

FEDERAL MAHKEME'NİN 21 HAZİRAN 1988 TARİHLİ KARARININ ÇEVİRİSİ VE İNCELENMESİ

Saibe OKTAY*

I- Kararın Çevirisi**

*Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme - Kişiliğin Korunması -
Hakkın Kötüye Kullanılması*

1967'de yapılan ve 1973'de yenilenen bira teslimine ilişkin sözleşme-1984'de sözleşmenin alıcı tarafından feshedilmesi- Satıcının yoksun kaldığı kazanç için açtığı tazminat davası- Kanton Mahkemelerince reddedilen davanın temyiz başvurusunun Federal Mahkemece prensip itibariyle kabul edilmesi- Dosyanın kantonal yargıya geri gönderilmesi.

m.2 (TMK. m.2) ve 27 (TMK. m. 23); BK. m. 20/2 (TBK. m. 20/2).

1. Süresiz veya aşırı uzun süreli yapılan sözleşmelerin duruma göre MK. m. 27 (TMK. m. 23) ve/veya MK. m. 2 (TMK. m.2) gereğince fesihleri mümkündür.

2. Somut olayda 20 yıllık bir süre kabule şayan bulunmuştur.

Brauerei X AŞ. c. F. AŞ., 21 Haziran 1988; RO 114 II 159.

F. Anonim Şirketi Beromünster havaalanını işletmekte olup orada bir lokanta açmıştır. F. AŞ. 28 Ekim 1967'de Brauerei X Anonim Şirketi (bundan sonra Brasserie şeklinde anılacaktır) ile "süresiz" bir sözleşme yapar. Buna göre F. AŞ. birayı (ve aynı zamanda coca cola ve Salto maden suyu) münhasıran, hizmetine bir tezgâh verecek olan Brasserie'den sağlayacaktır.

* Yard. Doç. Dr., İstanbul Üniv. Hukuk Fak. Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Karar JdT 1989 I 2 deki metninden çevrilmiştir. Kararın almanca metni BGÉ 114 II 160'da yayınlanmıştır.

20 Eylül 1973'de taraflar yeni bir sözleşme yaparlar. Bu sözleşmeye göre F. AŞ birayı yine münhasıran Brasserie'den, maden suyunu ise (hemen hemen) münhasıran Z Firmasından sağlayacaktır. Tezgâhın kurulması için Brasserie 1000 Franklık sübvansiyonda bulunacak, bakiye 6558 Franklık bir miktarı da borç olarak verecektir. Eğer F. AŞ., herhangi bir sebeple içecek alımı ile ilgili taahhütlerini yerine getiremeyecek duruma düşerse derhal Brasserie'nin verdiği borcu ve yıllık % 5 lik amortisman indiriminden sonra sübvansiyonu iade edecektir.

9 Mayıs 1984'de F. AŞ. aynı yılın 15 Ağustos günü itibariyle sözleşmeyi feshetmiş ve borç olarak aldığı parayı iade etmiştir.

15 Kasım 1985'de Brasserie, F. AŞ'ye karşı 19.800 Frank ödenmesi talebiyle dava açmış ve sübvansiyon olarak verdiği miktardan amortisman indiriminden sonra kalan 3600 Frankı ve yoksun kaldığı kazanç nedeniyle doğan zararlarının tazminini istemiştir. Gerekçe olarak sözleşmenin süre bakımından herhangi bir sınır öngörmediğini ve her durumda davalıya yirmi yıl boyunca bira ve maden suyu alımı borcunu yüklediğini ileri sürmüştür. Davalı ise kendi tespit ettiği sürenin geçmesinden sonra artık sözleşme ile bağlı olamayacağını belirterek buna karşı çıkmış ve MK. m. 27 (TMK. m. 23) ile BK. m. 20 (TEK. m. 20)'ye dayanmıştır.

Sursee Mahkemesi 28 Ağustos 1986'da, Lucerne Üst Derece Mahkemesi de 14 Eylül 1987'de davayı reddetmişlerdir.

Davacının temyiz başvurusunda bulunması üzerine Federal Mahkeme başvuruyu kabul etmiş, alınan kararı iptal ederek tazminatla ilgili hüküm tesisini istemiyle dosyayı kantonal yargıya geri göndermiştir.

