

**TC
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SÖZLEŞMELERİN
KANUNA, AHLAKA VE ADABA AYKIRILIĞI SORUNU**

Yüksek Lisans Tezi

Pelin Taşkın

Ankara 2008

**TC
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SÖZLEŞMELERİN
KANUNA, AHLAKA VE ADABA AYKIRILIĞI SORUNU**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Hazırlayan
Pelin TAŞKIN
05911929

Ankara 2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	IV
BİBLİYOGRAFYA	V
GİRİŞ - KONUNUN SUNULMASI	1
I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI	3
A. GENEL OLARAK ÖZGÜRLÜK KAVRAMI ve SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ	3
B. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUK DÜZENLERİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİ VE SINIRLARI.....	6
1) SÖZLEŞME YAPMA ÖZGÜRLÜĞÜ	6
2) SÖZLEŞMENİN TARAFINI SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	8
3) ŞEKİL ÖZGÜRLÜĞÜ	8
4) SÖZLEŞME TÜRÜNÜ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	9
5) SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	9

BÖLÜM I

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK KANUNA, AHLAKA VE ADABA AYKIRILIK

I. HUKUKA AYKIRILIK	11
A. GENEL OLARAK	11
B. EMREDİCİ HÜKÜMLERE AYKIRILIK	14

C. YASAKLAYICI HÜKÜMLERE AYKIRILIK.....	16
D. KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIK	17
E. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK	18
F. COMMON LAW’A AYKIRILIK	21
II. AHLAKA (ADABA) AYKIRILIK.....	22
A. GENEL OLARAK	22
B. AHLAKA (ADABA) AYKIRILIĞIN HUKUK SİSTEMLERİNE YANSIMASI	23

BÖLÜM II

SÖZLEŞMELERDE GÖRÜLEN HUKUKA VE AHLAKA AYKIRILIK

TÜRLERİ

I. SÖZLEŞMENİN YAPILMASININ YA DA SÖZLEŞMEDE YER ALAN TAAHHÜDÜN HUKUK DÜZENİNCE YASAKLANDIĞI VEYA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR	27
A) SÖZLEŞME YAPILMASININ KANUNDA AÇIKÇA YASAKLANDIĞI DURUMLAR	28
B) SÖZLEŞME YAPILMASININ KANUNDA ZIMNEN YASAKLANDIĞI DURUMLAR	29
C) SÖZLEŞMEDE YER ALAN TAAHHÜTLERİN HUKUKA YA DA AHLAKA AYKIRI OLMASI	37

II. SÖZLEŞME EDİMİNİN HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR	45
A) GENEL OLARAK.....	45
B) ÖZEL OLARAK: TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİ.....	51
III. SÖZLEŞMENİN AMACININ HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR	57
A) GENEL OLARAK SÖZLEŞMENİN AMACI KAVRAMI.....	57
B) ÖZEL OLARAK SÖZLEŞMENİN AMACININ HUKUKA YA DA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR	58

III. BÖLÜM

HUKUKA VE AHLAKA AYKIRI SÖZLEŞMELERİN YAPTIRIMLARI

I. SÖZLEŞMELERİN UNSURLARINDA EKSİKLİK VE SAKATLIK OLMASI HALİNDE YAPTIRIMLAR.....	64
A) GENEL OLARAK.....	64
B) SÖZLEŞMELERİN HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLMASININ YAPTIRIMLARI.....	65
C) HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI SÖZLEŞMELERDE VERİLENLERİN İADESİ	74
SONUÇ.....	86
ÖZET	89
SUMMARY.....	91

KISALTMALAR

Am. J. Comp. L.: American Journal of Comparative Law

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

BGB: Alman Medeni Kanunu

BK: Borçlar Kanunu

bkz: Bakınız

c: Cümle

C: Cilt

E: Esas

F: Fıkra

Hasting L. J.: Hasting Law Journal

HD: Hukuk Dairesi

K: Karar

md: Madde

MHAD: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

ERCL: European Review of Contract Law

Eur. L. J. Reform: European Journal of Law Reform

K: Karar

PECL: Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri

s: Sayı

sh: Sahife

Sask. L. Rev.: Saskatchewan Law Review

Sing. J. Legal Stud.: Singapore Journal of Legal Studies

TKHK: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK: Türk Medeni Kanunu

Y: Yargıtay

YKD: Yargıtay Kararlar Dergisi

yy: Yüzyıl

KAYNAKÇA

Ateş, D.: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Mart 2007, Ankara.

Anson W.R.: Principles of the English Law of Contract and the agency in its relation to contract, A.G.Guest tarafından, 22'nci Bası.

Ayitah P. S./Smith S.A.: Ayitah's introduction to the law of contract, Sixth edition, Claredon Press, Oxford, 2005.

Başpınar V.: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Adalet Matbaası, Ankara 1998.

Beale H./Kötz H./ Hartkamp A./Tallon D.(Genel Editör.): Contract Law, 2002.

Beltrama M./Lango G.E./Merryman J.H. (Çevirmenler): The Italian Civil Code, Oceana Publican, Inc., Dobbs Ferry, N.Y., 1969.

Birks P.: English Private Law, Cilt II.

Bowman C.G.: Legal Treatment of Cohabitation in the United States, Law&Policy, 2004, C. 26, s.1, sh. 119-151.

Brownsword R.: Contract Law, Themes for the Twenty-First Century, 2000.

Bush B./Hondius E.H./van Kooten H.J./Schelhaas H. N./Schrama W.M.: The Principles of European Contract Law and Dutch Law, Kluwer Law International, 2002.

Calamari J. D.: Perillo J.M.:The Law of Contracts, 1970,West Publishing Co., sh.577.

Cherednychenko O.: Fundamental Rights and Contract Law, ERCL, C. 4, 2006, sh. 489-505.

- Cheshire G.C./Fifoot C.H.:** Cases on the law of Contract, 5. Bası, 1969.
- Collins H.:** The Law of Contract, 4th Edition, 2003.
- Cruz P.:** Comparative Law in a Changing World, 2. Bası, 1999.
- Elliot C./Quinn F.:** Contract Law, Third Edition, 2001.
- Enonchong N.:** Illegality in French and English Law, Int. & Comp. L. Q., C.44, Ocak, 1995, sh. 205.
- Errante E.:** The Anglo-American Law of Contracts, 2. Bası, 2001.
- Eren F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2006.
- Hatemi H.:** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi), İstanbul, 1976.
- Hesselink M. W.:** Non-Mandatory Rules in European Contract Law, ERCL, 2005, C.1, s. 1.
- Hurst, J. W.:** Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States, 1956.
- Ince S.:** “Inside the Surrogacy Industry” in Arditti R., Klein R. & Minden S., eds, *Test-Tube Women: What Future for Motherhood?*, London, Pandora Press, 1984.
- Kapani, M.:** Kamu hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.453, Ankara 1981.
- Keenan D.:** Smith&Keenan’s English Law, 14. Bası, New York, Pearson/Longman, 2004.
- Kılıçoğlu A.M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002.
- Kiernan K.:** Unmarried Cohabitation and Parenthood in Britain and Europe, Law&Policy, 2004, C.26, s.1.
- Koptagel İ. G.:** Ahlak mı Etik mi?, Gündüz Aybay’a Armağan, İstanbul 2004.

Kramer E. A.: Contractual Validity According to the UNIDROIT Principles, Eur. L. J. Reform, C.1, 1996, s.3, sh. 269-287.

Küçükyağın A.: Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, 2004, C. 53, s. 4, sh. 101-124.

Lurger B.: The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality, ERCL, 2005, C. 1, s.1, sh. 442-468.

McKendrick E.: Contract Law, McMillan, London 1990.

Markesinis B.S./Unberath H./Johnson A.: The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Hart Publishing, 2. Bası, 2006.

Marshall D.: The Enforcement of Contracts Involving Corruption or Illegality in Other Countries, Sing. J. Legal Stud., 1997, sh. 371-395.

Merryman J.H./Clark D.S.: Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems, Cases and Materials.

Morris J.(Genel Editör)/Bingham T.H./Guest A.G./Haris D.R./Lever J./Smart A.(Editör): Chitty on Contracts, 22. Bası, 1961.

Mumcu A.: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 2. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1994.

Nolan J.R./Nolan-Haley J.M.(coauthors), Connally M.J./Hicks S.J./Alibrandi M.N.(Contributing authors): Black Law Dictionary, 6. Bası.

Oğuz A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, 2003.

Oğuzman K./Barlas N.: Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 8. bası, İstanbul 2000.

Özdemir E.: İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD, 2005, C. 54, s. 3, sh. 95-120.

- Özön M. N.:** Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 6. basım, İstanbul 1979.
- Özsunay E.:** Nordik Hukukta, Sosyalist Hukukta ve Anglo/Amerikan Hukukunda Evlilik Olmaksızın “Birlikte Yaşama”nın Güncel Sorunları, MHAD, C.13, No. 16. sh. 57-75 (Birlikte Yaşama).
- Özsunay E.:** Borçlar Hukuku I: Hukuki Muamelelerden Doğan Borçlar: Nedensiz Zenginleşmeler, 2. Bası, İstanbul 1983, sh. 52 (Borçlar).
- Rousseau, J.J.:** The Social Contract, Book I, Chapter I, London, 1941.
- Schwarz A. B.:** Borçlar Hukuku Dersleri,(Çev. Doç. Dr. Bülent Davran) I. Cilt, İstanbul, 1948.
- Seviğ V.R.:** Ahlakın Umumiyetle Hukuk ve Mukaveleler Üzerinde Tesiri, Arsebük Armağını, Ankara, 1958.
- Skolnic A.:** The Social Context of Cohabitation, Am. J. Comp. L., C.29, s. 2, Bahar 1981, sh. 339- 358.
- Smith J.:** The Law of Contract, Fourth Edition, 2002.
- Strong G.A.:** The Enforceability of Illegal Contracts, Hasting Law Journal, C.12, 1960-1961, sh. 347-376.
- Treitel G.:** The Law of Contract, Tenth Edition, 1999.
- Tunçomağ K.:** Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, I. Cild, 2. Baskı, İstanbul 1965.
- Yılmaz E.:** Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. baskı, Ankara 1996.
- Youngs R.:** English, French and German Comparative Law, London, 1998.
- Yüksel M.:** Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bakış, AÜSBFD, C.57, s.1.

Von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, (Çeviren Av. Cevat Edege), I. Cilt, İstanbul 1952.

Zweigert K./Kötz H.: An Introduction to Comparative Law, Çeviren Tony Weir, Gözden geçirilmiş 3. Bası, Clarendon Press, Oxford.

§ GİRİŞ

KONUNUN SUNULMASI

Fransız devriminin tetiklediği özgürlük düşüncesi sözleşmeler hukukuna liberalizmin de etkisiyle sözleşme özgürlüğü şeklinde yansımıştır. Ne var ki, hiçbir özgürlük sınırsız olamayacağından, sözleşme özgürlüğü de sınırsız değildir. Her ne kadar sözleşme özgürlüğünün mutlak olduğu kabul edilse de sözleşmenin taraflarının ve kamunun korunması maksadıyla sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirilebilmektedir. Söz konusu sınırlardan biri çalışmamızın da konusunu oluşturan sözleşmelerin hukuka veya ahlaka (adaba) aykırı olmamasıdır. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini teşkil eden bu unsur aynı zamanda sözleşmenin hüküm ve sonuç diğer bir deyişle hukuki etki doğurabilmesi için taşıması gereken geçerlilik koşullarından birini de teşkil etmektedir.

Hukuka veya ahlaka uygun olmayan sözleşmelerin geçersiz olması durumunda ortaya çıkan sorunlar gerek Roma Hukuku gerekse Common Law'ın erken dönemlerinden beri, özellikle Roma Hukukunda sözleşme özgürlüğünün tanınmamış olmasına rağmen, gündemdedir. Bununla birlikte, söz konusu kavramların oldukça kapsamlı olması ve yer ve zamana göre değişebilmesi nedeniyle sözleşmenin geçerliliğini ancak belirli sınırlar dahilinde etkilemesine izin verilmesinin gerekmesi ve bu sınırların neler olabileceğinin belirlenmesi de önem arz etmektedir.

Bu bağlamda, çalışmamızın konusunu teşkil eden sözleşmelerin hukuka, ahlaka, adaba aykırılığı sorunu ilk olarak sözleşme özgürlüğü açısından ele alınmıştır. Sözleşme özgürlüğünün içeriği ve kapsamına değinildikten sonra, çalışmanın birinci bölümünde hukuka ve ahlaka aykırılık kavramlarının anlamlarına ve kapsamlarına değinilmiştir. Karşılaştırmalı hukukun dünyadaki çeşitli hukuk düzenlerini karşılaştıran bir metot olması sebebiyle konuya ilişkin büyük hukuk çevrelerinin mevzuatlarında yer alan düzenlemelerden bahsedilmekle birlikte, olay hukukunun geçerli olduğu Anglo-Amerikan hukukunda söz konusu kavramların nasıl değerlendirildiğine de değinilmiştir. Bu yapılırken de karşılaştırmalı hukukun yöntemlerinden biri olan mikro karşılaştırma yönteminden faydalanılmıştır. Bir hukuk düzeninin karakteristik özellikleri üzerinde durulduğu ve hukuk çevrelerini birbirinden ayıran unsurların belirlendiği makro karşılaştırmadan farklı olarak mikro karşılaştırmada çeşitli hukuk kurumları ya da hukuk sorunları incelenmekte diğer bir deyişle mikro karşılaştırma ile somut bir hukuki soruna farklı hukuk düzenlerindeki yaklaşımlar incelenme konusu yapılmaktadır.¹

Çalışmanın ikinci bölümünde sözleşmede görülen hukuka veya ahlaka aykırılık türleri farklı hukuk çevrelerinin mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar esas alınarak incelenmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, sözleşmelerin hukuka ve ahlaka aykırılığının sonucu olarak öngörülen yaptırımlar ve hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler uyarınca verilenlerin iade edilip edilmeyeceği sorununa değinilmiştir.

¹ Oğuz A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, sh. 34.

Sonuç bölümünde ise, sözleşmelerin hukuka veya ahlaka aykırılığı ile ilgili varılan sonuçlara ve bu sonuçlara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’ndan esinlenerek belirlenen çalışma konusunun, diğer hukuk sistemleri incelendiğinde konuda belirtilen başlıktan daha kapsamlı olduğunun görülmesi neticesinde konuda belirtilen sınırlar dahilinde kalmakla beraber karşılaştırmalı hukuk metodolojisine uygun olarak konuyla ilgili olmak kaydıyla başlıkta belirtilen kavramlarla ilgili diğer kavramlara da değinilmesine gerek duyulmuştur.

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

A. GENEL OLARAK ÖZGÜRLÜK KAVRAMI ve SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ

Sözleşme kavramını açıklamaya başlamadan önce özgürlük kavramına kısaca değinmekte yarar olduğunu düşünüyoruz. Tabi hukukçulara göre özgürlük, eşitlikle beraber tabiatın temel özelliklerinden biridir ve uğrunda savaşılmaması gereken somut bir değerdir. Özgürlük, stoacılar da olduğu gibi içsel veya ahlaki bir özgürlük değil bağımsız biçimde, kendisine benzeyen başka birinin ya da iktidarın egemenliği altına girmeksizin yaşama hakkıdır.² Ancak Montesquieu’nun “hiçbir kelime yoktur ki, özgürlük kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli

² Ateş, D.: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, Mart 2007, sh. 31, dipnot 82.

biçimlerde yansımış olsun.”³ şeklinde ifade ettiği üzere, bu kavramın açık ve kesin bir tanımını vermek oldukça zor⁴ olmakla birlikte genel olarak bir buyruk, baskı, zorlama veyahut da yasaklayıcı bir kural bulunmadan kişinin kendi iradesiyle kendi davranışlarını belirleyebilmesi şeklinde ifade edilebilir.⁵

Fransız devrimiyle alevlenen özgürlük düşüncesinin, hukuki ve tarihi temellerini Roma Hukukunda bulan ve tüm çağdaş hukuk düzenlerinde toplumsal ilişkileri düzenleme işlevine sahip sözleşme kavramına⁶ sıçraması liberalizmin temelini oluşturan “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” görüşü ile olmuştur ve böylelikle bireylere sözleşme özgürlüğü geniş ölçüde tanınmıştır.⁷ Hatta bu nedenle 19. yy “sözleşme yılları” olarak anılmaktadır.⁸

“Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” görüşünden etkilenen sözleşme özgürlüğünün temelini irade özerkliği teşkil etmektedir. Böylelikle bireyler irade özgürlüğüne sahiptirler ve hukuki ilişkilerini, özellikle de borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenlerler. Diğer bir deyişle, bireyler kendi özgür iradeleriyle isteyerek bir

³ Kapani, M.: Kamu hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.453, Ankara 1981, sh. 3 (naklen). Abraham Lincoln’ün dediği gibi “dünya hiçbir zaman hürriyet kelimesinin iyi bir tarifine kavuşamamıştır.” Kapani, sh. 4.

