir. Bu değer yargıları, ilgili hukuk dalına doğrudan hakim olan hükümler aracılığıyla etki doğururlar ve özellikle medeni hukuka ilişkin çerçeve hükümlerin yorumunda etkili olurlar¹⁷. BGB § 138 ve § 242 son derece genel olarak ahlaka, geleneklere ve dürüstlük kuralına atıf yapmakla mahkemelerden, özellikle Anayasa'nın temel ilkeleri tarafından belirlenen değer yargıları ile bu maddeleri somutlaştırmalarını istemektedir. Bu yüzden hukuk mahkemeleri, çerçeve hükümlerin yorumlanmasında ve uygulanmasında temel hakları "yönerge" olarak almakla Anayasa gereği yükümlüdürler. Bu hususu dikkate almaz ve bu yüzden davanın taraflarından biri aleyhine hüküm verirlerse bu tarafın temel haklarını ihlal etmiş olurlar¹⁸.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin kural olarak hukukun yorumlanması ve uygulanmasını denetlemesi gerekmez. Sadece anayasal normların ve değer yargılarının mahkemeler tarafından uygulanmasını garanti altına almak görevidir. Bu nedenle kesinleşmiş bir hukuk mahkemesi kararını, sadece kendisi karar verseydi çatışan temel haklar arasındaki dengeyi farklı kuracağı ve farklı hüküm vereceği gerekçesiyle bozamaz. Anayasa Mahkemesinin düzeltmesi gereken bir Anayasa ihlali ancak itiraz edilen kararda, bir temel hakkın önemi konusunda özellikle bu hakkın koruma alanı konusunda, ilkesel bir yanlış anlamanın var olduğu ve bunun somut olay açısından belirleyici yorum hatalarına sebep olması halinde mevcuttur¹⁹. Bu ölçüte vurulduğunda 1. şikayetçiye ilişkin BGH kararının ayakta tutulması mümkün değilken (II), 2. olayda hukuk mahkemelerinin itiraz edilen kararlarında temel hakların önemini yanlış değerlendirdikleri sonucuna varmak mümkün olmamıştır (III).

II. 1. BGH'nın değerlendirmesi gereken kefalet sözleşmesi, her gün karşılaşılan kredi teminatlarından önemli ölçüde farklılık göstermekteydi. 1. şikayetçi bu sözleşme ile aşırı büyük bir risk üstlenmekte, fakat verilen krediden kendisi bir ekonomik menfaat sahibi olmamaktaydı. BGB'nin emredici olmayan koruyucu düzenlemelerinin hepsinden feragat ederek babasının işletme riski için kendi ekonomik imkanlarını çok aşan bir surette kefil olmuştur. Sorumluluk doğurucu olayın gerçekleşmesi halinde şikayetçinin, muhtemelen hayatının sonuna kadar, üstlendiği borç yükünden kendi imkanları ile kurtulabilecek durumda olmadığı başlangıçtan itibaren belliydi ve kredi kurumunun da bunu tespit etmesi çok kolaydı. Bu şartlar altında sözleşmenin kurulmasında ön koşulların ve gerekçelerin neler olduğu kaçınılmaz olarak ele alınmalıydı, zira taraf iddiası da bu hususa dayanmaktaydı. Şikayetçi, alt derece mahkemelerinin önünde, bankanın sözleşme görüşmelerindeki özen yükümünü ihlal ettiğini ve tecrübesizliğinden faydalanarak kendi çıkarlarını gözettiğini ileri sürmüştür. İstinaf Mahkemesi bu görüşe katılmıştı. Buna karşılık BGH kefalet sözleşmesinin içeriğini denetleme gereği duymamıştır. İki

17 karşı. BVerfGE 7, 198; BVerfGE 42, 143

18 karşı. BVerfGE 7, 198

19 karşı. BVerfGE 18, 85; BVerfGE 42, 143

sözleşme tarafının, sözleşmenin akdi ve içeriği konusunda gerçekten ne ölçüde serbestçe karar verebildiği sorusunu BGH kendisine sormamıştır.