Kararın Gerekçelerinden Alıntılar :

Lucerne Üst Derece Mahkemesi yoksun kâlınan kazançtan doğan zararı yerinde görmemiş ve davalının 1967'den 1984 sonuna kadar bira ve maden suyunu aldıktan sonra sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğunu söylemiştir. Üst derece mahkemesine göre on yedi seneden daha fazla bir alma borcu davalının ekonomik özgürlüğünü aşırı bir şekilde kısıtlayacaktı. Davacı aşırı yükümlülüklerin BK. m. 20/2 (TMK. m. 20/2) gereğince kısmen hükümsüz olduğunu ve bunların ve MK. m. 27 (TMK. m. 23) ye uygun olacak tutara indirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. İhtilaf kaynağı sözleşme burada 1967 tarihli olan değil, fakat uygulama alanı ve konusu farklı bulunan 1973 tarihli sözleşmedir. Bu ikin-

ci sözleşmenin senelik % 5 amortisman şartına uygun olarak en azından yirmi yıl devam etmesi gerekmektedir ki, bunun da MK. m. 27 (TMK. m. 23) ile bağdaşmayan bir yönü yoktur.

a) Doktrin ve içtihatlar sınırsız bir süre için yapılan sözleşmeleri kabul etmemektedirler (RO 113 II 210 : JdT 1988 I 160). Bu sözleşmeler kişisel ve ekonomik özgürlüklerin kısıtlanmasını yasaklayan MK. m. 27 (TMK. m. 23) gereğince feshedilebilirler. Aynı zamanda bunlar MK. m. 2 (TMK. m. 2) gereğince de feshedilebilirler : Zira aşırı bir yükümlülüğün devam etmesini isteyen taraf hakkını kötüye kullanmış olur (RO 93 II 300 s. c. 7. JdT 1968 I 576 ve RO 103 II 185 c. 4. JdT 1978 I 342; MK. m. 27, RO97 II 399 s. 7, JdT 1973 I 88 vd. MK. m. 2 Merz: SPR VI/I, p. 129: RJB 1973 P: 98 : Liver : RJB 1969 p. 11 ve 1973 p. 89. n. 1) Sözleşmenin hangi anda feshedilebilir olacağına gelince : burada her somut olaya göre. (Wütrich. Der Bierlieferungsvertrag ... th. Zurich 1929, p. 31) borcun kapsamına ve edim ile karşı edim arasındaki ilişkiye göre karar verilecektir. Bira teslimi sözleşmesiyle ilgili bir kararında Federal Mahkeme on beş yıllık bir süreyi kabul edilebilir bulmakla katı bir sınır koymamıştır (RO 40 II 233 n. 42. JdT 1915 I 71). Kabul edilemeyecek nitelikteki sözleşmeler çok daha uzun süreli yükümlülüklerle yer veren sözleşmelerdir (RO 93 II300 s. 7, JdT 1968 I 576).

Ekonomik bir faaliyet yürütme özgürlüğü söz konusu olduğunda Federal Mahkeme MK. m. 27 (TMK. m. 23)'ye aykırılığı bazı çekincelerle kabul etmektedir. Ekonomik özgürlüğe sözleşme ile getirilen bir kısıtlama sadece :

- eğer taraflardan birini diğerinin keyfine tabi kılmakta ise,
- eğer ekonomik özgürlüğün devredilmesi niteliğini taşıyorsa
- eğer taraflardan biri için bu hürriyetin özünü tehlikeye düşürüyorsa (PO 111 II 337 s. 4 JdT 1986 I 167, s. 4) aşırıdır. İlke olarak bu kural tüzel kişilere de uygulanır. Örnek olarak en üst organa ait yetkilerin tüzel kişiyi özerkliğinden yoksun bırakacak şekilde veya onu üçüncü bir kişinin keyfine tabi kılacak, yahut vesayet altına alınmaya eşit bir duruma koyacak şekilde devredilmesi kabul edilemez. Zira bu durum gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçmesi ile aynı anlamdadır (RO 67 I 265. RO 71 I 1 n. 33 ve RO 51 II 333 c. 2. JdT 1926 I 118).

Bir yükümlülüğün hangi süre için kabul edilebilir olduğu, kısıtlamanın konusuna bağlıdır. Tekrarlanan edimler için bu kabul edilebilir süre, bir şey üzerin-

deki tasarruf hakkından öngörülebilir bir süre boyunca vazgeçilmesine oranla çok daha kısa olacaktır (RO 93 II 300, c.7; JdT 1968 I 576). Sınırsız bir süre için kira sözleşmesi yapılması kabul edilemez (RO 103 II 185 c. 4, RO 1978 I 342), fakat bir kiralayan uzun bir süre için fesih hakkından vazgeçebilir (RO 56 II 190, JdT 1930 I 548).

Yükümlülük üstlenen tarafın mali çıkarlarının ciddi biçimde tehdit altında olduğu aşikâr değilse o zaman MK. m.2 (TMK. m. 2) nin uygulanması göz önünde bulundurulmak gerekir (RO 97 II 399 c. 7 ve Liver'e referans : RJB 1969 p. 9, JdT 1973 I 88 s. 7). Burada yapılacak olan bir hakkın taraflarca sözleşme yapıldığı sırada güdülen amaca aykırı olarak kullanılıp kullanılmadığını saptamaktır. Bununla beraber MK. m. 2 (TMK. m. 2) bakımından yükümlülüğün ağırlığı da aynı şekilde önemlidir (Liver RJB 1973, P. 90 n. 1 amacın ölçütü ile ilgili RO 107 II 219, c. 3b, JdT 1982 I 69).