⁴ Bu noktada, özgürlük tanımının iki ünlü örneğine de değinmenin gerektiğini düşünmekteyiz. 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi’ne göre, hürriyet başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir. Montesquieu’ya göre, hürriyet kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek hakkıdır. Kapani, sh.5.

⁵ Ateş, sh. 31, 32. Özgürlüğün kişi açısından somutlaşması toplum düzeniyle ilgili olması nedeniyle özgürlük hukuksal ve siyasal bir kavramdır. Özgürlük kişinin iç dünyasında kaldığı sürece hukukun kapsamı dışındadır. Zira hukuk düzeni insanın iç dünyası eylem biçiminde dışa yansıdığı zaman harekete geçer. Mumcu, A.: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 2. Bası, Ankara 1994, sh. 16.

⁶ Küçükyağcı A.: Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, 2004, C. 53, s. 4, sh. 121.

⁷ Schwarz A. B.: Borçlar Hukuku Dersleri, (Çev. Doç. Dr. Bülent Davran) I. Cilt, İstanbul 1948, sh. 327.

⁸ Hurst, J. W.: Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States, 1956, sh. 18. (Küçükyağcı, sh.105’den naklen)

yükümlülük (borç) altına girip, hukuki ilişkilerinde “kendi kuralını kendi koyma”, “kendi kanunu bizzat yapma” yetkisine sahiptirler.⁹

Ancak insanların tek başına değil toplum içinde yaşamaları ve hem toplumla hem de diğer bireylerle ilişki içinde olmalarının yanı sıra sanayinin gelişimi ile liberal ekonomik sistemde, ekonomik açıdan güçsüz olanların, ekonomik güce sahip olanlar tarafından ezilmeye başlaması nedeniyle liberal bir sözleşme serbestisi çeşitli tehlike ve sakıncalar meydana getirmiştir.¹⁰ Bu nedenle, bireylerin sınırsız olmayan diğer özgürlükleri gibi sözleşme özgürlüğünün de sınırsız olmadığı kabul edilmiştir. Zira 19. yy’ın liberalizmi ile şekillenen Avrupa’da geleneksel sözleşme hukuku fikri, temel ve hakim bir değere sahip olan sözleşme özgürlüğü ile birlikte, nötr ve apolitik olarak algılanmaktaydı. 19. yy’ın liberal sözleşme hukuku kavramı, işçi, kiracı, tüketici, müşteri gibi sözleşmenin güçsüz tarafı lehine sosyal nitelikteki koruyucu kuralların gelişimiyle, 20. yy’da liberal yapısını kaybetme tehlikesiyle karşılaşmıştır.¹¹

İşte özgürlüğün sınırları da tıpkı özgürlükler gibi hukuk düzeni ve dolayısıyla kanunlar tarafından belirlenecektir. Her ülkenin pozitif hukuk düzeni irade özgürlüğünün sınırlarını belirleyecektir. Bundan yola çıkarak kanun koyucunun irade özerkliğini sınırlayabilmesi hatta ortadan kaldırabilmesi mümkün olmakla beraber

⁹ Eren F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2006, sh.267, 268.

¹⁰ Schwartz, sh. 327.

¹¹ Lurger B.: The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality, ERCL, C. 4, 2005, sh. 447.

insanın hür bir varlık olması¹² sebebiyle, kendi kaderini bizzat kendisi tayin etmelidir. Bu nedenle, irade özgürlüğü kural, sınırları ise istisnadır.¹³

Söz konusu sınırlamalara değinmeden önce genel olarak sözleşme özgürlüğünün çeşitli görünümüne değinmemiz gerekmektedir.

B. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUK DÜZENLERİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİ ve SINIRLARI

Sözleşme özgürlüğü, bireylerin özgür iradesiyle hukuk düzeninin sınırları içerisinde, sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirleyebilmeleridir.¹⁴

Sözleşme özgürlüğü kavramı, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme, ve sözleşmenin türünü belirleme özgürlüğünü içermektedir.

1) SÖZLEŞME YAPMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme yapma özgürlüğü, bireyin hiçbir baskı olmadan istediği herhangi bir sözleşmeyi yapması ya da böyle bir sözleşme akdedilmesi için kendisine yöneltilen icabı reddedebilmesidir. Diğer bir deyişle, kural olarak, bir kimse, isteği dışında bir sözleşme ilişkisine girmeye mecbur olmadığı gibi, bir sözleşmenin

¹² “İnsan hür doğar, oysa her yerde zincire vurulmuştur.” Rousseau, J.J. The Social Contract, Book I, Chapter I, London, 1941.(Güriz A.: Hukuk felsefesi, Ankara 1999, 5. Baskı, sh. 210’dan naklen.)

¹³ Eren, sh. 269.

¹⁴ Eren, sh. 270.; Kılıçoğlu A.M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002, sh. 149.

kurulması için bir icapta bulunmaya ya da kendisine yöneltilmiş bir icabı kabul etmeye de zorlanamaz. Kısaca sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğüdür. Borçlar hukukunda genel ilke sözleşme yapma özgürlüğüdür. Ancak sözleşme yapmanın zorunlu olduğu durumlar da mevcuttur.¹⁵

Buna göre sözleşme yapma özgürlüğünün ilk istisnası, sözleşme yapabilmek için belirli kişi¹⁶ ya da kurumlardan¹⁷ izin alınmasının zorunlu olduğu ve sözleşme ilişkisinin oluşturulmasının kanun tarafından yasaklandığı¹⁸ durumlardır.

Sözleşme yapma özgürlüğünün ikinci istisnası ise, sözleşme yapma mecburiyetidir. Piyasada hakim durumda ya da tekel konumunda bulunan aktörlerin haksız kazançlarını ya da bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek maksadıyla, kendilerinden mal veya hizmet talebinde bulunan fertlerle sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu kabul edilmiştir.¹⁹ Burada dürüstlük kurallarından kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu kabul edilmektedir.²⁰ Sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu halde sözleşme yapmaktan kaçınması, hukuka aykırı bir durum oluşturacak ve sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi ya da kuruma karşı aynen ifa veya tazminat davası açma hakkı gündeme gelebilecektir.²¹

¹⁵ Ateş, sh. 41; Özsunay E.: Borçlar Hukuku I: Hukuki Muamelelerden Doğan Borçlar: Nedensiz Zenginleşmeler, 2. Bası, İstanbul, 1983, sh. 52 (borçlar); Eren, sh.270; Kılıçoğlu sh. 150.

¹⁶ Bu duruma örnek olarak Türk Medeni Kanunu'nun 194., 199. ve 229'uncu maddeleri verilebilir. Kılıçoğlu, sh. 151, 152; Ateş, dipnot 136.

¹⁷ 3213 sayılı Maden Kanunu bu duruma örnek olarak verilebilir. Ateş, dipnot 136.

¹⁸ Bu ikinci duruma örnek olarak, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun md. 15; Avukatlık Kanunu md. 38, İş Kanunu md. 67, md. 68, md. 78 verilebilir. Bkz. Ateş, dipnot 135.

¹⁹ Eren, sh. 271.

²⁰ Kılıçoğlu, sh. 150.

²¹ Eren, sh. 272.

Sözleşme yapma mecburiyeti özel hukuk kapsamındaki kanunlardan²² veya kamu hukuku kapsamındaki kanunlardan²³ kaynaklanabileceği gibi hukuki işlem (sözleşmeden)²⁴ de kaynaklanabilir.

2) SÖZLEŞMENİN TARAFINI SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğü ile taraflara sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğü sağlanmakla birlikte²⁵, sözleşme yapma zorunluluğu bulunan tarafın seçme özgürlüğü bulunmamaktadır.²⁶

3) ŞEKİL ÖZGÜRLÜĞÜ

Tarafların sözleşmelerini diledikleri şekilde yapma özgürlükleri vardır. Ancak kanunda sözleşme için bir geçerlilik şartı öngörülmüşse, sözleşmeyi o şekle uygun olarak yapmakla yükümlüdürler. Aksi takdirde, sözleşme şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır.²⁷

²² TMK md. 642 ve md. 698 uyarınca mirasçıların sözleşme yapmak mecburiyetinde olması ve TKHK'nın 5. maddesi, komşu malik lehine irtifak hakkı tesis etme yükümlülüğünün düzenlendiği İsviçre Medeni Kanunu'nun 731'inci maddesi buna örnek olarak verilebilir. Eren, sh.272, Ateş sh. 49.

²³ Doktrinde buna örnek olarak şu haller verilmektedir. “Kamu hizmetlerini ve bazı hayati maddeleri sağlamak için öngörülen sözleşme yapma mecburiyeti”; “Güdümlü ekonominin getirdiği sözleşme yapma mecburiyeti” ve “Fiili tekel nedeniyle sözleşme yapma mecburiyeti veya tazminat ödeme borcu” Eren, sh. 274 vd. (naklen). Ayrıca bkz. Özsunay (Borçlar), sh. 52 vd.

²⁴ Buna örnek olarak, taşınmaz satım vaadi, kefalet vaadi ve sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları verilebilir. Sözleşme vaaadinin sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Ateş, dipnot 139.

²⁵ Kişi, belirli bir kişi ya da kişi grubu ile sözleşme akdetmekten sözleşme özgürlüğü neticesinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin imtina edebilecektir. Brownsword R.: Contract Law, Themes for the Twenty-First Century, 2000, sh. 43.

²⁶ Kılıçoğlu, sh. 153.

²⁷ Kılıçoğlu, sh. 153; Eren, sh. 284. Örneğin, 1989 tarihli İngiliz Hukuk Reformu Kanunu Bölüm 2’de, satım ya da taşınmaz üzerindeki herhangi bir menfaatle ilgili bir sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve taraflarca veya temsilcilerince imzalanması gerektiği belirtilmektedir. Yine, Fransız hukukunda bir

4) SÖZLEŞME TÜRÜNÜ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜ

Taraflar sözleşme türlerinden dilediklerini seçme ve yapma özgürlüğüne sahiptir ancak bu özgürlükleri kanunda düzenlenen sözleşme türleri ile sınırlı değildir; kanunda düzenlenmemiş yeni sözleşme türleri yaratabilirler.²⁸ Ancak bu serbesti, sadece sözleşmeler hukukunda geçerli olup, şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukukunda geçerli değildir. Zira bu hukuk dallarında, *numerus clausus* (sınırlı sayı) ilkesi geçerlidir.²⁹

5) SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ

Taraflar edimin kapsamını, niteliğini, süresini, miktarını hukukun sınırları dahilinde serbestçe belirleyebileceklerdir.³⁰ *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson* davasında Sir George Jessel Mr'nin de belirttiği üzere taraflar sözleşme hükümlerini oluşturma konusunda serbestliğe sahiptirler.³¹ Düzenleme serbestisi

hukuki işlemin geçerliliği için yazılı olma şartı öngörülmüş olabilir. Böyle bir geçerlilik şartı öngörülmüşse söz konusu şartın yerine getirilmemesi durumunda sözleşmenin geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte sözleşmenin kanıtı olarak da yazılılık şartının öngörülebileceği kabul edilmiştir. Bazı sözleşmeler içinse, örneğin evlilikle ilgili sözleşmeler, hediyeler, mortgage, gayrimenkul satım sözleşmesi gibi, noterce düzenlenme şartı getirilmiş olabilir. Alman Medeni Kanunu §125'de ise, kanunda öngörülmüş şekil şartını taşımayan sözleşmenin geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Yine §126(1) uyarınca yazılılık şartının öngörülmesi durumunda, tarafların söz konusu belgeyi kendisinin imzalaması veya noter tarafından onaylanması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte §126a'da elektronik imza kanunu uyarınca elektronik sözleşmenin elektronik imza taşınması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca §126b'de sözleşme metninin kanunda öngörülmesi durumunda, irade beyanının bir evrak üzerinde ya da kalıcı olmasını sağlayacak başka bir yolla yapılması gerekmektedir. Ayrıca §128 ve §129'da da şekle ilişkin hükümler yer almaktadır. Youngs R.: English, French and German Comparative Law, London 1998, sh. 366-368.

²⁸ Kılıçoğlu, sh. 153

²⁹ Eren, sh. 285. İtalyan Medeni Kanunu md. 1132/f.2'de açıkça sözleşmenin tipini belirleme serbestisi yer almıştır. Ateş, dipnot 121.

³⁰ Eren, sh. 285.

³¹ Brownsword, sh. 38.

kural olmakla beraber mutlak değildir. Bu nedenle modern hukuk sistemlerinde düzenleme serbestisine bazı sınırlamalar getirilmiş olabilir.³² Ancak Modern borçlar hukukundan farklı olarak, Roma borçlar hukukunda, yüzyıllar içerisinde sayısı gittikçe artan belirli sözleşme tipleri kabul edildiği için düzenleme özgürlüğüne yer verilmemiş ve bunun doğal sonucu olarak bu konuda özel sınırlamalar öngörülmemiştir.³³

Modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi hakim olsa da her hukuk sistemi, eğer sözleşme hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise sözleşmeyi geçersiz kılma hakkına sahiptir.³⁴ Ayrıca sözleşmenin içeriğinin imkansız olması da sözleşmeyi geçersiz kılmaktadır. Ancak buradaki imkasızlık, edimin başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olması durumudur.

³² Eren, sh. 285. Örneğin Brownsword, sözleşme özgürlüğünün üçüncü kişiler, kamu düzeni, sözleşmenin taraflarından birinin menfaati ya da sözleşmenin her iki tarafının menfaatinin aleyhine hüküm içermesi durumunda sınırlanması gerektiğini ifade etmektedir. Brownsword, sh. 38.

³³ Schwarz, sh. 330. Bununla birlikte Roma Hukukunda, borç ilişkisinin konusu yani edim bakımından birtakım özellikler aranmaktadır. Buna göre, edimin ifası mümkün olmalıdır. Zira Romalılara göre imkansız bir şey üzerinden bir borç doğmaz. (*Impossibilium nulla obligatio est*.D.50,17,185) Edimin belirlenmiş veya belirlenebilir bir karakter taşıması da gerekmektedir. Ayrıca edimin parayla ölçülebilir olması, yani maddi bir değer taşıması gerekmektedir. Bütün bunlara ek olarak, edimin meşru olması, yani kanunlara, ahlaka ve adaba aykırı (*contra leges, contra bonos mores*) olmaması gerekmektedir. Rado T.: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 1997, sh.20, 21. Ayrıca, bkz. Hatemi H.: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi), İstanbul 1976, sh. 59, 60.

³⁴ Zweigert K/Kötz H.: An Introduction to Comparative Law, Çeviren Tony Weir, Gözden geçirilmiş 3. Bası, Clarendon Press, Oxford, sh. 380.

BÖLÜM I

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK KANUNA, AHLAKA VE ADABA AYKIRILIK

Sözleşme özgürlüğü, ehliyet, hata, hile, tehdit, hukuka, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine aykırılık, gabin gibi genel nedenlerle kısıtlanabileceği gibi, standart ya da adil olmayan sözleşme hükümleri gibi güncel nedenlerle de kısıtlanabilir.³⁵

I. HUKUKA AYKIRILIK

A. GENEL OLARAK

Gerek Kıta Avrupası hukuk sisteminde, gerekse Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, hukuk genel olarak kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen uyulması zorunlu olan kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Söz konusu hukuk sistemlerinde, hukuka uygun olmayan sözleşmelerin geçerli olmayacağının kabul edildiği görülmektedir.³⁶ Bununla birlikte genel olarak hukuka aykırılık kavramının ne olduğu ve kapsamına nelerin dahil olduğu açıkça kanunlarda düzenlenmemektedir. Ancak, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde hukuka

³⁵ Markesinis B.S/Unberath H./Johnson A.: The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Hart Publishing, 2. Bası, 2006, sh. 43 vd.