2. a. Anayasa Mahkemesi'nin müstakar içtihadına göre, bireyin hukuki ilişkilerini kendi iradesine göre şekillendirmesi kendi varlığını geliştirme özgürlüğünün bir yansımasıdır²⁰. Anayasa'nın 2. maddesi irade özerkliğini "bireyin hukuki alanda kendi geleceğini belirlemesi" olarak teminat altına almaktadır²¹. Doğal olarak irade özerkliğinin de sınırları vardır ve hukuken şekillendirilmesi gerekir. Bu nedenle özel hukuk düzenleri, her biri anayasal düzene uyum sağlaması gereken, kendi aralarında koordine olmuş bir kurallar sisteminden oluşmaktadır. Kuşkusuz bu, yasa koyucunun irade özerkliği üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği ve bu şekilde anayasal güvencenin boşa çıkarılabileceği anlamına gelmez. Yasa koyucu zorunlu olan düzenlemeleri yaparken temel hakların objektif-hukuksal verileri ile bağlıdır ve bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına münasip bir hareket alanı tanınmalıdır. Ancak düzenleniş şekli itibariyle irade özerkliği her halde devletin icra gücüne muhtaçtır. Teminat altına alınması için, hem hukuki tasarruf imkanları yaratmak, hem bunları bağlayıcı olarak kabul etmek hem de ihtilaf halinde bu hukuki işlemlerin icrasını mümkün kılmak görevi yasa, koyucuya yüklenmiştir.

b. Özel hukuk düzeninin şekillendirilmesi görevi yasakoyucuyu önemli bir ikilem ile karşı karşıya bırakır. Özel hukuk alanında çok farklı menfaatleri ve sık sık çelişen hedefleri olan ancak hepsi de temel hak taşıyıcısı konumunda eşitler karşı karşıya gelmektedir. Özel hukuk alanına dahil olanların hepsi Anayasa m.2/I'in korumasından faydalandığı için ve irade özerkliğinin anayasal korumasına dayanabildiği için sadece kuvvetli olanın hukukunun geçerli olması tehlikesi doğmaktadır. Çatışan bu temel haklar o şekilde sınırlandırılmalıdır ki katılanların her biri için en geniş ölçüde etkili olabilsinler. (...) Taraflardan biri sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleyebilecek kadar kuvvetli ise artık diğer tarafın irade özerkliğinden bahsedilemez²². Ancak hukuk düzeni sözleşenler arasındaki dengenin bozulduğu her durum için önlem de alamaz. Özellikle hukuk güvenliği mülahazaları, bir sözleşmenin geçerliliğini, taraflar arasındaki dengenin bozulduğu her olayda tartışma konusu yapmaya olanak tanımaz. Ancak söz konusu olan tipik bir olaya ve taraflardan birinin kural olarak zayıf olması söz konusuysa ve zayıf taraf için sözleşmenin sonuçları aşırı bir yük oluşturuyorsa, hukuk düzeninin buna tepki göstermesi ve gerekli düzeltmeleri yapması gereklidir. Bu, irade özerkliğinin (Anayasa m.2/I) ve sosyal devlet ilkesinin (Anayasa m.20/I, 28/I) anayasal güvence altında olmasının bir sonucudur.

c. Yürürlükte olan sözleşme hukuku bu ihtiyaçlara büyük ölçüde cevap vermektedir. Her ne kadar BGB'nin yaratıcıları hukuk alanındaki zayıflar için çeşitli koruma