b) Davalı uzun zaman bira ve maden suyu ihtiyacını davacıdan ve Z Firmasından tedarik etmiştir. Lucerne Üst Derece Mahkemesinin bu husustaki düşüncesi ne olursa olsun bu olgu belirleyici bir öneme sahip değildir. MK. m. 27 (TMK. m. 23) uzun süreli sözleşmelere karşı değil, aşırı yükümlülüklerle karşı koruma getirmektedir. Bu hüküm ayrı bir mutabakat ile periyodik veya düzensiz aralıklarla devam eden uzun süreli bir sözleşmenin yenilenmesini yasaklamaktadır. Burada her bir periyoda ilişkin olan yükümlülüğün aşırı olmaması yeterlidir. Çözülecek sorunlar davalının ne kadar zaman için bira ve maden suyu almakla yükümlü olacağı ve onun bu süre için borç altına girmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Son yükümlülüğün tarihi 1973'dür. Bu yükümlülük süresinin aşırı olduğunu söylemek için 1967'ye kadar geri gitmeye lüzum yoktur. Birinci sözleşmenin sınırsız bir zaman için yükümlülük öngördüğü kesindir. Bu husus davalının her şeyden önce ikinci sözleşmeyi birinci yükümlülüğünün etkisi altında yapmış olması halinde önem arz edebilirdi. Oysa durumun böyle olduğu tereddütlüdür. Davalının bir ıztırar hali içinde olduğu da ortaya konmuş değildir. 1973'de taraflar kendiliklerinden sözleşme ilişkilerine yeni bir temel oluşturarak davalının maden suyuna ilişkin yeni yükümlülüğünü ve aynı zamanda davacının karşı edimini düzenlemişlerdir. Özellikle davacının karşı edimi konusu tanımlanmak suretiyle artırılmıştır. Yeni yükümlülüğün davalının hareket özgürlüğünü tehlikeye düşürdüğü kabul edilse bile onun yeni sözleşmeye katılmak yerine sınırsız süre getirerek aşırı bir yükümlülüğe yer veren 1967 tarihli sözleşmeye itiraz hakkını kullanması ve başka kaynaklara yönelmesi her zaman için mümkündür.

c) 1973'de davalı *sınırsız bir süre için* yeniden yükümlülük altına girmiştir. MK. m. 27 (TMK. m. 23) bakımından kabul edilebilir süre aşıldığı ölçüde, sözleşme BK. m. 20/2 (TBK. m. 20/2) gereğince kısmî butlanla batıl olur ve bu durumda tarafların farazi iradelerine göre sözleşmeyi tamamlamak gerekir (RO 107 II 218, C. 3a ve 3b JdT 1982 I 68; Jaggi ve Gauch n. 498 ss. ad. art. 18 CO; R. Hürlimann, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen ...* th. Fribourg 1984; pp. 78 ss.; C. Huguenin; *Nichtigkeit und Unvsrbindlichkeit...* th. Berne 1984, pp. 50 s. Karşı fikir : Bucher O Allo : *Teil* pp. 231 ss.). Bu irade tezgah için gerekli miktarın % 5'inin (kısmi) amortisman olarak ayrılmasını öngören sözleşme şartından çıkmaktadır. 1973'de taraflar davacının 8000 Franklık sübvansiyonunun yirmi yıl boyunca davalıya içecek satışı yolu ile dengeleneceği fikrinden hareket etmişlerdir. Bu tarihte eğer taraflar sınırsız süreli sözleşmelerin hükümsüzlüğünü bilmiş olsalardı yirmi yıllık bir süre üzerinde anlaşılırdı. O halde geriye sadece bu sürenin MK. m. 27 (TMK m. 23) ve MK. m. 2 (TMK. m2) ile bağdaşıp bağdaşmadığının araştırılması kalmaktadır.

aa) Davalı bir yapma borcu üstlenmiştir. Kural olarak yapma borcunun geçerliliği yapmama borcundan daha katı değerlendirilir. Somut olayda yirmi yıllık bir süre MK. m. 27' (TMK. m. 23) ye göre kabul edilebilir maksimum süreyi aşmamaktadır. Davalı lokantayı bir gerçek kişinin işleteceği şekilde değil, ana faaliyeti Beromünster havaalanını işletmek olan bir anonim şirket bünyesinde işletmektedir (İş hacmi bilinmese dahi). İşin bütününe nazaran lokanta yan iştir. Uyuşmazlık konusu yükümlülük sadece tali nitelikteki işletme sektörü ile ilgili olup bütün içecekler için uygulanmaz. Bu durum davalının ekonomik özgürlüğünü hiçbir durumda kayda değer şekilde sınırlamamaktadır. Ayrıca sözkonusu özgürlük devredilmiş olmadığı gibi, davalının ekonomik varlığının temeli de tehlikeye atılmış değildir. Sözleşme ne onu vesayet altına koymakta ne de davalının keyfine terketmektedir. Kaldı ki, üstlenilen yükümlülüğe uygun önemde bir karşı edim de mevcuttur. Davacı tezgâh için gerekli miktarın yarısından fazlasını yüklenmiş ve bakiye için borç vermeyi kabul etmiştir.