³⁶ Hukuken geçerli olmayan sözleşmeler (*illegal contracts*) Anglo-American hukuk sistemlerinde hukuka aykırı sözleşmeler ve Common Law'a aykırı sözleşmeler şeklinde ele alındığı ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de şekli anlamda kanuna aykırılıkla da sınırlı olmadığı için hukuka aykırılık teriminin kullanılmasının daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

aykırılık kavramından bahsedildiği görülmektedir.³⁷ Örneğin, Fransız Medeni Kanunu'nun 1133'üncü maddesinde kanunca yasaklanan hususlara ilişkin borç ilişkilerinin hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir.³⁸ Yunan Medeni Kanunu'nun 174. maddesinde de hukuka aykırılığa değinilmiş ve başka bir yerde aksi kabul edilmedikçe kanunlar tarafından yasak konan hükümlere aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı belirtilmiştir.³⁹ Almanya ve Avusturya Medeni Kanun'larında ise hukuka aykırılık için açıkça yasak koyan normun ihlali şartı aranmaktadır. Avusturya Medeni Kanunu § 879/I'e göre, kanuni bir yasağa veya ahlaka aykırı sözleşme geçersizdir. Aynı şekilde Alman Medeni Kanunu § 134'de kanundan aksi anlaşılmadıkça, kanuni yasağa aykırı hukuki işlemlerin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Ancak Alman ve Avusturya hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda sözleşmenin hukuka aykırılığı için mutlaka kanuni bir yasağı ihlal etmesi gerekmeyip, hukuk düzeninde yer alan emredici bir kurala aykırı olması yeterlidir.⁴⁰ Hollanda Medeni Kanunu 3:40/2'de ise emredici hükümlere aykırılığın hukuki işlemi geçersiz kılacağı ifade edilmiştir.⁴¹ Bununla birlikte hukuka ve ahlaka aykırılık kavramının uluslararası düzenlemelere de girdiği görülmektedir. Örneğin, UNIDTROT ilkelerinin 3.1'inci maddesinde hukuka veya ahlaka aykırılık kavramına değinilmiş, ancak maddede, söz konusu ilkelerin ehliyetsizlik ya da

³⁷ Mevzuatlarda açık bir tanımın yer almaması nedeniyle doğacak boşluklar, hakim takdir yetkisi ile doldurulacaktır. Zaten Zweigert/Kötz'ün de ifade ettiği gibi, hukuk sistemlerinin tamamında, âkid tarafların sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşıp aşmadıklarının denetlenmesi hususunda asıl görev yargıclara düşmektedir. Zweigert/Kötz, sh. 380.

³⁸ Fransa'da ve İtalya'da sözleşmelerin geçersizliği *cause* ve *causa* doktrini ile ilgili olarak ele alınmaktadır. Fransız Medeni Kanunu md. 1131 uyarınca sözleşmeden doğan bir borç eğer hukuka aykırı bir sebebe dayanıyorsa geçersiz olacaktır; md. 1133 uyarınca ise kanunca yasaklanan ya da iyi ahlaka veya kamu düzenine aykırı *cause* hukuka aykırı olacaktır. İtalyan Medeni Kanunu'nda da aynı kurallar yer almaktadır (md.1343, 1418).

³⁹ Başpınar V.: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Adalet Matbaası, Ankara, 1998, dipnot 106.

⁴⁰ Başpınar, sh. 125.

⁴¹ Bush B./Hondius E.H./van Kooten H.J./Schelhaas H. N./Schrama W.M.: The Principles of European Contract Law and Dutch Law, sh. 191.

ahlaksızlık veya hukuka aykırılıktan kaynaklanan geçersizlik hallerini kapsamadığı açıkça belirtilmiştir.⁴² Yine, PECL (Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri) de hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeleri kapsamı dışında bırakmıştır.⁴³

Belirtilenlere ek olarak, taraflar arasında akdedilen, bir yabancı ülke hukukunun ihlal edilmesine yönelik bir sözleşmenin mahkemelerce hukuken himaye edilmeyeceği de kabul edilmiştir.⁴⁴

Yasal düzenlemelerde açıkça tanımı verilme de hukuka aykırılık, kısaca hukuk düzeninin ilkelerine aykırılık olarak ifade edilebilir.⁴⁵ Buna göre, sözleşmenin emredici hükümlere, yasaklayıcı hükümlere, kişilik haklarına, kamu düzenine ve common law'a aykırı olması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

⁴² Kramer E. A.: Contractual Validity According to the UNIDROIT Principles, Eur. L. J. Reform, C.1, 1996, s. 3, sh. 288. UNIDROIT ilkelerinin İngilizce metni için bkz. <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>>

⁴³ Bush/Hondius/Kooten/Schelhaas/Schrama, sh. 191.

⁴⁴ Marshall D.: The Enforcement of Contracts Involving Corruption or Illegality in Other Countries, Sing. J. Legal Stud., 1997, sh. 372. Ayrıca bkz. Mann F. A.: Illegality and the Conflict of Laws, The Modern Law Review, C. 21, s. 2, Mart 1958, sh. 130-137. Belirtilen doktrin ilk olarak İngiliz Mahkemelerince, *Foster v. Driscoll* davasında kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Singapur Mahkemelerinde görülen, *Patriot Pte Ltd v. Lam Hong Commercial Co., Singapore Finance Ltd. v. Soetanto* ve *Shaikh Faisal v. Swan Hunter Singapore Pte Ltd.* davalarında da söz konusu doktrinin benimsendiği görülmektedir. Marshall, sh. 373.

⁴⁵ Tunçomağ K.: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, I. Cild, 2. Baskı, İstanbul 1965, sh. 166. Her ne kadar Türk Borçlar Kanununda, kanuna aykırılık terimi kullanılsa da, kastedilen şekli anlamda kanun değil maddi anlamda kanundur. Bu doğrultuda bir tüzük kurallarına aykırılık da hukuka aykırılığa ilişkin düzenlemedeki sınırları aşıyorsa kanuna aykırılık söz konusu olacaktır. Hatemi, sh. 56.

B. EMREDİCİ HÜKÜMLERE AYKIRILIK

Hukuka aykırılık kavramı içerisinde ilk olarak hukuk düzeninin emredici bir normuna aykırılık durumu girmektedir.

Emredici hukuk kuralları (*ius cogens*), herkese ödevler yükleyen, herkesin mutlaka uyması gereken ve tarafların aksine anlaşma yapmak suretiyle bertaraf edemeyecekleri kurallardır.⁴⁶ Söz konusu kurallar sözleşmenin taraflarını sözleşmelerine uygulanacak hükümleri belirleme özgürlüğünden mahrum bırakmaktadır.⁴⁷ Emredici hukuk kurallarının söz konusu olduğu alanlarda, tarafların aksine düzenleme yapabildikleri tamamlayıcı (yedek) hukuk veya yorumlayıcı hukuk kurallarının tersine taraflar, kendi iradeleriyle bu kuralları bertaraf eden düzenlemeler yapamayacaklardır.⁴⁸ Bunun neticesinde, bir hukuk kuralı emredici değil, yorumlayıcı ya da tamamlayıcı nitelik taşıyorsa, buna aykırı sözleşme hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bunların, tarafların sözleşme ilişkisi neticesinde belirledikleri ve sözleşmeye dahil ettikleri hususlar olması nedeniyle, bu hükümlerin ihlal edilmesi

⁴⁶ Eren, sh. 286; Tunçomağ, sh. 166; İnan sh. 189.

⁴⁷ Collins H.: The Law of Contract, 4th Edition, 2003, sh. 252. Bununla birlikte koruyucu nitelikteki emredici hükümlerin, özellikle bilgilendirme yükümlülüklerinin, sözleşmenin güçsüz tarafına sözleşme özgürlüğünü geri kazandırdığı görüşü ileri sürülmektedir. Lurger, sh. 449.

⁴⁸ Farklı hukuk çevreleri incelendiğinde, emredici hükümler ve emredici nitelikte olmayan hükümlerin algılanış biçimlerinde farklılıklar olduğu görülmektedir. Örneğin Fransız hukukunda emredici olmayan hükümlerin gücü zayıftır. Alman hukukunda ise, emredici hükümler ve emredici olmayan hükümlere ek olarak, yarı emredici hukuk kuralları bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda bir kuralın emredici olup olmadığı kuralın amacından çıkarılmak zorundadır, çünkü her zaman kanunda açıkça belirtilmiş olmayabilir. İtalyan Medeni Kanunu md. 1374 uyarınca sözleşme, sadece taraflarca belirlenen hukuki etkiye değil; hukukun, örf ve adetin ve hakkaniyetin öngördüğü etkiye de sahiptir. Yeni Hollanda Medeni Kanununda bir hükmün emredici olup olmadığı 'taraflar aksini kararlaştırmadıkça' ifadesi kullanılmak suretiyle genellikle açıkça belirtilmiştir. İngiliz hukukunda ise, hem kanun koyucu hem de mahkemeler sayısız tamamlayıcı hukuk kuralları oluşturmaktadır. 1979 tarihli Mal Satımı Hakkındaki Kanun ve 1982 tarihli Mal ve Hizmet Arzı Hakkındaki Kanun buna örnek olarak verilebilir. Hesselink M. W.: Non-Mandatory Rules in European Contract Law, ERCL, 2005, C.1, s. 1, sh. 56-62.

butlan yaptırımına tabi olmamakla beraber borca aykırılık nedeniyle sorumluluk doğması gündeme gelebilir.⁴⁹

Bir kuralın emredici niteliği, kanun maddesinin metninden, yazılış şeklinden veya yorumundan anlaşılabılır.⁵⁰ Bir kuralın emredici nitelikte olduğu madde metninden anlaşılmazsa, bu kurala aykırı davranılması durumunda, ortaya çıkacak neticeye bakmak gerekecektir. Eğer bu kurala aykırı davranılması kamu düzenini bozmaktaysa, o kural emredici hukuk kuralıdır.⁵¹

Son dönemde emredici kuralların sayısında bir artış görölmektedir. Bu artışın çoğunu tüketici, işçi gibi savunmasız kabul edilen sözleşmenin güçsüz tarafını korumak için oluşturulan düzenlemeler teşkil etmektedir. Common Law sisteminde yer alan İngiliz hukukunda da bu durum aynı şekilde gözlenmekle beraber, İngiliz hukuku tüm sözleşme türleri için başka bir ifadeyle herkesi ilgilendiren emredici ve yasaklayıcı hükümler koyma eğiliminde değildir. Örneğin, iyiniyetli davranma yükümlülüğü Kıta Avrupası hukukçuları tarafından bütün sözleşme türlerinde gözetilirken, İngiliz hukukunda örneğin sigorta sözleşmesi gibi sadece belirli sözleşme türlerinde gözetilmektedir.⁵²

⁴⁹ Tunçomağ sh. 166; Kılıçoğlu, sh. 55; Ateş, sh. 147, 148.

⁵⁰ Von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çeviren Av. Cevat Edege), I. Cilt, İstanbul 1952, sh. 250; Eren, sh. 287; Tunçomağ sh. 166.

⁵¹ Tunçomağ, sh. 167; İnan, sh. 190.

⁵² Ayitah P. S./Smith S.A.: Ayitah's Introduction to the Law of Contract, Sixth edition, Clarendon Press, Oxford 2005, sh.7.

C. YASAKLAYICI HÜKÜMLERE AYKIRILIK

Hukuk düzeni bazen emredici bir hukuk kuralı koymak yerine belli sözleşmelerin veya belli sözleşme hükümlerinin kararlaştırılmasını yasaklama yoluna gidebilir. Bu durumda, yasak koyan hükme aykırı sözleşme yapmak hukuka aykırı bir fiil teşkil edecek ve cezai bir yaptırımın uygulanması da gündeme gelecektir. Bu gibi durumlara örnek olarak, bir kişinin bir başkasının vücuduna zarar vermeyi, bir şeye zarar vermeyi, hırsızlık yapmayı vs. içeren sözleşmeler verilebilir.⁵³

Bir faaliyetin yapılmasının bir kanunla yasaklanmasına ek olarak, söz konusu faaliyet için kanunda bir izin (lisans) öngörülebilir ya da faaliyetin nasıl yürütülmesinin gerektiği kanunda belirtilmiş olabilir. Bu halde de kanunda öngörülen iznin bulunmaması⁵⁴ ya da edimin kanunda belirtildiği şekilde ifa edilmemesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda da yine cezai sorumluluk gündeme gelebilecektir.⁵⁵

Türk/İsviçre hukuku ile Alman ve Avusturya hukuku arasında sözleşmelerin emredici hükümlere aykırılığının hukuka aykırılık teşkil etmesi konusunda farklılık bulunmaktadır. Alman ve Avusturya Medeni Kanunlarında, sözleşmelerin hukuka aykırılığının söz konusu olabilmesi için açıkça yasak koyan bir normun ihlali şartı aranmasına rağmen Türk hukukunda, sözleşmenin hukuka aykırılığı için mutlaka bir kanuni yasağı ihlal etmesi gerekmeyip emredici bir kuralın ihlal edilmiş olması

⁵³ Tunçomağ, sh. 167.

⁵⁴ Bir sözleşme akdedebilmek için izin alınmasının zorunlu olmasına rağmen gerekli iznin bulunmaması ile ilgili olarak *Re Mahmoud v. Ispahani* davası oldukça ünlüdür.

⁵⁵ Beale H./Kötz H./ Hartkamp A./Tallon D.(Genel Editör.): Contract Law, 2002, sh. 316, 317.

sözleşmenin hukuka aykırılığı için yeterlidir.⁵⁶ Bu bakımdan Türk hukukunda emredici hükümlere aykırılıkla, bazı sözleşmelerin yapılmasını yasaklayan hükümlere aykırılık arasında hukuki sonuç açısından fark olmamakla birlikte teorik olarak, emredici hükümlerin tarafların yapabilme gücünü, yasak koyan hükümlerin ise, tarafların yapabilme iznini sınırlaması bakımından fark bulunmaktadır.⁵⁷

D. KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIK

Kişinin yaşamını, bedenini, ruh bütünlüğünü, şerefini, onurunu ve özgürlüğünü, isim ve resim gibi haklarını kısaca kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler de hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Zira kişilik hakları, herhangi bir şekilde sınırlandırılmayacakları, devredilemeyecekleri, feragat edilemeyecekleri için ve de nakdi veya ekonomik değerleri olmaması nedeniyle kazandırıcı işleme konu olamayacakları veya miras yoluyla intikal edemeyecekleri kısaca mutlak bir niteliğe sahip oldukları için sözleşme taahhüdüne veya sözleşmeye konu olamayacaklardır. Kişilik haklarının bu özellikleri gereğince, sadece üçüncü kişilere karşı değil, bireyin kendi tasarruflarına karşı da bu hakların korunması yoluna gidilmiştir. Ancak kişilik hakları, üstün yarar ya da bilimsel amaçlarla bir sözleşmenin konusunu oluşturabilir.⁵⁸ Bu tür durumlarda, hukuka aykırılık söz konusu değildir. Bu durumda bile, sözleşmenin ekonomik ve sosyal yönden zayıf tarafının şahıs varlığını ciddi ölçüde tehlikeye sokması ya da özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlaması halinde sözleşmelerin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir.⁵⁹

⁵⁶ Başpınar, sh. 125.

⁵⁷ Tunçomağ, sh. 167.

⁵⁸ Örneğin, organ nakli.

⁵⁹ Eren, sh. 289; Ateş, sh. 164.

Fransa, İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak kişilik haklarına aykırılık kavramını metne almayan Alman hukukunda, bu haklar Alman Medeni Kanunu'nun §138 hükmündeki genel ahlaka ilişkin düzenleme ile korumaktadır.⁶⁰

E. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

Yer ve zamana⁶¹ göre değişen diğer bir deyişle göreceli bir kavram olan kamu düzeni, toplumun yararı için konulmuş, uyulmasında ve korunmasında toplumun ve devletin genel menfaatinin bulunduğu kuralları ifade etmektedir.⁶² Bu menfaatler göz önünde bulundurularak, kamu düzenine aykırılıkların da hukuka aykırılık teşkil edeceği kabul edilmektedir. Ancak kamu düzeninin, ekonomik, sosyal, kültürel ve toplumsal gelişim ve değişimlerle birlikte değişmesi⁶³ diğer bir deyişle yer ve zamana⁶⁴ göre değişen bir kavram olması nedeniyle, kamu düzenine aykırılık teşkil eden hususlar da hukuk çevrelerine göre değişiklik sergilemektedirler. Burada

⁶⁰ Ateş, sh. 167.

⁶¹ *Evanturel v. Evanturel* davasında da ifade edildiği üzere, bir önceki nesil tarafından kamu düzeni gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuş birçok işlem günümüzde hukuka uygun bulunabilecektir. Kurallar aynen muhafaza edilirken, uygulaması kamu düzeni kavramı ile çeşitlenecektir. Morris J.(Genel Editör)/Bingham T.H./Guest A.G./Haris D.R./Lever J./Smart A. (Editör): Chitty on Contracts, 22. Bası, 1961, sh. 771.