20 karşı. BVerfGE 8, 274, 328; BVerfGE 72, 155, 170

21 Erichsen, in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* VI, s. 1210, N. 58

22 BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469.

normları ihdas etmişlerse de aslında özel hukuk düzenin eşit bireylerinden yola çıkmışlardır. Ancak İmparatorluk Mahkemesi döneminde bile bu yaklaşım farklılaşmış ve "sosyal sorumluluğun etik anlayışına" dönüşmüştür. Bugün sözleşme özgürlüğünün sadece taraflar arasında tahmini bir güç dengesinin var olması durumunda çatışan menfaatleri dengelemeye yaradığı ve zedelenmiş sözleşme eşitliğinin giderilmesinin de günümüz özel hukuk düzenlerinin en önemli sorunlarından biri olduğu konusunda yaygın bir fikir birliği mevcuttur²³. Yine BGB'nin birçok genel hükmü bu bağlamda merkezi öneme sahiptir. BGB m. 138/II'nin lafzı bu hususu özellikle belirginleştirmektedir. Orada sözleşme taraflarından birinin kaçınılmaz olarak pazarlık gücünün zaafa uğraması sonucunu doğuracak olgular sıralanmakta ve bunlar arasında onun tecrübesizliği de anılmaktadır. Tecrübeli olan taraf bu zaafdan, belirgin bir şekilde kendi çıkarlarını tek taraflı olarak korumak için faydalanırsa sözleşmenin butlanı söz konusu olur. BGB m. 138/I ise çok genel olarak butlan sonucunu ahlaka aykırılı olgusuna bağlamaktadır. BGB m. 242'nin uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde ise daha çeşitli hukuki sonuçların elde edilmesi mümkündür. Özel hukuk öğretisi, dürüstlük kuralının, sözleşme özgürlüğü kavramına içkin bir sınır olduğu ve hakime sözleşmenin içeriğini denetleme yetkisi verdiği konusunda mutabıktır²⁵. Bu içerik denetiminin yoğunluğu ve yöntemleri hakkında hukuk öğretisinde tartışma olmakla beraber anayasal değerlendirme açısından, mevcut hukuk düzeninin sözleşme eşitliğinin bozulması olgusuna gereği gibi cevap verebilecek hukuki araçlara sahip olunduğunun belirlenmesi yeterlidir. Bundan hukuk mahkemeleri için çıkan sonuç, çerçeve hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında sözleşme özgürlüğünün sınırlarını gereği gibi belirlemektir. Sözleşme tarafları kural olarak geçerli olan bir düzenleme getirmişlerse derinlemesine bir içerik denetimine ihtiyaç olmayacaktır. 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. (...)

3. (...) Buna karşılık 1. şikayetçinin sözleşme görüşmelerindeki güçsüzlüğünü belgelemek için ileri sürdüğü tüm gerekçeler reşit olduğu ve doğacak rizikoyu kendisinin araştırması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa bu yeterli değildir. Daha önce de ifade edildiği gibi, 1. şikayetçinin kendi ekonomik çıkarı olmaksızın, tartışmalı kefalet sözleşmesi ile üstlendiği sorumluluk rizikosu aşırı yüksekti ve önceden kapsamının tahmin edilmesi çok güçtü.

23 karşı. Limbach, Jus 1985, 10; Preis, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, 216vd.

24 Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*

25 son olarak Festrict, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, 70vd; Preis, 249vd.

(...) Ayrıca kefalete ilişkin koruma hükümlerinin de sözleşmeyle bertaraf edildiği düşünülürse, şikayetçinin adeta babasının bir ortağı gibi sorumlu tutulduğu görülecektir. Oysa bu rizikonun boyutu ve anlamını tecrübeli kişiler bile takdir edemezken henüz 21 yaşında olan ve şikayetçi gibi nitelikli bir eğitime de sahip olmayan birinin bunun takdir etmesi beklenemezdi. Sözleşme taraflarından birinin bu kadar belirgin şekilde zayıf olması halinde, üstün durumda olan diğer tarafın nasıl davrandığı ve sözleşmenin nasıl oluştuğu özellikle önem taşır. Bunları göz ardı eden Federal Mahkeme kararı anayasal güvence altında olan irade özerkliği karşısında geçerli kalamaz.

III. Şikayet konusu olan 2. olayda yüksek meblağlı ve ölçülmesi güçlük çıkaracak bir işletme rizikosuna söz konusu değildir. Kefalet bir tüketici kredisine ilişkin olarak verilmiştir (...) Kredi alan kefilin kocasıdır ve bu açıdan kredi alınmasında şahsen menfaati olduğu olgusundan yola çıkmak mümkündür. İtiraz edilen kararların tespitine göre, sözleşmenin akdinde de 2. şikayetçinin kefalet sözleşmesine zorlandığı veya karar alma özgürlüğünün başka bir şekilde kısıtlandığı şüphesini doğuracak bir olgu yoktur. Kredi kurumunun aydınlatma yükümünü ihlal ettiği de tespit edilememiştir (...) Kararların düzeltilmesini gerektirecek bir olgu mevcut değildir.