bb) Davacı İkinci sözleşmenin ifasını talep ederken hakkını amacına aykırı kullanmış olmadığı gibi, kötüye de kullanmış değildir. 1973'de davalıya (geriye ödenmeyecek) bir sübvansiyon verdiğinde bu işlemi açıkca bir şarta bağlamıştır : bu şart, davalının karşı edim borçlusu sahibi sıfatı ile 1993'e kadar bira ihtiyacını kendisinden, maden suyu ihtiyacını da Z Firmasından sağlamasıdır.

II- Kararın Değerlendirilmesi

1. Karara Konu Olan Uyuşmazlık :

Karara konu olan uyuşmazlık sürekli borç ilişkisi karakterinde olan tedarik sözleşmesi nedeniyle çıkmıştır. Problem teşkil eden nokta sözleşmenin süresi ile ilgilidir. Sözleşmenin süre ile ilgili bir sınır öngörmemesi durumunda MK. m. 23'ye (İMK. m. 27) aykırılık olup olmayacağı ve bu hükme aykırılık halinde sözleşmenin sona erme düzeninin ne olacağı tartışılan noktalardır.

2. Federal Mahkemenin Çözümü :

Federal Mahkeme sınırsız bir süre için yapılan sözleşmelerin kabul edilemeyeceğini belirterek bu tip sözleşmelerin MK. m. 2 (İMK. m. 2) ve MK. m. 23 (İMK. m. 27)'de dolayı taraflardan biri tarafından feshedilebileceklerini hükme bağlamıştır. Kararda, fesih anının ne zaman olabileceği konusunda her somut olaya göre karar verileceği ve borcun kapsamı ve edim ile karşı edim arasındaki ilişkinin burada nazara alınacağı belirtilmektedir. Somut olay bakımından sözleşmenin sınırsız süreli olarak yapılmasının MK. m. 20 / II (TMK. m. 20/II) gereği kısmi butlana yol açtığı, burada sözleşme süresi ile ilgili doğan boşluğun tarafların farazi iradesine göre, sözleşmenin en az yirmi yıl uygulanması gerektiği yönünde doldurulması kabul edilmiştir. Yirmi yıllık sürenin MK. m. 23 (İMK. m. 27) ve MK. m. 2 (İMK. m.2)'nin uygulanması ile ilgili verilen çeşitli kriterlere göre kabul edilebilir maksimum süreyi aşmadığı sonucuna varılmıştır.

3. Değerlendirme :

a) Olayda özellik teşkil eden noktalardan ilki bir ani edimli sözleşme değil, sürekli borç ilişkisi karakterinde olan "tedarik sözleşmesi"nin bulunmasıdır. Taraflardan biri, 1967'de yapılan sözleşme gereği bira ve diğer bir takım içecekleri münhasıran diğer taraftan sağlamak konusunda süre sınırlaması olmaksızın yükümlülük altına girmiştir. Daha sonra taraflar 1973 yılında bu sözleşmenin yerine geçmek üzere yeni bir sözleşme yapmışlardır. Bu sözleşme hükümlerine göre içecek ihtiyacını diğer taraftan sağlama yükümlülüğü altına giren taraf sadece bira ihtiyacını karşı taraftan sağlayacaktır ve ayrıca tezgah yapımı için karşı taraftan, bir miktar sübvansiyon bir miktar da borç olmak üzere yardım alacaktır. Eğer bira alımı ile ilgili yükümlülük yerine getirilemeyecek olursa karşı tarafın verdiği borç ve sübvansiyonu % 5 lik amortisman indiriminden sonra iade edile-

cektir. Yapılan bu ikinci sözleşmede de süre ile ilgili bir sınır bulunmamaktadır. 1984 yılında bira alma yükümlülüğünde olan taraf sözleşmeyi feshederek aldığı borcu iade etmiştir. 1985 yılında bira vermeyi taahhüt eden taraf subvansiyon olarak verdiği paradan amortisman indiriminden sonra kalan kısmı ve yoksun kaldığı kazanç nedeniyle doğan zararlarının tazmini talebiyle dava açmıştır.