⁶² İnan, sh. 190; Eren sh. 288. Kamu düzeni kavramı Anglo-Sakson hukukunda kamu politikası olarak çevrilebilecek *public policy* kelimesi ile ifade edilmektedir. Ancak, her ne kadar politika kavramını bünyesinde barındırsa da tıpkı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi belirli bir hükümetin ya da siyasi bir partinin politikası anlamında kullanılmamakta, tersine toplum tarafından paylaşılan, toplumun iyi yönetilmesi için gereken unsurları sağlamak ve toplumu korumak gibi genel menfaatleri ifade etmektedir. Bu nedenle, farklı ifadeler kullanılıyor olursa da her iki hukuk çevresinde aynı kavramsal içeriklerin mevcut olduğu söylenebilecektir. Elliot C./Quinn F.: Contract Law, Third Edition, 2001, sh. 168.

⁶³ Özdemir E.: İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD, 2005, C.54, s.3, sh.106.

⁶⁴ Kamu düzeni zaman içinde görüş ve inanışlara göre değişmektedir. Örneğin, 1867 tarihli *Cowan v. Milbourn* davasında, bir ateist toplantısı için yapılan salon kiralama sözleşmesinin geçersizliğine hükmedilirken 50 yıl sonra *Bowman v. Secular Society* davasında ise böyle bir sözleşmenin geçersizliğine hükmedilemeyeceği, bunun akla gelmesinin dahi insanlar tarafından saçma bulunacağı ifade edilmiştir. Eliot/Quinn, sh. 169.

incelenen kamu düzenine ilişkin düzenlemelerin irade özgürlüğünü kısıtlayıcı etkisidir.⁶⁵

Doktrinde, kamu düzeninin taşıdığı anlam hakkında iki temel görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki kamu düzeni kavramını dar anlamıyla ele alarak kamu düzenine aykırılığı emredici ve pozitif hukuk kurallarına aykırılık olarak ifade etmekte emredici niteliği kanundan açıkça anlaşılmayan hükümlerin kamu düzeni kavramı ile tespit edilebileceğini ileri sürmektedir. İkinci görüş ise kamu düzeni kavramını geniş anlamda yorumlayarak, kamu düzeninin sadece emredici nitelikteki kuralları tespit etmeye yarayan bir kavram olmadığını ayrıca yedek hukuk kuralları ve değer yargılarını da içerdiğini kabul etmektedir. İkinci görüşün benimsenmesi ile Alman ve Fransız Medeni Kanunlarında ve de İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında emredici kurallardan bahsedilmesine rağmen ayrıca kamu düzeni kavramına değinilmesine neden ihtiyaç duyulduğu daha net anlaşılabilecektir.⁶⁶

Bu anlamda olmak üzere, serbestliğin bir sınırı olarak Fransız Medeni Kanununda da kamu düzenine özel önem verilmiş ve 6. maddesinde, özel anlaşmalarla kamu düzeni ve ahlaka ilişkin konuların bertaraf edilemeyeceği öngörülmüştür.⁶⁷ Böylece, bir sözleşme devletin politik, sosyal ve ekonomik düzenini koruyan yazılı ya da yargıçların oluşturduğu herhangi bir kuralı ihlal ederse, kamu düzenine aykırı olacaktır.⁶⁸

⁶⁵ Hatemi, sh 38.

⁶⁶ Ateş, sh. 154-156.

⁶⁷ Merryman J.H./Clark D.S.: Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems, Cases and Materials, sh. 890; Hatemi, sh. 38.

⁶⁸ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 296.

Hatemi'ye göre, yazılı bir kural haline gelmemiş, kanunda ifadesini bulmamış kamu düzeni kuralları yoktur. Zira yazara göre, gerek Fransız Medeni Kanunu md. 6'da gerekse Türk ve Borçlar Kanunu md. 19'da yazılı hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kurallarından değil, kamu düzenine ilişkin ve ihlali durumunda kamu düzenine aykırılığın ortaya çıkacağı kanun kurallarından bahsedilmektedir.⁶⁹

Bu doğrultuda Alman hukukundaki kamu düzeni kavramının anlamı ve rolünün, Türk ve İsviçre hukuklarındakinden farklı olduğu görülmektedir. Kamu düzeni kavramı Alman hukukunda ayrı bir butlan sebebi olarak düzenlenmemiş⁷⁰ ve genel ahlaka aykırılık ve gabini düzenleyen BGB § 138'in, kişilik haklarında olduğu gibi, kamu düzenini kapsayacak şekilde yorumlanması yoluna gidilmiştir.⁷¹

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde, kamu düzeni sözleşmenin hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz kılınmasında sıklıkla başvurulanan bir kavramdır.⁷² Ancak bir hayli muhafazakar bir kavram olan kamu düzeni kavramı, oldukça katı sınırlar dahilinde kullanılmaktadır. Mahkemeler bir sözleşmenin kamu düzenine aykırı olup olmadığına karar verirken parlamentonun amacına açık bir etki vermek iddiasının arkasına saklanamamaktadırlar, zira mahkemelerin kendi kamu düzeni kavramlarını yavaş yavaş geliştirmeleri gerekmektedir. Keza, mahkemeler daha önce hiç

⁶⁹ Hatemi, sh. 39.

⁷⁰ Kamu düzeni kavramının belirsiz bir kavram olması nedeniyle mahkemelerde çok fazla yasal tartışmaya sebebiyet verebileceği düşüncesiyle, Alman Medeni Kanunun hazırlık çalışmalarında sosyalist parlamenterlerin önerisine rağmen, metne alınmamıştır. Ateş, dipnot 432.

⁷¹ Ateş, sh. 158. Cruz P.: *Comparative Law in a Changing World*, 2. Bası, 1999, sh. 261. Alman Medeni Kanununun İngilizce tercümesi için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>

⁷² Yargıç Burroughs *Richardson v. Mellish* davasında kamu düzenini, 'üzerine binildiğinde nereye götüreceği bilinmeyen hırçın bir at' olarak tanımlamıştır. Öte yandan, Lord Denning ise *Town Football Club Ltd. v. The Football Association Ltd.* davasında 'eğerindeki iyi bir adam bu hırçın atı kontrol altında tutulabilir ve o hırçın at engelleri aşabilir' demiştir. McKendrick E.: *Contract Law*, Macmillan, London 1990, sh. 202.

uygulanmamış bir sözleşme türünü kapsayacak şekilde kamu düzeni doktrinin genişletilmesi konusunda oldukça isteksiz olsalar da, değişen sosyal ve ahlaki değerleri yavaş yavaş mevcut kategorilere uyarlamaya başlamaktadırlar. Mahkemeler, geleneksel biçimde uygulanmış olan kamu düzeni doktrinin sözleşmeleri kapsayacak şekilde genişletilmesinde isteksizken, İngiliz hukukunda kamu düzeni doktrinin gelişimi daha çok nüfuzun kötüye kullanılması ya da pazarlık güçlerindeki eşitsizlikle ilgili davalarda gözlenebilmektedir.⁷³

F. COMMON LAW'A AYKIRILIK

İngiltere'de ortaya çıkmış Common Law Hukuku, Kıta Avrupası hukukçularına, sistemi itibariyle Kıta Avrupası hukuk düzeninden farklı olması sebebiyle oldukça değişik gelmektedir. Bunun nedeni, Common Law'un mahkemeler tarafından yaratılmış olay hukukuna diğer bir deyişle hukuk tekniğinin kanunlara değil, mahkeme kararlarına ve olay gruplarına dayanmasıdır.⁷⁴

Common Law terimi farklı anlamlara gelebilmektedir. Ancak burada kastedilen, Common law ve equity mahkemelerince oluşturulan ve geliştirilen ilkeleri içeren Common Law'un etkili olduğu ülkelerdeki davaları ve kanunları kapsayan modern anlamıdır.⁷⁵

⁷³ McKendrick, sh. 202.

⁷⁴ Oğuz, sh. 253, 254; Zweigert/Kötz, sh. 181.

⁷⁵ Cruz, sh. 101.

Anglo-Amerikan Hukukunda, hukuka uygun olmayan sözleşmeler (*illegal contracts*) hukuka aykırı sözleşmeler ve Common Law’a aykırı sözleşmeler olarak incelenmektedir. Pek çok sözleşme herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesine aykırı olmasa bile Common Law’a aykırı olması nedeniyle uygulanamayacaktır. Genel olarak, bir suç işlemeye yönelik ya da sahtekarlık maksadıyla yapılan sözleşmeler, devletin diğer devletlerle olan ilişkilerini bozmaya, kamu hizmetlerine zarar vermeye, adaletin işleyişini saptırmaya, evlenme özgürlüğünü etkilemeye ve ticareti kısıtlamaya yönelik sözleşmeler common law’a aykırı sözleşmelerdir. Dolayısıyla hukuka da aykırıdırılar.⁷⁶

II. AHLAKA (ADABA) AYKIRILIK

A. GENEL OLARAK

“Mustafa Nihat Özön’ün Osmanlıca-Türkçe sözlüğünde “ahlak”, Arapça Hulk’tan⁷⁷ türemiş, insanın yaratılıştan veya sonradan eğitimle kazandığı ruh ve kalp halleri, huylar olarak tanımlanmaktadır.”⁷⁸ Ahlak, bireylerin toplumla ilişki içinde olması neticesinde ortaya çıkan değer yargıları uyarınca yapılması ve yapılmaması gerekenleri belirleyen, insandan ayrı düşünülemeyen, yer ve zamana göre

⁷⁶ Anson W.R.: Principles of the English Law of Contract and the Agency in its Relation to Contract, A.G.Guest tarafından, 22’nci Bası, sh. 298 vd.

⁷⁷ Hulk:1) Yaratılıştan olan huy; 2) Manevi nitelik, iyi veya kötü huy; 3) Yaratılıştan olan tabiat veya karakter. Koptagel İ. G.: Ahlak mı Etik mi?, Gündüz Aybay’a Armağan, İstanbul, 2004, dipnot 2 (Özön M. N.: Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 6. basım, İstanbul, 1979’dan naklen.)

⁷⁸ Koptagel, sh.269 (Özön’dan naklen)

değişmesine rağmen toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen sosyal düzen kuralları şeklinde tanımlanabilir.⁷⁹

Aşağıda incelendiği üzere hukuk sistemlerinde ahlakın ele alınış biçimi, tıpkı ahlakın toplumdan topluma farklılık arz etmesinde olduğu gibi çeşitlidir.

B. AHLAKA (ADABA) AYKIRILIĞIN HUKUK SİSTEMLERİNE YANSIMASI

Roma Hukukunda *pactum*'larla gelişen şekilci ve katı sözleşme teorisi içerisinde, şekle bağlı işlemler dışında keyfi ve denetim dışı *pactum*ların yapılmasını önlemek maksadıyla *dolo malo* (kötü niyetle) *pactum*ların yapılamayacağı ve içeriklerinin kanununa aykırı olamayacağı yönünde bir *edictum* yayınlanmıştır. Böylelikle, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne sınırlama getirilmesine başlanmış ve *stipulatio*ların kanuna ve *boni mores*'e⁸⁰ aykırı olamayacağı kabul edilmiştir. Ancak bu dönemde, *contra bonos mores* terimi, ahlak kavramını değil, hukukun kurduğu düzenin genel ilkelerine aykırılığını ifade etmekteydi.⁸¹ Sonraları ahlak kuralları, sadece şehirdekilere değil bütün insanlara uygulanacak şekilde

⁷⁹ Ateş, sh. 82; Eren, sh. 291; Yüksel M.: Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bakış, AÜSBFD, C. 57, s. 1, sh. 179.

⁸⁰ Seviğ'e göre, bu dönemde Roma Hukukunda *boni mores*'in iki tür görevi vardı: 1) Kanunun yasaklamadığı hususları sınırlıyordu. Böylelikle, velayet hakkının zalimce ve gereksiz kullanımı önlenebiliyordu. 2) Bazen küçüğün büyüğe itaat etmesi ve saygılı davranması, iffete ve verilmiş söze sadık davranılması ve vefalı olma gibi kanunun yaptırım altına almadığı görevlerin yapılmasını sağlamakta idi. Seviğ V.R.: Ahlakın Umumiyetle Hukuk ve Mukaveleler Üzerinde Tesiri, Arsebük Armağını, Ankara 1958, sh. 610.

⁸¹ Hatemi sh. 59-62.

genişletilmiş ve şerefe aykırı her şeyi kapsayan bir genel hukuk ilkesi haline dönüşmüştür.⁸²

Fransız Hukukunda, toplumun ihtiyaçlarına ve pozitif hukukun mantığına uygun olan sosyal davranışlardan korunmaya değer olanları korumak ve toplumsal düzeni temin etmek için gereken kuralların ahlak kuralları olduğu kabul edilmiş⁸³ ve Fransız Medeni Kanununun 6'ncı maddesinde, ahlaka aykırı (*bonnes moeurs*) sözleşmelerin hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir. Bununa ilaveten, 1108'nci maddede, bir sözleşmenin geçerliliği için gereken şartlar arasında, borç ilişkisinin meşru olması (*une cause licite de l'obligation*) da aranmıştır.⁸⁴ Sebebin meşru olmaması durumunda ise yaptırım 1131'inci maddede öngörülmüş ve böyle bir borç ilişkisinin hiçbir hukuki etkiye sahip olmadığı belirtilmiştir. 1133'üncü maddede ise, meşru olmayan sebep açıklanmış ve kanun tarafından yasaklanmış ya da ahlaka ya da kamu düzenine aykırı sebebin gayrimeşru olduğuna hükmedilmiştir.⁸⁵ 1172'nci maddesinde ahlaka aykırı şart içeren sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmiş; 1387'nci maddesinde, eşler arasındaki mal sözleşmelerinin ahlaka aykırı⁸⁶ (*contraire aux bonnes moeurs*) olmadığı sürece serbestçe düzenlenebileceği kabul edilmiş; 900'üncü maddesinde ise, sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarda, kanuna veya

⁸² Ateş, sh. 8.

⁸³ Ateş, sh. 11.

⁸⁴ Bu durum, Fransız Hukukunda mahkeme içtihatlarıyla ahlaka uygunluğun geniş ölçüde denetlenmesine sebep olmuştur. Hatemi, sh. 63.

⁸⁵ Hatemi, sh. 63. Fransız Medeni Kanununun İngilizce kısmi çevirisi için bkz. von Mehren A.T.: The Civil Law System Cases and Materials for the Comparative Study of Law, 1957, Ek. A, sh. 855-874.

⁸⁶ Profesör Georges Rouhette tarafından yapılan ve <http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm#CHAPTER%20I%20-%20G> internet adresinde yer alan, Fransız Medeni Kanunun İngilizce çevirisinde bu terim, *public morals* şeklinde geçmektedir.

geleneklere aykırı şartların (*contraire aux moeurs*) hükümsüz olacağı belirtilmiştir.⁸⁷

Görüldüğü gibi Fransız Medeni Kanununda terim birliği yoktur.

Alman Medeni Kanununda Roma Hukukundaki *boni mores* ve Fransız Hukukundaki *bonnes moeurs* teriminin karşılığı olarak *die Guten Sitten* terimine yer verilmiş ve 138'inci maddesinde⁸⁸ ahlaka aykırı sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. 319., 817. ve 826'ncı maddelerinde de yine bu kavrama yer verilmiştir.⁸⁹

Ahlak kuralları ile ilgili olarak İsviçre Borçlar Kanunu ile Medeni Kanunu arasında terim birliği bulunmamaktadır. Bazı maddelerinde *gute Sitten* ve *bonnes moeurs*, bazı maddelerinde ise, *unsittlich* ve *immoral* ifadeleri kullanılmaktadır. Bu durum, kanunların Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.⁹⁰

Türk Borçlar Kanunda da terim birliği bulunamamasının nedeni, İsviçre'deki bu farklılığın, ne şekilde tercüme edileceği hususunda görüş birliğinin bulunmamasıdır. Kanun çalışmaları sırasında, “umumi ahlaka mugayir” ve “adaba mugayir” terimlerinin hangisinin kullanılacağı belirlenememiş, tercih yasama

⁸⁷ Hatemi, sh. 63, 64.

⁸⁸ Markesinis/Unberath/Johnson'a göre, iyiniyet ilkesinin düzenlendiği §242 ve ahlaka ve kamu düzenine aykırı sözleşmenin geçersiz olduğunun belirtildiği §138 I, sözleşmeler hukukunu etkileyen en önemli genel hükümlerdir. Markesinis /Unberath/Johnson, sh. 23.

⁸⁹ Hatemi, sh. 64, 65.

⁹⁰ Ateş, sh. 22.

organına bırakılmıştır. Ancak Meclis tasarımı bütün olarak oylamış, madde üzerinde tartışma yapmamıştır. Bu nedenle yasada iki kavram da yer almıştır.⁹¹

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ise sözleşmelerin ahlakla ilişkisinin oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olması (*contra bonos mores*) genellikle cinsel ahlaksızlıkla sınırlıdır.⁹² Bununla birlikte, “iyi ahlak” terimi Almanya ve diğer ülkelere göre Fransa’da daha sınırlı bir anlama gelmektedir. Çünkü bir sözleşme sadece cinsel ahlaksızlığa ya da aile hayatının temel ilkeleriyle uyumsuz olduğu durumlarda *bonnes moeurs*’a aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır.⁹³

⁹¹ Ateş, sh.27.

⁹² Örneğin, *Walker v. Perkins* davasında nikahsız birlikte yaşama (*cohabitation*) maksatlı *consideration* ahlaka aykırılık gerekçesiyle geçersiz bulunmuştu. *Pearce v. Brooks* davasında ise, davacı otobüs işletmecisi, fuhuş amacıyla kullanılacağını bildiği bir otobüsü bu amaca uygun bir dizayn ile bir fahişeye taksitle satmış, ancak fahişenin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi neticesinde, kira bedelini temin edebilmek için dava açmıştır. Ancak davası ahlaka aykırılık nedeniyle reddedilmiştir. Anson, sh. 320, 321; McKendrick, sh. 202; Eliot/Quinn, sh. 169.

⁹³ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 297.

BÖLÜM II

SÖZLEŞMELERDE GÖRÜLEN HUKUKA ve AHLAKA AYKIRILIK

TÜRLERİ

I. SÖZLEŞMENİN YAPILMASININ YA DA SÖZLEŞMEDE YER ALAN TAAHHÜDÜN HUKUK DÜZENİNCE YASAKLANDIĞI VEYA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR

Hukuk düzeni bazı sözleşmelerin yapılmasını yasaklamış olabilir. Ancak bu durumda yasaklanan sözleşmenin edimi değil, içeriğidir. Sözleşmenin içeriği, tarafların üzerinde açıkça veya zımnen anlaştıkları tüm hususları kapsayan, sözleşmenin konusu kavramından daha geniş bir kavramdır.⁹⁴ Bu tür sözleşmelerde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine konu edim ya da tarafların doğrudan ya da dolaylı amaçlarına bakılmaya gerek duyulmaksızın sadece sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması hukuk ve ahlak kurallarına aykırılık teşkil edebilmektedir.⁹⁵

⁹⁴ Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşmenin mevzuu ifadesi kullanılmaktadır. Yukarıda değinildiği gibi içerik kavramı daha geniş bir kavramdır. Türk hukukunda içerik kavramı yerine daha dar kapsamlı konu kavramının kullanılmış olmasının nedeni, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki farklılıktır. İsviçre Borçlar Kanunun Fransızca ve İtalyanca metninde konu anlamına gelen, “*object*” ve “*l'oggetto*” kelimeleri kullanılmıştır. Aynı kelimelerin Fransız Medeni Kanunu (md. 1108 vd.) ve İtalyan Medeni Kanununda (md. 1325 vd.) kullanıldığı görülmektedir. Buna karşılık gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde içerik anlamına gelen “*inhalt*” kelimesi kullanılmaktadır. Ancak farklı kelimeler kullanılmış olsa da burada anlaşılması gereken, tarafların açıkça ya da zımnen kararlaştırdıkları bütün hususlardır ve bunların hem hukuk kurallarının hem de ahlak kurallarının denetimine tabi olacağıdır. Ateş, sh. 198.

⁹⁵ Eren, sh. 289; Ateş, sh. 197, 238. Başpınar'a göre ise, dar anlamda sözleşmenin içeriği tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaçların ve hak ve borçlardan oluşan edimlerin bütünüdür. Geniş anlamda sözleşmenin içeriği ise, tarafların sözleşmede istedikleri ve aralarında anlaştıkları hususları kapsamaktadır. Bu bağlamda tarafların sözleşme ile ulaşmalarının mümkün olduğu ve taraflarca istenilen ve peşinden gidilen amaç olarak tanımlanabilecek dolaylı amaç da geniş anlamda sözleşmenin kapsamında yer alacak ve hukuka veya ahlaka aykırılığın söz konusu olması durumunda sözleşmenin geçersizliği söz konusu olabilecektir. Başpınar, sh. 58, 59.

Hangi içerikteki sözleşmelerin yasaklandığının⁹⁶ belirlenmesi kolay değildir. Zira konuyla ilgili kanuni yasaklar açık olabileceği gibi zımni de olabilir.

A) SÖZLEŞME YAPILMASININ KANUNDA AÇIKÇA YASAKLANDIĞI DURUMLAR

Kanun, belirli sözleşme türlerini herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça yasaklamış olabilir. Buna örnek olarak, 1998 tarihli İngiliz Rekabet Kanununun 2(2)(a) maddesi verilebilir. Söz konusu maddede, doğrudan veya dolaylı olarak alım ya da satım fiyatlarının belirlenmesi (perakende fiyatın belirli bir düzeyin üstüne çıkartılmaması ya da düşürülmemesi için üreticilerle perakendeciler arasında yapılan anlaşmalar da dahildir) maksadını güden anlaşmalar, kararlar ya da uygulamalar yasaklanmıştır.⁹⁷ 1845 tarihli Kumar Kanununda da sözlü ya da yazılı kumar ya da bahis sözleşmesinin geçersiz olduğu belirtilmiş ve kumar ve bahse dayanan alacakların tahsilinin mahkemelerce temin edilmesinin talep edilemeyeceği belirtilmiştir.⁹⁸ Alman Medeni Kanunu §276 III hükmü uyarınca da borçlunun kasıtlı eylemlerinden doğan sorumluluğunun önceden kaldırılamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükme aykırı düzenleme yapılması durumunda düzenleme geçersiz

⁹⁶ Söz konusu yasaklanma durumu elbette ki kanunlarla sınırlı değildir. Ahlak ve kamu düzeni de sözleşmenin geçerliliğinin belirlenmesi konusunda bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Errante E.: The Anglo-American Law of Contracts, 2001, 2.Bası, sh. 143.

⁹⁷ Keenan D.: Smith&Keenan's English Law, sh. 367; Birks P.: English Private Law, Cilt II, sh. 91. Benzer hüküm 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. maddesinde de yer almaktadır.

⁹⁸ Diğer bir deyişle, kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olduğu belirtilmiştir. Eliot/Quinn, sh. 167.

olacaktır.⁹⁹ Fransız hukukunda da toplu iş sözleşmeleri ile getirilen ücret zamlarının, fiyat endekslerine bağlı tutulması yasaklanmıştır.¹⁰⁰

B) SÖZLEŞME YAPILMASININ KANUNDA ZIMNEN YASAKLANDIĞI DURUMLAR

Kanunlar her zaman, kanunun bahsetmek istediği hakları ortadan kaldırmaya yönelik sözleşme hükümlerine karşı açık bir yasaklama içermeyebilir.¹⁰¹ Diğer bir deyişle sözleşmelerin, kanun hükümlerini ihlal etmesi nedeniyle hukuka aykırı olduğu kanunda açıkça ifade edilmemiş olabilir. Bu durumda zımni bir kanuni yasak söz konusudur.¹⁰² Bu tür yasaklara aykırılık, her olayın kendine özgü şartları içerisinde değerlendirilir ve her durumda, sözleşmenin geçersiz kılınması yoluna gidilmeyebilir.

Bir savaş dönemi kanun hükmünde kararnamesi uyarınca, Yiyecek Kontrolörlüğü'nün izni olmadan keten tohumu yağının alım satımı yasak olmasına rağmen davacının, davalıya bir miktar keten tohumu yağını satması ve dağıtmasıyla ilgili 1921 tarihli *Re Mahmoud and Ispahani* davasına konu olayda, sözleşme yapılmadan önce davacı davalıya gerekli izinlerinin olup olmadığını sormuş, davalı ise izni olmadığı halde izninin olduğuna davacıyı ikna etmiştir. Ancak, akabinde davalı borca konu keten tohumu yağını kabul etmemiştir. Söz konusu davada ilk

⁹⁹Markesinis/Unberath/Johnson, sh. 241.

¹⁰⁰ Fransız hukukunda hayat pahalılığına karşı ücretlerin endeksleme yöntemi yerine, revizyon koşulları ile korunması amaçlanmaktadır. Özdemir, sh. 100.

¹⁰¹ Collins, sh. 252.

¹⁰² Böyle zımni yasaklar sözleşmenin her iki tarafının, sözleşme yapmasının ya da sözleşmeyi ifa etmesinin yasaklandığı durumlarda ortaya çıkabileceği gibi kanuni yasağın taraflardan biri için yönelik olduğu durumlarda da söz konusu olabilir. Treitel G.: The Law of Contract, 10. Bası, 1999, sh. 397.

derece mahkemesinin kararı, bir sözleşmenin taraflardan birinin gerekli izine sahip olmadan akdedilmesi durumunda, söz konusu taraf öyle olmadığı halde sözleşme için gerekli izine sahip olduğunu belirtse bile sözleşmenin geçersiz olduğu gerekçesiyle, İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur.¹⁰³

Mohamed v. Alaga & Co. davası ise Somalili Muhammet ile avukat Alaga arasında Muhammet'in, Somalili mültecileri avukatın bürosuna yönlendireceğine, çeviri gibi işler yaparak avukatın davalarına hazırlanmasına yardım edeceğine ve karşılık olarak avukatın vekalet ücretinin yarısını alacağına ilişkin imzalanan sözleşme ile ilgiliydi. Ancak böyle bir ücret paylaşımı sözleşmesi İngiliz Avukatlar Birliği (*Law Society*) kurallarına aykırıydı ve fakat Muhammed bu kuralı bilmemekteydi. Söz konusu hükme aykırılık nedeniyle sözleşmenin hukuka aykırılığına hükmedilmiş olmasına rağmen yine de mahkeme, Muhammed'in, anlaşmanın hukuka aykırı olduğunu bilen ya da bilmesi gereken Alaga'dan daha az kusurlu olmasından etkilenerek bu hizmetlerin karşılığı olan ödemenin hukuka aykırı sözleşme uyarınca ödenecek ücretin bir parçası olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁴

¹⁰³ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh.317; Guest, sh. 299; Kötz/Zweigert, sh.386; McKendrick, sh. 201. Bu davanın karar kısmında, Yargıç Atkin, belirli bir sözleşmenin ya da sözleşme türünün kanunda yasaklanıp yasaklanmadığının tespiti hususunda mahkemenin yapması gerekenin kanunda açık bir yasağın bulunup bulunmadığını belirlemek ya da böyle bir sözleşme akdeden kişiye kanunda bir ceza öngörülmesinden yola çıkarak sözleşmenin yapılmasının da kanunda yasaklandığı sonucuna ulaşmak olduğunu belirtmiştir. Ancak, kanunda bir cezanın öngörüldüğü fakat taraflardan birinin kanunda yasaklanan durumun olayda söz konusu olduğunu bilmediği bir durumda mahkeme sözleşmenin hukuka aykırı olduğuna hükmetmeyecektir. Aynı davada, Yargıç Bankes, kanun hükmünde kararnamede kamu yararının açık ve müphem olmayan bir şekilde ifade edildiğini ve böyle bir sözleşmenin geçerli olmayacağını belirtmiştir. Yargıca göre ayrıca, kendi fiili durumunu sözleşme akdedilmeden önce gizleyen tarafın yani davalının kendi hukuka aykırı fiiline dayanarak savunma geliştirmesi haksız bir durumdur. Ancak sözleşmenin geçerli kabul edilmesi de kanunun amacına yani kamu yararına da ters düşecektir. Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 318.

¹⁰⁴ Smith J.: *The Law of Contract*, 4. Bası, 2002, sh. 257.

Alman Temyiz Mahkemesi'nin 23 Eylül 1982 tarihli bir kararı, bir kanunun, tarafları sözleşme yapmaktan men etmesi ve cezai yaptırımlardan sorumlu tutması durumunda sözleşmenin zımnen yasaklandığı ve hükümsüz kılındığı şeklinde mütalaa edilmesine örnek teşkil etmektedir. Bu karara konu olay özetle şöyledir: 16 Ocak 1978 tarihli bir sözleşme ile davacının davalı için 146.949,50 DM karşılığında bir ev inşa etmesi kararlaştırılmıştır. 143.000 DM'yi ödeyen davalı evin tamamlanmasından sonra ilaveten 45.000 DM'den daha sorumlu tutulmuştur. Söz konusu meblağ, davacının davalı adına sipariş ettiği inşaat malzemelerinden kaynaklanmıştır. Davalı, 16 Ocak 1978 tarihli sözleşmenin geçersizliğine dayanarak davanın reddini talep etmiştir. Ayrıca, davalı savunmasında, inşa edilen evin yapımında kaçak işçilerin çalıştırıldığını ve bunun da kanunen yasak olduğunu ileri sürmüştür. Alman Temyiz Mahkemesi'ne göre buradaki sorun, kanunda öngörülen bir yasağın konusuna ya da amacına aykırılığın söz konusu olmasının sözleşmeyi geçersiz kılıp kılmayacağıdır. Bu bağlamda, Kaçak İşçilikle Mücadele Kanunu'nda kaçakçılığın açıkça yasaklandığı bir hüküm mevcut olmamakla birlikte bu kanunun amacı ve konusu, öngörülen yaptırımlarla beraber, kanunun yasaklayıcı hükümler içerdiğine ve bu kanuna aykırı işlemlerin BGB'nin §134. hükmüne uygun olarak geçersiz kılınacağına işaret etmektedir. Bununla birlikte, mahkemeye göre istisnai olarak, bu davada BGB §134 uyarınca sözleşmenin geçersizliği, davacının davalıdan, tedarikçi firmalardan mal temin etmesi nedeniyle belirlenen meblağın aşılmasından doğan zararlarını talep etmesine engel değildir. Mahkeme sözleşme bedeli olan 146.949,50 DM'nin davalının davacıyı ekstra masraflardan korumak için verdiği zımni bir garanti olduğunu vurgulamıştır. Nihayet, mahkeme davalının, sözleşmenin geçersizliğine dayanarak davacının iddiasını bertaraf edemeyeceğine ve tedarikçi ya

da diğ er firmalar tarafından kesilen faturaları davalının ödemek zorunda olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁵

Kanunun amacının, arsa sahiplerini ve m teahhitlerini böyle sözleşmeler akdetmekten caydırmak olduğu durumlarda, mahkemenin davacının ekstra masraflarını tazmini talebini reddetmesinin daha caydırıcı olacağını ileri sürerek söz konusu karar eleştirilmektedir.¹⁰⁶

Kanun, taraflardan sadece birinin sözleşme akdetmesini yasaklayabileceği gibi bazen de, taraflardan birinin gerekli yetki ve izin belgelerine sahip olması durumunda sözleşme yapabileceğini ya da sözleşmenin ifasının kanunda belirtilen şekilde yapılmasını öngörmüş olabilir. Kanunun tek tarafa yasaklama getirip getirmediğinin tespiti kamu düzeni m lahazalarına bakılarak yapılacaktır.¹⁰⁷ Taraflardan birini korumak maksadıyla diğ er tarafa yönelik kanuni yasaklar söz konusu ise, sözleşme geçersiz kılınacaktır. Ancak bu da şartlara bağlı olarak değişebilmektedir. Örneğin, *Shaw v. Groom* davasında, kiralayana kiracıya gerekli bilgileri temin etme yükümlülüğünü yükleyen emredici hükümlere kiralayan aykırı

¹⁰⁵ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 318-321.

¹⁰⁶ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 320.