b) Olayda sözkonusu olan tedarik sözleşmesi ile ilgili olarak sürekli borç ilişkisi karakterini daha önce de belirtmiştik. Sürekli borç ilişkilerinin sona erme düzeni ile ilgili olarak şu özellik saptanabilir : Sürekli borç ilişkileri tüketilmeyen borç ilişkileri olarak kendiliğinden sona erme nedenlerini bünyelerinde bulundurmazlar. Ya taraflar sözleşmenin uygulanma süresinin ne kadar olacağını açıkça kararlaştırırlar, ya da eğer taraflar sözleşmenin sona erme düzenini kararlaştırmamışlarsa kişisel özgürlüklerin korunması ilkesi gereği olması gereken sona erme bozucu yenilik doğuran bir işlem olan olağan fesihle sağlanır. Olağan fesih düzeni, sözleşmede ifa süresinin belirsizliği söz konusu olması halinde sözleşmeyi tamamlamak üzere başvurulmuş bir yoldur. Taraflar eğer sözleşmenin sona erme düzenini kararlaştırmışlarsa tamamlanmaya dolayısıyla olağan fesih düzeninin işlemesine ihtiyaç göstermeyen bir sözleşme sözkonusu iken, tarafların sözleşmenin ifa süresini kararlaştırmamış olmaları halinde tamamlanmaya muhtaç bir sözleşme gündeme gelebilir. Olağan fesih, ifa edilmekte olan ifa süresi belirsiz bir sürekli borç ilişkisini taraflardan her birinin bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın tek taraflı yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile ileriye etkili sona erdirmesidir (Ö. Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 111-115, 132-140; P. Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, 1968, Freiburg, s. 39-40). Borçlar Kanunu, genel hükümler bölümünde bütün sürekli borç ilişkileri için genel bir olağan fesih hakkı koymamış olmasına rağmen, düzenlemiş olduğu sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerde taraflara olağan fesih hakkı tanımıştır (vekalet, kira, ariyet sözleşmelerinde olduğu gibi). Taraflar irade özgürlüğü çerçevesinde yaptıkları sözleşme ile fesih hakkı tanıyabilirler ki, bu durumda sona erme düzeni açısından artık tamam olmayan sözleşmenin bulunduğu söylenebilir. Bu halleri daha yakından ele alalım :

b.1) Daha öncede belirttiğimiz gibi olağan fesihle sürekli borç ilişkisini sona erdirmek için sözleşmenin ifa süresinin belirsiz olması gerekmektedir. İfa süresinin belirsizliği nasıl meydana gelir? Her şeyden önce şunu belirtelim ki sözleşme süresi zamansal olarak ya sınırlıdır, ya da değildir. Sınırlanmamış süre sadece başlangıç zaman noktasına sahipken, sınırlanmış olan süre hem başlangıç

hem de bitiş zaman noktasına sahiptir. Sözleşmenin başlangıç zamanının hemen her zaman sözleşme şartlarından tespit etmek mümkünse de, sözleşmenin bitiş noktası sürekli borç ilişkilerinde her zaman sözleşmeden anlaşılamayabileceğinden özellik arzeder. Çünkü sürekli borç ilişkileri kendi uygulanma sürelerini içinde taşımazlar. Sözleşmenin sona erme zamanı ya taraflar, ya da tarafların tespit etmemesi halinde kanun tarafından belirlenir. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşme süresinin taraflarca nasıl kararlaştırılabileceğine geçmeden önce işaret edelim ki, taraflarca sözleşme süresinin belirlenmesi konusunda sözleşmenin yorumu ve emredici kanun hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir. Tarafların süre ile ilgili izleyebilecekleri yol şunlar olabilir :

- Sürekli borç ilişkisinin taraflarca arzu edilen ifa süresi sınırlanmış veya sınırlanmamış olarak, açık veya zımni bir şekilde sözleşme yapıldığı sırada veya sözleşme yapıldıktan sonra kararlaştırılabilir. Sınırlanmış veya sınırlanmamış bir sürenin istendiğinin sözleşmenin içeriğinden dolaylı veya dolaysız olarak çıkarılabilmesi fark yaratmaz. Takvim hesabı ile saptanabilen bir süre dolaysız tespit olarak değerlendirilirken, sözleşme süresinin sözleşmeden açık olarak saptanamamakla birlikte sözleşme şartlarından sona ermenin bağlandığı düzen belli oluyorsa dolaylı tespit var demektir. Bu duruma örnek olarak sözleşmenin sona erme zamanının ne zaman olacağı belli olmayan bir olaya veya gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaya bağlanması veya da taraflardan birinin sona erdirme beyanına bırakılmış olması verilebilir. Bazen de ifa amacının elde edilmesi dolaylı olarak sürenin saptanmasına yardımcı olabilir. Sınırlanmış süreli sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin başlangıç ve sona erme zamanları belli iken sınırlanmamış süreli sürekli borç ilişkilerinde sadece sözleşmenin başlangıç zamanı belirlidir. Gelecek için sözleşmenin zaman ölçüsü sınırsızdır. Eğer taraflar sözleşmenin açıkça sonsuz süreli olduğunu kararlaştırmışlarsa bu sözleşmenin süresi sözleşmeden dolaysız olarak anlaşılırken, bazen de sonsuz süreli olduğu açıkça belirtilmeyip sürekli borç ilişkisinin sona ermesinin sözleşmesel olarak yasaklanmış olmasından dolaylı olarak anlaşılabilir (Gauch, s. 19 vd.; ayrıca bak. Seliçi, s. 136-140; H. Merz, Obligationenrecht, Erster Teilband, 1984, Basel/Frankfurt, s. 128). Bu son noktada kararlaştırılan sürenin geçersizliği sorunu gündeme gelebilirse de konumuzla ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz bütün durumlarda sözleşmenin süresi açısından "tamam olan sözleşme" vardır ve bunlar olağan fesih düzeni ile tamamlanmaya ihtiyaç göstermezler.