¹⁰⁷ *Phoenix General Insurance Co. of Greece SA v. Adas* davasında Yargıç Kerr ‘‘Kanunun, taraflardan sadece birini izin/onay almadan sözleşmeye girmekten men ettiği ya da sözleşmeye girdiği takdirde cezaya tabi tuttuğu durumlarda, kanun sözleşmeyi hukuka aykırı ve geçersiz kılmak amacıyla sözleşmeyi kendiliğinden zımni olarak yasaklamış olmamaktadır. Kanunun böyle bir etki doğurup doğurmadığı kanunun önlemek istediği zarar, kanunun lafzı, uygulama alanı, amacı, menfaati korunmak istenen taraf açısından doğan sonuçlar ve diğ er değerlendirmeler ışığı altında kamu düzenine ilişkin mülahazalara bağlıdır.’’ şeklinde görüş bildirmiştir. Bununla birlikte İngiliz Temyiz Mahkemesi yetkisiz yapılan sözleşmelerin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bu durum, tazmin edilememe neticesiyle karşılaşabilecek sigorta edilen için sakıncalıdır. Bu sorun, 1986 tarihli Finansal Hizmetler Kanunun 132. md.sinde değişiklik yapılarak giderilmiştir. Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 320.

davrandığı halde, kendisine ödenmeyen kira alacağına yönelik talebi kabul edilmiştir.¹⁰⁸

Taraflardan birine yönelik kanuni bir yasağın söz konusu olması durumu ile ilgili olarak, Fransız Temyiz Mahkemesi 15 Şubat 1961 tarihli bir kararında, bir tellal için satışta ücret kabul etmek disiplin suçu olmasına rağmen, ücret ödeme sözleşmesini hukuka aykırı bulmamıştır. Buna gerekçe olarak da kararda, tellalın satışta ücret kabul etmesinin bir ticari faaliyet sayılacağı ve ticari faaliyetlere girilmesinin kanunda yasaklandığı ancak yasaklananın sadece tellalın yükümlülüklerine uygun düşmeyen ticari faaliyetler olduğu ve bunlar için de disiplin cezası öngörüldüğü ifade edilmiştir.¹⁰⁹ Diğer bir deyişle taraflardan birini korumaya yönelik bir yasağın söz konusu olmaması nedeniyle mahkeme ücret ödeme sözleşmesinin hukuka aykırılığına hükmetmemiştir.

Benzer bir dava da Alman Temyiz Mahkemesi'nde görülmüştür. 29 Kasım 1980 tarihli davada müzayedeci tarafından dolandırıcılığın önlenmesi maksadıyla yapılan ve alıcı tarafından imzalanan yazılı fiyat teklifleri hariç, müzayedecilerin müzayede başlamadan önce fiyat teklifi almaları Alman Ticaret Kanunu'nda (§34 VI No.3) yasaklanmış olmasına rağmen, bir resim, davacı müzayedeci tarafından davalıya müzayede öncesi, yasal koşulları taşımayan, sadece telgrafla gönderilmiş bir fiyat teklifine dayanarak bırakılmıştır. Davalı fiyat teklifinin kanuna aykırı olduğunu geçerli bir sözleşmenin bulunmadığını ileri sürmüştür. Ancak davalının bu iddiası reddedilmiş ve satım sözleşmesinin geçerliliğine hükmedilmiştir. Mahkemeye göre,

¹⁰⁸ Zweigert/Kötz, sh. 387; Smith, sh. 261.

¹⁰⁹ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 321, 322.

BGB §134 uyarınca, kanunda aksi öngörülmedikçe bir hukuki işlemin kanuna aykırı olması sözleşmeyi geçersiz kılar. Yerleşik içtihatlarla göre ise, ihlalin yasaklanmış hukuki işlemi geçersiz kılıp kılmayacağı sorunu yasaklayıcı düzenlemenin konusu ve amacına bağlıdır. Eğer yasak sadece taraflardan biri için söz konusu ise, genel kural olarak, hukuki işlem geçersiz kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte, bazı davalarda, tek taraflı bir yasağın ihlali hukuki işlemin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Özellikle bu durum söz konusu kanunun taraflardan birini korumayı amaçlaması halinde ve amaçladığı korumanın sağlanabilmesinin başka türlü mümkün olmadığı durumlarda söz konusudur.¹¹⁰

Konu ile ilgili olarak, *St. John Shipping Corp. v. Josep Rank Ltd.* davası da önem arz eder. Bu davada, gemi sahibinin, sözleşme yapıldığı sırada gemiye aşırı yük yüklemek gibi¹¹¹ bir niyeti yokken, sonradan aşırı yük yüklemesinin, taşınan eşyanın malikine navlun ödemeyi reddetme yetkisi vermediğine ve sözleşmenin geçerliliğine hükmedilmiştir.¹¹² Zira burada yargıç Devlin'e göre, gemi sahibinin

¹¹⁰ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh.322.

¹¹¹ Aşırı yük yüklenmesi *Merchant Shipping (Safety and Load Line Conventions) Act*'e aykırı idi.

¹¹² Söz konusu davada hüküm veren, Yargıç Devlin'e göre, 2 genel prensip söz konusudur. 1) Suç işlemek maksadıyla yapılan sözleşmeler geçersizdir. Bu ilkenin uygulanması sözleşmenin yapıldığı anda hukuku ihlal etme niyetinin bulunup bulunmamasına bağlıdır. Eğer bu ihlal niyeti karşılıklıysa yani sözleşmenin iki tarafı da hukuka aykırı davranma niyetindeyse, sözleşmenin geçersizliği söz konusudur. Ancak bu ihlal niyeti tek taraflı ise, hukuka aykırı davranma niyetinin olduğu kanıtlanan tarafın açtığı davada sözleşme uygulanmayacaktır. 2) Kanun tarafından açıkça ya da zımnen yasaklanmış bir sözleşme mahkemece uygulanamaz. Eğer böyle bir sözleşme söz konusu ise, tarafların niyetlerinin ne olduğu önem taşımaz. Diğer bir deyişle, kanun sözleşmeyi yasaklamışsa, tarafların hukuku ihlal etme amaçları bulunmasa bile, sözleşme uygulanmayacaktır. Bu iki tür sözleşme arasındaki önemli fark budur. İlk türde, kanunun hangi eylemleri yasakladığına bakılacaktır. Eğer sözleşme, kasten yasaklanmış bir eylemin yapılması için akdedilmişse, kanunun sözleşmeyi yasaklayıp yasaklamadığına bakılmaksızın sözleşme geçersiz kılınacaktır. Diğer türde ise, hangi eylemlerin yasaklandığı göz önünde bulundurulmayacak, hangi sözleşmelerin yasaklandığı bir sözleşme yapmışlarsa, sözleşme uygulanamayacaktır. McKendrick E.: Contract Law, sh. 199. Ayrıca bkz. Cheshire G.C./Fifoot C.H.: Cases on the Law of Contract, 5. Bası, 1969, sh. 233-248.

navlun almaya hakkı vardır, çünkü söz konusu hukuka aykırılık sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkmıştır.¹¹³

Yargıç Devlin'in bu görüşlerine atıfta bulunan *Archbalds (Freightage) Ltd. v. S. Spanglett Ltd.* davasında ise, taşıdığı malın çalınmasına sebep olan karayolu nakliyecisinin söz konusu malı gerekli lisansı bulunmayan bir kamyon ile taşımış olmasının, mal sahibinin zararının tazmin edilmesine engel teşkil etmeyeceğine ve sözleşmenin geçerli olduğuna hükmedilmiştir. Bu davayı gören, Yargıç Pearce'a göre, söz konusu kanun, taşımacıların hangi araçlarla eşya taşıyacaklarını düzenlediğinden sözleşme açıkça yasaklanmamıştır. 1933 tarihli Kara ve Demiryolu Kanunu'nun konusu, bu bağlamda mal sahibine ya da nakliye faaliyetlerine müdahale etmek değil, etkinliğini arttırmak için nakliye faaliyetlerinde bulunanları kontrol etmektir. Kanun'da düzenlenen yasaklar mal sahipleri için değil, bu tür nakliye araçlarını kullananlar içindir. Bu nedenle nakliye sözleşmesi Yargıç Devlin'in *John Shipping Co. v. Joseph Rank Ltd.* davasında da belirttiği gibi "iki taraflı" bir sözleşmedir ve kanunda zımnen yasaklanmamıştır. Bu görüşün sağduyu ve uygunluk ile desteklenmesi gerekmektedir. Aksi durumda bir taksi şoförü tarafından تنها bir yerde indirilen bir yolcunun, şoförün ehliyetinin ya da sigortasının olmaması nedeniyle, zararının tazmin edilmemesi, kanunun anlamının istenilmeyen ölçüde genişletilmesi neticesini doğuracaktır.¹¹⁴ Kaldı ki, burada davacılar davalıların gerekli izin belgesine sahip olmadığını bilmemektedir; eğer biliyor olsaydılar, suça iştirak etmiş olacaktı ve talepleri reddedilecekti.¹¹⁵

¹¹³ Smith, sh. 261.

¹¹⁴ McKendrick, sh. 200.

¹¹⁵ Smith, sh. 259.

Bazı sözleşmelerin yapılmasının kanunda açıkça yasaklanması durumunda, görüldüğü üzere sözleşmenin hukuka aykırılığına hükmedilecektir. Ancak sözleşmenin akdedilmesinin kanunda açıkça yasaklanmadığı durumlarda sözleşmenin geçersizliğine hükmedilmesi konusunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Örneğin, taraflardan birini korumak ya da gözetmek maksadıyla oluşturulan emredici hükümlere aykırı olacak şekilde sözleşmenin yapılmış olması sözleşmenin geçersiz kılınması neticesini doğurmamıştır. Zira bu tür sözleşmelerin geçersiz kılınması, hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar meydana getirebilecektir. Bununla birlikte belirli bir meslek grubunun faaliyetlerine yönelik düzenlemelere aykırı biçimde sözleşme yapılması durumunda, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde söz konusu sözleşmelerin geçersiz kılındığı görülürken, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde aksi yönde hüküm verilebildiği görülmektedir. Ancak bu tür durumlarda, söz konusu düzenlemelerin belirli bir mesleki faaliyetin yürütülmesine yönelik oldukları gerekçesiyle bunlara aykırı sözleşmenin geçerliliğine hükmedilmesi yerinde değildir. Zira bu tür kurallarla sözleşmeye taraf olmayan diğer meslek erbapları ve kamu menfaatinin korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca âkid taraflardan birine yönelik yasaklayıcı bir hüküm söz konusu ise ve bu hükmün amacı taraflardan birini korumaksa bu yasaklayıcı hükme aykırı biçimde akdedilen sözleşmenin hukuka aykırılığına hükmedilmesi yerinde olacaktır. Diğer yandan Anglo Amerikan hukuk sisteminde kabul edildiği üzere hukuka uygun bir sözleşmenin ifasının yasaklayıcı ya da emredici bir düzenlemeye aykırı olmasının, sözleşmenin hukuka aykırılığı neticesini doğurmaması yerindedir.

C) SÖZLEŞMEDE YER ALAN TAAHHÜTLERİN HUKUKA YA DA AHLAKA AYKIRI OLMASI

Kanunlarda açıkça ya da zımnen yasaklanmış alanlarda yapılan sözleşmelerin haricinde, bireyin özgürlüklerini haksız olarak kısıtlayan sözleşmeleri geçerli kılmak temel hukuk prensipleriyle bağdaşmayacaktır. Ancak elbette burada kastedilen kısıtlama kanuni bir zorunluluktan ya da yükümlülüğünden kaynaklanmamaktadır. Aksine, böyle bir durum söz konusu olmamasına rağmen bireyin özgürlükleri hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlanmaktadır. Burada bireyin özgürlüklerinden kastedilen, bireyin hareket etme, karar verme ve ekonomik özgürlüğüdür. Bunları hukuka veya ahlaka aykırı biçimde kısıtlayan sözleşmeler geçersiz kabul edilecektir.¹¹⁶

Buna göre, özgürlüklerini kısıtlayarak, bireyi yarı köle durumuna getiren sözleşmeler geçersiz kılınacaktır.¹¹⁷ Ödünç alanın, ödünç verenin yazılı rızası olmaksızın işinden ayrılmayacağı, ödünç para almayacağı, mülkünü satmayacağı ya da evden taşınmayacağı yönünde hükümler içeren karz akdi, bireyin özgürlüklerini ahlaka aykırı (*unduly*) kısıtlaması nedeniyle *Horwood v. Millar's Timber and Trading Co.* davasında geçersiz kılınmıştır. Aynı şekilde, bir yazar ya da şarkı sözü yazarının bir yayıncıya bütün eserlerini yayınlaması için bahsettiği haktan dönülemeyeceği yönünde yaptığı anlaşma da *Schroeder Music Publishing Co. v.*

¹¹⁶ İsviçre Medeni Kanununun 27/II hükmünde hiç kimsenin özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıramayacağı ya da hukuka ya da ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlayamayacağı yönünde bir hüküm yer almaktadır. Benzer hüküm Türk Medeni Kanunun 23/II hükmünde yer almaktadır. Ateş, sh. 238, 239. Zweigert/Kötz, sh. 383.

¹¹⁷ Kişisel özgürlükler üzerine konulan sınırlamaların ahlaka aykırılığı ile ilgili Fransız davaları incelendiğinde belirtilen kıstaslardan faydalandığı görülmektedir. Örneğin, bir hava hostesinin evlenmesi üzerine iş akdinin sona ereceği yönündeki taahhüdü hükümsüz kılınmıştır.

Macaulay davasında geçersiz bulunmuştur. Bununla birlikte, bir babanın oğlunun müsrif olmaması, kendini geliştirmesi, dolandırıcılarla arkadaşlık etmemesi, kendisinden önceden izin almadan *Piccadilly Circus*'ta 80 mil hızla gitmemesi, ödünç para almaması, iddiaya girmemesi, doğrudan ya da dolaylı olarak tefeci, at yarışçıları ya da bunların muhasebecileri ya da diğer çalışanları ile iş ilişkisi ya da kişisel ilişkiye girmemesi şartıyla, oğlunun borçlarını ödeyeceği yönünde yaptığı ve *Denny v. Denny* davasına konu olan taahhüt geçersiz kılınmamıştır. Dürüst bir tefeci olabileceği olasılığına rağmen bir tefeci ile kişisel ilişki kurmasının engellenmesinin geçerli kabul edilmesinin nedeni, *Horwood* davasındaki tefecinin bencil amaçlarla davranmasının tersine babanın oğlu yararına kısıtlama öngörmesidir.¹¹⁸

Denny v. Denny davası her ne kadar uç bir örnek olsa da her taahhüdün geçersiz kılınmayabileceğine bir örnek teşkil eder. Zira mahkeme kararları incelendiğinde her taahhüdün geçersiz kılınmadığı görülmektedir. Geçersizliğine hükmedilen taahhütler veya sözleşmeler, yukarıda da bazı örneklerinin sunulduğu üzere, bireyin özgürlüklerinin aşırı derecede kısıtlandığı taahhütler veya sözleşmelerdir. Bununla birlikte bir sözleşmede yer alan kısıtlayıcı hükümlerin ne zaman aşırılık teşkil edeceğini tespit etmek için sözleşmede yer alan bazı unsurlara bakmak gerekecektir. Bu unsurlar, sözleşmede yer alan taahhüdün yoğunluğu veya şiddeti diğer bir deyişle borçlunun özgürlüğünün ne ölçüde kısıtlandığı, taahhüdün süresi, kısıtlanan kişisel değerlerin kişinin hangi özgürlüğü ile ilgili olduğu ve bu kısıtlamadan rücu imkanını içerip içermediği, karşılıklı taahhütlerdeki edim dengesi,

¹¹⁸ Treitel, sh. 415; Zweigert/Kötz, sh. 383.

borçlunun yaşı, mesleği, hayat tecrübesi gibi kişisel durumu, taahhüdün içeriğindeki belirsizlik şeklinde özetlenebilir.¹¹⁹

Ekonomik özgürlüklerin daha sert biçimde kısıtlandığı sözleşmelerde, az evvel belirtildiği üzere sürenin uzun ya da belirsiz olması sözleşmelerin geçerliliği üzerinde belirleyici rol oynamaktadır. 1968 tarihli *Esso Petroleum Co. v. Harper's Garage Ltd.* davasında taraflar arasında akdedilmiş 21 yıllık bir akaryakıt sözleşmesi çok uzun bulunmuş ve beş yıllık kısmı geçerli kabul edilmiştir. Alman Temyiz Mahkemesi'ne göre de, beş yıllık süre makuldür ancak muhtemelen daha uzun bir zaman da kabul edilebilecektir.¹²⁰ Fransız hukukunda da belirli bir yerde ya da belirli bir kişiyle ikamet etme borcu belirsiz bir süreliğine yapılmamış olması koşuluyla geçerli kabul edilmiştir.¹²¹

Bireyin ekonomik özerkliklerini haksız olarak kısıtlayan diğer bir örnek ise, işçinin işten ayrıldıktan sonra işvereni ile rekabet etmeyeceğine dair akdettiği sözleşmede olduğu gibi ortağından ayrılan kişinin üstlendiği benzer yükümlülüklerdir.¹²² Burada da çözülmesi gereken bir menfaatler çatışması vardır.

¹¹⁹ Ateş, sh.243-251.

¹²⁰ Zweigert/Kötz, sh. 383,384. Eliot/Quinn, sh.165.

¹²¹ Merryman/Clark, sh. 893. Bununla birlikte, Fransız mahkemeleri farklı bir yol izlemektedirler. Code Civil'in 1591'nci maddesine göre bir satım sözleşmesindeki bedel "*déterminé*" (belirlenebilir) olmalıdır. 1129'uncu maddesine göre ise, sözleşmeden doğan borcun konusu "*chose déterminée*" olmalıdır. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin son dönemdeki kararlarına yansıyan bakış açısına göre, uzun dönem mal teminine ilişkin sözleşmelerde fiyat değişebilir ancak bir tarafın diğerine başvurmadan yeni bir fiyat koyması diğer bir deyişle cari fiyat listesinin satıcı tarafından karşı tarafa yükletilmesi durumunda sözleşmeler yokluk yaptırımına tabi tutulacaktır. Zweigert/Kötz'e göre bu bakış açısıyla konuya yaklaşmak zor görünmektedir. Eğer ilgili pazardaki rekabet geniş ise, satıcı ya da sağlayıcıların fiyat listelerini şişirmelerinde çok büyük bir risk bulunmamaktadır. Ancak asıl sorun, satıcı ya da sağlayıcıların merhametine kalmış tüketicinin ekonomik özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarıdır. Zweigert/Kötz, sh. 384.

¹²² Bu tür sözleşmeler başlangıçta geçersiz kabul edilmekte idi. Ancak zaman içerisinde, bir ustanın, eğer çıraklık ilişkisinin sonunda kendisi ile rekabet etmesini kısıtlayamazsa, bir çırağı çalıştırma ya da staj yaptırma konusunda isteksiz olabileceği düşüncesinden hareket ederek mahkemeler, 1711 tarihli

Bir yandan sözleşme, işçi ya da ortağın rakip firma tarafından istismarını engellemek amacıyla tasarlanmıştır. Diğer yandan, sözleşme işçinin ya da ortağın tek sermayesi olan yeteneğine ve enerjisinden yararlanmak amacıyla ciddi zarar getirebilir. Bütün sistemler, aşağı yukarı aynı sonuca varmaktadır ve zaman, kapsam ve alan bakımından sınırlandırılmış ve taahhüt edene ekstra bir para ödendiği sürece sözleşme geçerli kabul edilmektedir.¹²³

Pek çok ülkede, işçiler ve ticari acenteler tarafından makul sözleşme limitlerinin düzenlenmesine ilişkin özel metinler bulunmaktadır.¹²⁴ Özellikle, avukatlar, muhasebeciler ve mühendislik danışmanlarının ortaklıktan ya da firmadan ayrılmalardan sonra rekabet etmeyeceklerine dair akdettikleri sözleşmeler hakkındaki davalarda söz konusu kurallar önem arz etmektedir.¹²⁵ Satıcının alıcı ile rekabet etmeyeceğinin öngörüldüğü sözleşmelerle ilgili davalar da önemlidir.¹²⁶

Örneğin, rekabet yapmama sözleşmesinin kapsam, süre ve alan bakımından çok geniş tutulduğu *Mason v. Provident Clothing & Supply Co.* davasında¹²⁷, işverenin makul olmayan geniş bir alan dahilinde işçiye rekabet etmeme yasağı

Mitchel v. Reynolds davası ile bu tür kısıtlayıcı sözleşmeleri geçerli kabul etmeye başlamışlardır. Ancak görüşleri zaman içinde değişmeye başlamıştır. Buna göre kısıtlamaların geçerli olup olmadıkları ilk bakışta değil, makul olup olmadıklarına ya da kamu düzenine aykırı olup olmadıklarına göre belirlenecektir. Diğer bir değişle menfaati koruma amacı gütmeyen, makul olmayan ve kamu düzenine aykırı ticareti kısıtlayan sözleşmeler geçerli kabul edilmeyecektir. Treitel, sh. 415, 416.

¹²³ Zweigert/Kötz, sh. 384.

¹²⁴ Alman Ticaret Kanunun §§74 ff. 90a; İsviçre Borçlar Kanunun 340 ff., 418d; İtalyan Medeni Kanunu md. 1751-2125.

¹²⁵ Örneğin avukatlar hakkında, 1984 tarihli *Bridge v. Deacons* davası (AC 705 (PC)), BGH NJW 1986, 2944 davası; muhasebeciler hakkında BGHZ 91, 1 ve BGH NJW 1968, 1717 davaları; mühendislik danışmanları hakkında Paris 7 Şubat 1980, JCP 1981. II. 19669 davası.

¹²⁶ Örneğin *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt* [1894] AC 535; BGH NJW 1979, 1605; Com. 19 Jan. 1981; D.S. 1982 I.R. 204 davaları.

¹²⁷ Bahsi geçen davada davalı, davacının işinden ayrılmasından sonraki üç yıllık süre içinde Londra'nın 25 millik sınırları dahilinde rekabet etmeyeceğine dair bir taahhütte bulunmuştur. Lord Moulton bu özel alanı oldukça geniş bulmuştur.

koyduğu sözleşmede söz konusu yasağı içeren şartın işçinin sadece bir dalda çalıştığı durumda çok geniş bir fiziki alanı kapsaması nedeniyle makul olmadığına, bu nedenle de geçersizliğine hükmedilmiştir.¹²⁸

Benzer bir şekilde Alman Temyiz Mahkemesi'nde görülen bir davada on yıllık bir bar işletmecisi, bir bira fabrikası ile yirmi dört yıllığına bir inhisari tedarik sözleşmesi imzalamıştır. Ancak mahkeme bu sözleşmenin süresini aşırı olması nedeniyle ahlaka aykırı bulmuş ve geçersizliğine hükmetmiştir. Ancak sözleşmenin 16 yıllık olan kısmını geçerli kabul etmiş ve bar işletmecisini kararlaştırılan cezai tazminatın %15'ini ödemeye mahkum etmiştir. İngiltere'de de mahkemeler, makul düzeyde olmayan rekabet yasaklarını makul düzeye çekmişlerdir.¹²⁹ Ayrıca Fransız Medeni Kanunu'nun yaşam boyu sürecek bir iş akdini yasaklaması nedeniyle Fransız *case law*'unda iş akdinin sona ermesinden sonra işçinin faaliyetleri üzerinde gereksiz kısıtlamalar öngören kısıtlayıcı taahhütlerin geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, zaman ve mekan bakımından makul olmayan kısıtlamalar da genellikle kabul görmemektedir. Ayrıca, bir kısıtlamanın makul olup olmadığı incelenirken istihdama gereksiz kısıtlamalar getirmesi nedeniyle sadece kamu menfaati değil, işçinin bireysel menfaati de dikkate alınmaktadır. Fransız mahkemeleri, bu tür taahhütlerin kişinin yaşamını kazanmasını güçleştirmesi durumunda bu sözleşmeleri iptal etmektedir. Bununla birlikte, Fransa'da görülen bir

¹²⁸ Kararda özetle şu hususlara değinilmiştir: “İşverenin sözleşmeye mantığa aykırı bir şekilde ve kasten geniş kapsamlı hükümler konmasını dayattığı durumlarda mahkemelerin maharet ve hukuk bilgileri ile işverenin tarafında olarak geçersiz sözleşmeden sanki sözleşme geçerliymiş gibi işverenin elde edeceği maksimum faydayı elde etmesini sağlamaları kötü örnek teşkil edecektir. İşverenler, işçileri bir davanın sıkıntı ve masraflarına maruz bırakarak, mahkemelerin kendileri mantıklı davranmış olsalar elde edecekleri şeyleri mantıksız davrandıkları durumlarda da elde etmelerine hizmet edecekleri umuduyla bu uygulamaya devam edebilseydiler işverenler tarafından zorla dayatılan mantığa aykırı sözleşmelerin sayısında artış olurdu.” Zweigert/Kötz, sh. 384; Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 314, 315.

¹²⁹ Örneğin, *Goldsoll v. Goldman* [1915] 1 Ch. 292 davası.

davada mahkeme bir işçinin, açıkça aşırı uzun bir süre olan, işten ayrılma tarihinden itibaren 10 yıl boyunca, aynı sektörde faaliyet gösteren rakip bir işveren için çalışmamayı taahhüt etmesine rağmen, işten ayrıldığı gün aynı şehirde faaliyet gösteren rakip işverenin yanında işe başlamış olmasının rekabet yasağının ancak zamansal ve mekansal ve faaliyetin konusuna ilişkin olarak çalışma özgürlüğünü ihlal etmesi durumunda iptal edileceğine hükmetmiştir.¹³⁰

Yukarıda incelenen davaların haricinde, bilhassa Alman mahkemelerince hükmedilmiş kararlarda, günümüzde kamu hukukunun özel hukuk kişilerinin akdettiği sözleşmeler üzerinde önemli etkisi bulunmasa da, sözleşmenin Anayasada yer alan temel hakları da ihlal etmemesi gerektiği ifade edilerek sözleşmenin ya da söz konusu şartın geçersiz kılındığı görülmektedir.¹³¹ Söz konusu kararların ilk örneği, 1990'da görülen, *Handelsvertreter* davasıdır. Bu davada Anayasa Mahkemesi bir acenta ile müvekkili arasında akdedilen sözleşmedeki rekabet etmeme şartını Anayasa'nın 12/I maddesinde tanınmış olması suretiyle bir anayasal hak olan profesyonel faaliyette bulunma özgürlüğüne aykırı bularak geçersiz kılmıştır. Söz konusu sözleşme şartında, acente sözleşmenin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde müvekkilin tüm rakipleri ile çalışma yapmasını yasaklanmaktaydı ve kusurlu davranışı nedeniyle sözleşme sona ererse, acentenin herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacağı öngörülmekteydi. Söz konusu şart, Alman Ticaret Kanunu'nun, acente ile müvekkilin ilişkilerini düzenleyen ve özellikle pazarlık etme imkanı çok az

¹³⁰ Zweigert/Kötz, sh. 385; Merryman/Clark, sh. 893.

¹³¹ 1958 yılında Anayasanın özel hukuku da içeren düzenlemelerin tümüne uygulanması gereken nesnel değerler sistemini (*objective systems of values*) içerdiğine Federal Anayasa Mahkemesince hükmedildiği Almanya'da bile, sözleşme hukuku uzun yıllar temel haklardan esasen etkilenmemiştir. Ancak son dönemlerde bazı hukuk sistemlerinde özellikle Alman hukukunda, kapsamının genişlemesi suretiyle temel haklar etki doğurmaya başlamıştır. Cherednychenko O.: Fundamental Rights and Contract Law, ERCL, 2006, C. 4, sh. 489.

olan acenteyi korumayı amaçlayan emredici hükümlere uygun olmasına rağmen Alman Temyiz Mahkemesi'nin sözleşme şartını hukuka uygun bulduğu kararını, Federal Anayasa Mahkemesi, Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle bozmuştur. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, kanun koyucunun yaşamın özel alanlarına yönelik emredici sözleşme hükümlerini düzenlemeyi ihmal ettiği durumlarda, özel hukuktaki uygun araçlar kullanılarak sözleşme eşitliğinin dağıtıldığı durumlarda anayasal hakları korumakla hukuk mahkemeleri yükümlüdür.¹³²

Anayasa Mahkemesi tarafından devrim niteliğinde bir başka karar 1993 yılında *Bürgschaft* davasında verilmiştir. Mahkeme, babası için kefalet sözleşmesi imzalamış bir kızın işlemini, Anayasa'nın 2/I maddesinde düzenlenen kişinin bireysel gelişim özgürlüğü ile birlikte 20/I ve 28/I'de düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, pazarlık güçlerinde eşitsizliğin söz konusu olduğu diğer bir deyişle tek tarafın güçsüz olduğu sözleşmelerle ilgili davalarda, hukuk mahkemeleri genel hükümler (Alman Medeni Kanunu'nun ahlak ve iyiniyetle ilgili §138/I ve 242.) çerçevesinde, bir anayasal hak olan irade özerkliğini korumakla yükümlüdür. Söz konusu davada, sözleşme akdedildiği sırada henüz 21 yaşında olan ve yeterli eğitim düzeyine ulaşmamış, herhangi bir mülkü bulunmayan ve bir balık fabrikasında düşük ücretle vasıfsız işçi olarak çalışan kızın, maaşına göre oldukça yüksek olan kefaletin riskleri hakkında banka tarafından uyarılmaması nedeniyle, dengesiz bir sözleşme söz konusudur.¹³³

¹³² Cherednychenko, sh. 492.

¹³³ Cherednychenko, sh. 492, 493; Ayrıca bkz. Kocaman A.: Gelirden veya Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılığı Sorunu, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, sh. 371-388.

Ancak Almanya'dan farkı olarak, 1969 tarihli Hollanda Temyiz Mahkemesi gördüğü bir davada, bir kişiyi, gerekli diplomayı alamaması durumunda, Mensendieck fizyoterapi egzersizlerini öğretmekten men etmeye yönelik bir sözleşme şartını geçersiz kılınıp kılınmayacağı sorunu ile karşılaşmıştır. İlk derece mahkemesi böyle bir kuralın eğitim özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle kamu düzeni ve ahlaka aykırı olduğu yönünde karar vermiştir. Ancak Hollanda Temyiz Mahkemesi, bu kararı onamamıştır. Temyiz Mahkemesine göre, bir sözleşme şartının kamu düzeni ve ahlaka aykırı olup olmadığı değerlendirilirken, sözleşmenin hizmet ettiği çıkarların, eğitim özgürlüğünün engellenmesini haklı kılacak öneme sahip olup olmadığına bakılmalıdır. Bu karar ile, Hollanda Temyiz Mahkemesi, açıkça, temel hakların, sözleşmenin kamu düzenine ve ahlaka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde tek faktör olarak ele alınmaması ve bu bağlamda sözleşme hukukunun uygulanması gerektiği görüşünde olduğunu ifade etmiştir.¹³⁴

Görüldüğü üzere bireylerin özgürlüklerini aşırı derecede kısıtlayan sözleşmelerin hukuka veya ahlaka aykırılığı gündeme gelebilmektedir. Özgürlüklerin aşırı derecede kısıtlanması durumu hem Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hem de Anglo Amerikan hukuk sistemlerinde kabul edildiği üzere uzun ya da belirsiz süreli sözleşmede söz konusu olabilmektedir. Yine aynı şekilde, ekonomik özgürlüğü kısıtlayacak şekilde kapsam, süre ve zaman bakımından çok geniş olarak düzenlenmiş rekabet etmemeye yönelik hükümlerin de geçersizliği gündeme gelebilmektedir. Bu durumda, hem taahhüt nedeniyle kısıtlanan bireyin menfaati hem de kamunun menfaati gözetilmektedir. Ayrıca, Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer

¹³⁴ Cherednychenko, sh. 495, 496.

alan Almanya’da, anayasal haklar da söz konusu kısıtlamaların hukuka uygunluğu incelenirken göz önünde bulundurulmaktadır.

II. SÖZLEŞME EDİMİNİN HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR

A) GENEL OLARAK

Edim dar anlamıyla alacaklının borçludan talep edebildiği, borçlunun da yerine getirme zorunluluğunun bulunduğu davranışlardır. Borçlunun taahhüt ettiği bu davranış hukuka ya da ahlaka aykırılık teşkil edebilir.¹³⁵

Hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil eden edimler yalnızca hukuk sistemlerine göre değil, zamana göre de değişmektedir. Örneğin, geçmişte suç teşkil ettiği düşünülen sözleşmeler günümüzde daha kabul edilebilir hale gelmişlerdir. Özellikle, Common Law’ın süregelen gelişimi böyle bir tutum değişikliğini açık hale getirmektedir. Ayrıca İngiliz yargıçların hukuki değerlerin içeriklerini değiştirme konusundaki bilinçli yaklaşımları şaşırtıcı değildir. 1874 tarihli *Eventurel v. Eventurel* davasında da ifade edildiği üzere hukuk politikasına neyin aykırı olduğuna hüküm vermek zamana göre değişmekte, geçmişte hukuk politikasına aykırı bulunan pek çok hukuki işlem günümüzde geçerli olarak kabul edilmektedir. Kuralların

¹³⁵ Ateş, sh. 204; Eren sh. 293.

mevcudiyeti muhafaza edilmektedir ancak uygulanaşı kamuoyuna şimdilik rehberlik yapan ilkelerle çeşitlenmektedir.¹³⁶

Değişim özellikle cinsel ahlak alanında dikkat çekmektedir. Geçmişte, örneğin, Alman mahkemeleri bir randevu evi olarak kullanılması için bir bina ve müstemilatının kiraya verilmesine dair sözleşmeyi ahlaka aykırı bulurken, bugün bu tür sözleşmeler, kira bedelinin çok yüksek olması ve kiracının bu masrafları karşılayabilmek için kızları sömürmesi gibi bazı özel durumların söz konusu olmaması halinde geçerli kabul edilmektedir.¹³⁷

Bunun yanı sıra, birlikte yaşamaya¹³⁸ ilişkin sözleşmeler (*cohabitation agreements*), cinsel birliktelik karşılığında olmamak ve çiftlerin ayrılmasını önlemek

¹³⁶ Örneğin bahis sözleşmelerinden doğan talepler, konusu modern hassasiyete göre oldukça ahlaksız olsa bile 19. yüzyıl ortalarına kadar tamamen geçerliydi. 1771 yılında görülen *March v. Pigot* davasının konusu tarafların kimin babasının daha önce öleceğine dair iddiaya girerek babalarını birbirlerine karşı yarıştırmalarıydı. Bu davada, bu hukuki işlemin geçerliliğine hükmedilmişti. Ancak kumara ilişkin hukuki işlemler, ilk kez 1845 tarihli Kumar Kanununda hükümsüz kılınmıştır. Zweigert/Kötz, sh. 382.