b.2) Bazan da taraflar sürekli borç ilişkisinin süresi ve buna bağlı olarak sona ermesini hiç veya başka bir sona erme sebebini bertaraf edecek tarzda düzenlemezler. Genel yaşam tecrübeleri göstermektedir ki taraflar kendileri tarafından yaratılan bu düzenlemenin sona ereceğinden emin olarak bunun nasıl, ne za-

man ve hangi şartlar altında sona ereceğini düzenlemeye gerek duymazlar ve bu noktaları açık bırakırlar (E. Bucher, Berner Kommentar, Das Personenrecht, 2. Abteilung 1993, Bern, N. 363). Bu tür sözleşmelere "tamam olmayan sözleşmeler" veya "kesin süre anlaşmalı olmayan sözleşmeler" denmektedir. Bu sözleşmeler; yukarıda açıkladığımız sonsuz süreli sözleşmelerden ayırmak gerekir. Bir sözleşme süre ile ilgili bir düzenleme getirmiyorsa sonsuz süreli bir sözleşme değil, süresi belli olmayan veya belirsiz süreli sözleşme vardır (İ. Cherpillod, La fin des contrats de durée, 1988, Lausanne, s. 15). Bunlar açık olan noktaları nedeniyle hakim tarafından tamamlanmaya ihtiyaç gösteren sözleşmelerdendir. Hakim bu tür bir sözleşmede süre nedeniyle olan boşluğu sözleşme ile ilgili bütün durumları nazara alarak bir süre koymak suretiyle tamamlamak zorundadır (Bucher, N. 363). Ancak şunu belirtelim ki, Borçlar Kanununda düzenlenen sürekli borç ilişkilerinde süre açısından tamam olmayan sözleşmeleri bu belirsizlikleri dolayısıyla süre açısından tamamlayan fesih hükümleri getirilmiştir (BK. m. 262, 285, m. 304, 312, 340, 535/I-6.6) (Seliçi, s. 137; Merz, s. 28; Gauch, s. 61; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 13. Auf., 1982, München, s. 30) Bu nedenle sona erme düzeni açık bırakılarak düzenlenen sürekli borç ilişkileri kanunun fesih düzeni ile tamamlanırlar.

c) Olaya dönerek sözleşme süresi ile ilgili olarak belirlediğimiz kategorilerden hangisine giren bir durumun olduğunu görelim : Federal Mahkeme kararının Fransızca metninde sıkça "une durée illimitée" ifadesi kullanılmış "fakat belirsiz süre anlamına gelen "durée indéterminée" kullanılmamıştır. Metin kararın Almanca metni ile birlikte değerlendirildiğinde "contrat éternel" anlamında bir sonsuz süreli sözleşmenin varlığı anlaşılmaktadır. Kararın Almanca metninde "ewiger Vertrag" "für alle Zeit" ifadeleri kullanılırken (BGE 114 II 160) , Fransızca metinde "durée illimitée" ifadesi, yanında "für alle Zeit" ifadesi verilerek kullanılmıştır. Federal Mahkeme kararının Almanca metninde 1967 tarihli ilk sözleşmenin sonsuz süreli (für alle Zeit) olduğu belirtilmektedir (Fransızca metinde "durée illimitée" ifadesi kullanılmıştır. Kararda ikinci sözleşme olan 1973 tarihli sözleşmede de tekrar sınırlanmamış bir süre (auf unbegrenzte Zeit) yükümlülük altına girildiği belirtilmektedir. İkinci sözleşme için sonsuz süreli bir sözleşmenin, yani sona erme düzeni açısından tamamlanmaya ihtiyaç göstermeyen bir sözleşmenin mi, yoksa süre konusunda tarafların belirlememeleri nedeniyle belirsiz süreli bir sözleşmenin mi olduğu çok açık anlaşılamamaktadır. Ancak diğer bir hüküm nedeniyle söyleyebiliriz ki, ikinci sözleşme sona erme düzeni açısından tamam olan bir sözleşmedir. Çünkü taraflar sözleşmede bira ve maden

suyu almak yükümlülüğünde olan tarafın bu yükümlülüğünü yerine getiremeyecek durumda olması halinde sözleşmenin sona ereceğini ve alınan borcun ve sübvansiyonun % 5 indirimden sonra geri iade edileceğini kararlaştırmışlardır. Bunun anlamı taraflar sözleşmenin başkaca sona erme sebeplerini bertaraf etmişlerdir ve açıkça belirtmemiş olsalar da sözleşmeyi sonsuz süreli olarak akdetmişlerdir. Federal Mahkeme'nin olayı değerlendiriliş tarzından da sonsuz süreli bir sözleşmenin varlığını kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Eğer sona erme düzeni açısından tamam olmayan bir sözleşme olsaydı sözleşmenin olağan fesih hakkı kullanılarak sona erdirilme imkânının ve hakimin sözleşmeyi süre yönünden tamamlamasının tartışılması gerekirdi. Burada fesih hakkının ne zaman kullanılacağı bu hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde araştırılacak bir sorun olabilirdi. Bu bağlamda MK. m. 23 (İMK. m. 23)'ün uygulanması düşünülebilirdi.

d) Sözleşme süresinin sonsuz süreli olarak kararlaştırıldığını tespit ettikten sonra bu durumun sözleşmeyi nasıl etkileyeceği meselesine değinelim : Sonsuz süreli bir sözleşmenin geçersiz olduğu hem doktrin, hem de İsviçre Federal mahkeme kararlarında üzerinde birleşilen bir husustur (Gauch, s. 42; Seliçi, s. 139; Bucher, N. 348-363; Cherpillod, s. 15; Merz s. 128; BGE 113 II 211, 97 II 399; 93 II 300 = JdT 1968 576; JdT 1973 89; Federal Mahkeme bütün bu kararlarda borç yükleyen sözleşmelerin sonsuz bir süre için yapılamayacağını ve uygulanamayacağını açıkça belirtmektedir.

d.1) Her sözleşme ilişkisi bir anlamda kişisel özgürlüğe müdahale içerir. Özellikle tekrarlanan edimleri içeren sürekli borç ilişkilerinde ekonomik özgürlüğün kabul edilemez ölçüde sınırlandırılması nedeniyle MK. m. 23 (İBK. m. 27)'ye aykırı olma riski her zaman vardır (H. Tandoğan, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des cotrats*, Lausanne, 1952, s. 144, 161). Bu nedenle kanun koyucu düzenlediği sürekli borç ilişkilerinin çözülmesine ilişkin özel hükümler getirmiştir. Tedarik sözleşmeleri için kanunda özel bir hüküm bulunmakla birlikte bunların ekonomik özgürlüğü MK. m. 23 (İBK. m. 27) ile uygun olmayacak şekilde sınırlandırması ihtimali her zaman için olacağından bunlar için de olması gereken sınırlama bu hükümlerin uygulanması ile sağlanır (Bazı yazarlar kanunun açıkça belli bir süre öngörmediği veya fesih düzeni getirmediği sözleşmelerde maksimum süre konması gerektiğini de savunmuşlardır; bak. Tandoğan, s. 146. Federal Mahkeme böyle bir fiks süreyi kabul etmemektedir ve gerekçe olarak kanunkoyucunun sonsuz süreli yapılan sözleşmelerin yasak olduğu yönünde genel bir kural koymadığını belirtmektedir; (JdT 1915 76-78; JdT 1930 549-550, JdT 1968 576=93 II 300). Yasak olan ekonomik özgürlüğün kişilik haklarına aykırı olacak derecede kısıtlanmasıdır.

d.2) Ancak şunu hemen belirtelim ki sözleşmelerin sonsuz veya uzun süreli olması sözleşmenin geçersiz olması için tek başına yeterli değildir. Çünkü kanun koyucu sonsuz süreli veya uzun süreli sözleşmeleri yasaklamak amacı taşımamaktadır. MK. m. 23 (İBK. m. 27) ile yasaklanan özgürlüklerin kişilik haklarına aykırı olacak şekilde sınırlanmasıdır. (Tandoğan, s. s. 161; Cherpillod, s. 133; aynı anlamda Bucher, N. 277; JdT 1986 167; JdT 1973 87). Federal Mahkeme tarafından bu konuda getirilen kriterler vardır : Bunlar sözkonusu kararda da tekrarlandığı gibi;

- taraflardan birini diğerinin keyfine tabi kılma durumunun olması,
- taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devredilmesi niteliğini taşıması,
- taraflardan birisi için bu özgürlüğün özünü tehlikeye düşürmesi halleridir (JdT 1986 167; RO111 II 337).

Burada belirtmemiz gereken diğer husus sözleşmesel olarak girilen bir yükümlülüğün süresinin geçerliliğinin yükümlülüğün içeriğinden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğidir (Bucher, N. 334; Tandoğan, s. 161). O halde girilen yükümlülüğün içeriği sözleşmenin süresi nedeniyle yukarıda belirttiğimiz durumları yaratarak MK. m. 23 (İBK. m. 27)'e aykırı olması sonucunu getirebilir. Burada bu sonucun gerçekleşmesi için kişisel özgürlüğün veya ekonomik özgürlüğün geçerli olmayan şekilde aşırı şekilde sınırlayıp sınırlanmadığı nazara alınmalıdır. Bu nedenledir ki Federal Mahkeme olayı değerlendirirken süre açısından birinci sözleşmenin uygulanma süresini hesaba katmamıştır. Burada hareket noktası tarafları zorlayan hiçbir neden olmamasına rağmen belli bir süreden sonra özgür iradeleri ile ikinci bir sözleşme yapmış olmalarıdır. Bu demektir ki, sözleşmesel bağlılığın süresi tek başına değil, getirdiği içerikle kişilik haklarına aykırı olması yönünde değerlendirmeye tabi tutulacaktır (bu anlamda BGE 71 II).

Tarafların sonsuz süre veya aşırı uzun süreli sözleşmeler imzalamaları diğer yandan MK. m. 2 (İMK. m. 2)'nin bir uygulaması olan "clausula rebus sic stantibus" ilkesi gereğince hakimin müdahalesini gerekli kılabilir (Bucher, N. 359, 364).

d.3) Aşırı uzun süreli veya sonsuz süreli sözleşmeler Federal Mahkeme kararlarının bazılarında sadece MK. m. 23 (İMK. m. 27)'ye aykırı görülürken (BGE, 93 II 300, 103 II 185) bazı kararlarda bu olduğu gibi MK. m. 23 (İMK. m. 27) yanında MK. m.2 (İMK. m.2)ye de aykırı görülmüştür (97 II 400, 113 II 210 aynı yönde Merz, s. 128)).

e) Sözleşmenin süre nedeniyle geçersiz olması MK. m. 20/II (İMK. m. 20/II) gereği kısmi hükümsüzlük meydana getirir (Gauch, s. 41; Tandoğan, s. 164; Seliçi, 139). Bu noktada olan tartışmaya değinelim : Bazı yazarlar ve bazı Federal Mahkeme kararları MK. m. 23 (İMK. m. 27)e aykırılık halinde kısmi butlanı değil tamamıyla butlanı kabul etmişlerdir (Bu konuda bilgi için bak. Tandoğan, s. 163-164; Bucher, s. N. 523 vd.) Ancak bugün genel olarak kabul edilen burada kısmi hükümsüzlüğün olduğudur. Kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için sakatlığın sözleşmenin bir kısmına inhisar etmesi ve sözleşmenin geri kalan kısmının ayakta tutulması tarafların farazi iradelerine uygun olmalıdır (K. Oğuzman /T. Öz, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, s. 130-131). Olayda bu şartların gerçekleştiği söylenebilir. Bu durumda ne olacaktır? Kısmi hükümsüzlük nedeniyle sözleşmenin süresi kabul edilebilir bir seviyeye mi getirilecektir, yoksa sözleşme süresi belli olmayan bir sözleşme olarak olağan fesih düzeninin altına mı girecektir? Sözleşmenin süresi geçersizlik nedeni ile ortadan kalktığından sözleşme süre açısından tamam olmayan bir sözleşme haline geldiğinden, olağan fesih düzeni geçerli olmalıdır (Gauch, s. 42, Seliçi, s. 139). Bu sonuç, olağan fesih düzeni emredici olduğu için değil, süre kısmi geçersizlik nedeniyle baştan itibaren geçersiz olup sözleşmenin süre açısından tamam olmayan bir sözleşme konumuna girmesindedir. Ancak olayların çoğunda kısmi geçersizliğin ileri sürülmesi ile birlikte sözleşmeyi sona erdiren fesih beyanı da ileri sürüldüğünden, mahkemeler bu fesih hakkının kullanılmasının uygunluğunu tespit etmek açısından sözleşmenin uygulandığı süre ile ilgili bir değerlendirmede bulunmaktadırlar. Fesih hakkının kullanıldığı bir durumda sözleşmenin bir süre konularak tamamlanmasından ziyade feshin uygun sürede kullanılması araştırılmak gerekir. Yargıcın tarafların iradesini araştırarak bulması gereken süre sözleşmenin olağan fesihle sona erdirilebilmesi için en az ne kadar devam etmesinin istendiğidir, yoksa sözleşmeye bir süre koyarak onu belirli süreli bir sözleşme haline getirmek değildir. Kanımca inceleme konumuz olan kararda olduğu gibi diğer bazı Federal Mahkeme kararlarında bu durumlarda sözleşmenin süre açısından tarafların farazi iradeleri araştırılarak tamamlanması gerektiği belirtiliyorsa da, (ATF 102 II 216=JdT 1981 I66; RO 96 II 133=JdT 1971 I 267) burada söz konusu olan sözleşmeye bir süre tespit etmek değil, feshin uygun sürede kullanılıp kullanılmadığını araştırmak, başka bir ifade ile sözleşmenin devam etmesi gereken asgari süreyi tarafların iradesine göre belirlemektir (Bak.: Bucher, N. 564, ayrıca, 162-169. Yazar, fesih edilebilirliğin ve kısmi hükümsüzlüğün birbirine karşı kavramlar olarak, bir arada kullanılmayacağını belirtiyor).