¹³⁷ Zweigert/Kötz, sh. 382. Alman Temyiz Mahkemesi'ne göre genelev kiralamak için yapılan sözleşmeler kiralayanın kiracı fahişelerden aşırı derecede yüksek meblağ isteyerek onları ekonomik açıdan sömürdüğü durumlarda ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizdir. Aynı şekilde, kiralayanın onların özgürlüğünü kısıtladığı ve faaliyetlerini sürdürmeleri için üzerlerinde güç kullandığı durumlarda da aynı sonuç söz konusudur. Bununla birlikte, kira sözleşmesinin binanın ortalama değerinin üstünde yapıldığı durumlarda da sözleşme geçersiz olacaktır. Çünkü böyle aşırı kira bedelleri, barınma koşulları dikkate alındığında, fahişeler gereğinden fazla yüksek meblağ istiyorlarsa elde edilebilir. Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 300.

¹³⁸ Özsunay'a göre, beraber yaşmanın gelip geçici bir kadın erkek ilişkisi, flört ilişkisinin doğal bir uzantısı, evlilik denemesi, geçici veya sürekli bir evlenme alternatifi şeklinde olmak üzere çeşitli görünimleri bulunmaktadır. Özsunay E.: Nordik Hukukta, Sosyalist Hukukta ve Anglo/Amerikan Hukukunda Evlilik Olmaksızın "Birlikte Yaşama"nın Güncel Sorunları, MHAD, C.13, No. 16. sh. 58-59 (Birlikte Yaşama). Skolnic ise, birlikte yaşama için, gelip geçici bir ilişki, günlük ilişkinin genişletilmesi, deneme evliliği, evlenme için uygun anın beklenmesi ve evlenme yerine birlikte yaşama şeklinde bir ayırım yapmıştır. Skolnic A.: The Social Context of Cohabitation, Am. J.Comp. L., C.29, s. 2, Bahar, 1981, sh. 339 vd.

amacını taşımamak kaydıyla¹³⁹ taraflar başkalarıyla evli olsalar bile günümüzde geçerli kabul edilebilmektedir.¹⁴⁰

Ayrıca, bakım sözleşmesinin feshi halinde muhataba belirli bir evi ya da işi bırakması karşılığında bir miktar para ödenmesine yönelik bir vaat geçerli kabul edilirken, vaatte bulunanı cezalandırmaya yönelik hüküm, vaatte bulunanın her zaman istediğini yapmakta serbest olması nedeniyle geçersiz kabul edilmektedir.¹⁴¹

Benzer bir şekilde, Fransız Temyiz Mahkemesi, bağışlayanın ileride evlenmek istediği ve ilk evliliğinin sona ermesinden sonra evlendiği ancak bağışlamada bulunduğu sırada metresi olan kadına hediye almasını hukuka aykırı bulmamıştır.¹⁴²

¹³⁹ Ancak Yargıtay'ın bu konuda çok da geniş düşünmediğini görmekteyiz. Yargıtay'a göre evlilik olmaksızın birlikte yaşamı sağlamak, devam ettirmek ya da evli olmasına rağmen bir başka kişiyle bu tür ilişki yaşamak için taşınmaz bağışlamak, bono düzenlemek veya maddi herhangi bir menfaat sağlamak ahlaka aykırıdır. Ayrıca, Yargıtay bir buçuk sene karı koca gibi bir arada yaşayan ve daha sonra ayrılan çiftler arasında nişanlanma ilişkisi bulunmadığına da karar vererek evlenmeksizin birlikte yaşamaları genel olarak kabul edilebilir görmeme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Ateş, sh. 211, dipnot 586.

¹⁴⁰ "Common Law'a göre, gelecekte birlikte yaşamaya yönelik sözleşmeler, yazılı olarak yapılmış olsalar bile, Common Law ahlaka aykırı olan her şeyi yasakladığı için geçersizdir (*Benyon v. Nettelfold, Ayert v. Jenkins*). Ancak geçmişteki birlikte yaşamalara karşılık olarak yapılmış taahhütler gönüllü taahhütlerdir ve yazılı yapılmışlarsa uygulanabilirler." Morris/Bingham/Guest/Haris/Lever/Smart, sh. 347, 348 (naklen). Ancak günümüzde *cohabitation agreements* oldukça yaygındır. Hatta bu sözleşmelere erişmek de kolaydır. Örnek sözleşme için bkz. <<http://www.findlegalforms.com/product/cohabitation-agreement/>>. Öte yandan, evlenmenin eskisi kadar popüler olmadığı, evlenmeden birlikte yaşamının giderek yaygınlaştığı gözlemlenmekle birlikte, Akdeniz ülkelerinde evliliğin birlikte yaşamaya göre daha yaygın olduğu söylenebilir. Kiernan K.: *Unmarried Cohabitation and Parenthood in Britain and Europe*, Law&Policy, 2004, C.26, s.1, sh. 6. Evlilik dışı birlikte yaşamaya Amerika Birleşik Devletleri'nin son dönemdeki bakış açısı için bkz. Bowman C.G.: *Legal Treatment of Cohabitation in the United States*, Law&Policy, 2004, C. 26, s.1, sh. 119-151.

¹⁴¹ Zweigert/Kötz, sh. 382.

¹⁴² Evli bir adam olan Adrien Hess metresine bir apartman dairesi alması için bir miktar para vermiştir. Karısından boşandıktan sonra metresiyle evlenmiş ve uzun yıllar metresinin apartman dairesinde yaşamıştır. Ölümünden sonra ilk eşi, önceden metresi olan eski kocasının ikinci eşi hukuki işlemin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu ve apartman dairesinin kadının malvarlığında bulunmadığını ileri sürmüştür. Ancak talep reddedilmiştir. Burada mahkeme, uzun yıllar metresi olan ve evlenmeyi istediği kadına hediye vermesinin, uygunsuz cinsel münasebetini muhafaza etmek şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiş ve talebi reddetmiştir. Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 300.

Özetle, evli adamın metresi lehine temin ettiği hediyeler, metresine bulunduğu nafaka vaatleri, metresi lehine hayat sigortası yapması, miras gibi konulara yaklaşımlarda bir değişiklik olmakla birlikte taraflar ahlaka aykırı ilişkilerin kurulması, devamı, yenilenmesi veya bunlar için ücret ödenmesini öngörmüşlerse, hukuki işlem geçersiz olacaktır. Ancak örneğin, uzun süreli bir ilişki sonunda kadını maddi açıdan garanti altına almak ya da kadının kendisine baktığını, destek olduğunu onaylamak saikiyle bu işlemler yapılmışsa günümüzde geçerli kabul edilebilmektedir.¹⁴³

Buna karşılık, Türkiye’de bazı yörelerde örf ve adetler gereği, bir erkeğin evlenmek istediği kızın yakınlarına, evlenebilmek için vermek durumunda kaldığı maddi menfaat diğer bir deyişle başlık parası Yargıtay tarafından yalnız ahlaka değil hukuka aykırı olarak da kabul edilmektedir.¹⁴⁴

Belirtildiği gibi ahlak kavramındaki değişiklikler, ahlak kavramının özellikle cinsel ahlak kavramının kapsamına giren bazı unsurlar üzerinden gelir elde edilmesi söz konusu olduğunda da kendini göstermektedir. Örneğin, 1996 tarihli *Armhouse Lee Ltd. v. Chappel* davası, davacı ile davalı arasında akdedilen davalının sahibi olduğu seks hatlarının davacının dergisinde reklamının yayınlanmasına yönelik bir sözleşme ile ilgilidir. Bu türden reklamların artması karşısında davalı, artık hizmetlerinin reklamını bu şekilde yapmayacaklarını belirterek sözleşmeyi

¹⁴³ Zweigert/Kötz, sh. 383.

¹⁴⁴ Yargıtay 11. HD., E. 1980/620, K. 1980/610 (YKD, 1981, s.3, sh. 322 vd.). Başlık parası uygulaması, eski Türk geleneklerindeki Kalım kurumu ile İslam hukukundaki Mehr kurumundan farklıdır. Kalım, kızın çeyizi için harcanmak üzere verilen paradır ve evlenmeye yönelik irade sınırlaması söz konusu değildir. Buradaki maddi menfaat sağlayan edim evlenme ile ailenin mal varlığına dahil olmaktadır. Mehr’de ise, evlenilen kadına karşı ileriye yönelik bir borçlanmadır. Yargıtay bu doğrultuda, kayınpederin gelinine oğlu ile evlendiğinde cihaz olarak altın bağışlama sözü vermesini ahlaka aykırı bulmamıştır. Ateş, sh. 214.

feshetmiştir. Davacı sözleşme uyarınca alacağının temini için dava açmıştır. Bu davada davalı sözleşmenin cinsel ahlaksızlığı teşvik ettiği gerekçesiyle ahlaka aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur. Fakat, bu iddiası İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Mahkeme kararında, bu tür reklamlar hoş olmamasına rağmen, seks hatlarının telefon sektörü tarafından düzenlendiğini belirtmiştir. Elliot/Quinn’e göre, seks hatlarının genel ahlak anlayışına ters olduğuna dair bir delil bulunmamaktadır. Bununla birlikte, eğer kamu düzenine açıkça aykırı bir durum söz konusu ise sözleşmenin geçersizliğine hükmedilebilecektir. Böylelikle günümüz toplum yapısında mahkeme sadece bir sözleşmenin geçersizliğine, cinsel ahlaksızlığın teşvik edildiği suçların, örneğin fahişelik gibi, söz konusu olduğu durumlarda hükmedebilecektir.¹⁴⁵

İsviçre Federal Mahkemesi’nce verilen bir başka kararda ise, “Pembe Telefon Servisi” olarak nitelenen ve porno yayın yapan şirketler ile telefon abonelerinin yaptığı sözleşmelerin edimleri de hukuka ve ahlaka aykırı bulunmamıştır.¹⁴⁶

Ahlaki unsurlar söz konusu olduğunda göze çarpan bu değişkenlik hali genel olarak kanunlar bakımından da söz konusu olsa da diğer bir deyişle nelerin emredici hüküm olduğu ve hangi edimlerin bu emredici hükümlere aykırı olduğu ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu ülkeden ülkeye veya zamandan zamana değişiklik arz etse bile, genel olarak suç teşkil eden edimlerin hukuka aykırı olduğu kabul

¹⁴⁵ Elliot/Quinn, sh. 169.

¹⁴⁶ Çok yüksek gelen telefon faturası aleyhine abone tarafından açılan davada mahkeme, abonelik sözleşmesinde uluslararası hizmet sunan davalı telefon şirketinin belirli sınırı aşan ücretin söz konusu olması durumunda abonelerini uyarma gibi bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmiş, şirketin sunduğu hizmetin amacının abonesini kendisinden ya da üçüncü kişilerden dürüstlük kuralları çerçevesinde korumak olmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu tür bir hizmeti kullanan kişi sonuçlarına katlanmalıdır. Ateş, sh. 215 ve dipnot 597.

edilmektedir. Bazı sözleşmelerin ceza kanunu uyarınca suç teşkil etmesinde olduğu gibi.¹⁴⁷ Konusu suç işleme olan sözleşmeler suçla ilgili gizli anlaşma anlamına geldiği için hukuka aykırıdır. Aynı şekilde, taraflardan birisi diğerinin bilgisi dahilinde sözleşmenin konusunu hukuka aykırı bir amaç için kullanmaya kalktığı durumlarda sözleşme hukuka aykırı addedilir. Tarafların haksız fiil işlemek için yaptıkları anlaşmalar da geçersizdir ancak tarafların iyiniyetli olmaları durumunda sözleşme hukuka aykırı olmayacaktır.¹⁴⁸

Söz konusu edim bütünüyle suç teşkil etmemekle birlikte içinde suç unsuru barındırıyorsa ve bu nedenle borçlu borcunu kısmen ifa etmişse, yine sözleşmenin hukuka aykırılığına mı hükmedilecektir? Bu soruya yanıt için *Clay v. Yates* davasına bakmak gerekmektedir. Adı geçen dava, davacı ve davalının, ithaf bölümü ile birlikte davacının bir kitabının basılması hususunda yaptıkları sözleşme ile ilgilidir. Davacı, ithaf bölümünü haysiyeti kırıcı unsurlar içermesi nedeniyle basmamıştır ancak geri kalan kısmı basmış ve bastığı kısımların ücretini dava yoluyla talep etmiştir. Davalı dilekçesinde hukuka aykırılık durumunu ileri sürmemiştir fakat davacının borcunun ithaf kısmını da içerecek şekilde kitabını yayınlamak olduğunu ve davacının borcunu kısmen ifa etmesi nedeniyle kendisinin herhangi bir borcu bulunmadığını ifade etmiştir. Davalının bu iddiası reddedilirken, Yargıç Pollock C. B., “hukuka uygun olduğu için yaptığı işin büyük bir kısmını” ödemeyi zımnen üstlenmenin söz konusu olduğunu söylerken, Yargıç Martin B. davalının “davacının ifa ettiği kısmı” ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Eğer davacı, haysiyeti kırıcı unsurlar içerdiğini bilmeden ithafı da yayınlamış olsa idi, Pullock C. B.’nin görüşüne göre,

¹⁴⁷ Örneğin, üçüncü bir kişinin vücut bütünlüğünü ihlal etmek, mallarına zarar vermek, hırsızlık yapmak, sustalı bıçak satmak, insan organı için ödeme yapmak. Treitel, sh. 384; Eren, 290.

¹⁴⁸ Birks, sh. 81.

ücret borcunu alması söz konusu olamayacakken, daha tercih edilebilir bir görüş olan Martin B.'nin görüşüne göre, alabilecektir.¹⁴⁹

Ülkeden ülkeye, kültürden kültüre ve çağdan çağa farklılık arz eden hukuka veya ahlaka aykırı edimler bakımından değişim, görüldüğü üzere, hem Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hem de Anglo-Amerikan hukuk sisteminde özellikle cinsel ahlak alanında görülmektedir. Geçmişte cinsel ahlaksızlık sayılan edimlerin günümüzde artık bu şekilde değerlendirilmediği görülmektedir. Benzer şekilde, suç teşkil eden edimler de yer ve zamana göre değişiklik göstermekte ve geçmişte suç teşkil etmeyen edimler günümüzde suç sayılmayabilmektedir. Bunun tersi de mümkündür. Ayrıca özellikle edimin suç teşkil ettiğinin her iki tarafça bilinmesi, sözleşme uyarınca verilenlerin iadesi veya edimin hukuka uygun olan kısmı için yapılan ifanın karşılığının temini bakımından önem arz etmektedir.

B) ÖZEL OLARAK: TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİ

Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin hukuka veya ahlaka aykırılığı sorunu kapsamında ele alınabilecek bir diğer kavram, teknolojik ve bilimsel gelişmeler ve çağın ihtiyaçları neticesinde ortaya çıkan taşıyıcı annelik kavramıdır. Söz konusu kavramla ilgili taşıyıcı annelik sözleşmelerine kısaca değinilmesinde yarar olduğunu düşünmekteyiz; ancak konunun kapsamının genişliği ve hala gelişmekte olan bir alan olması sebebiyle konuyla ilgili olarak kavrama

¹⁴⁹ Treitel, sh. 385.

kısaca değindikten sonra, Alman ve Fransız Temyiz Mahkemelerince verilmiş iki karara değinmekle yetineceğiz.

Black's Law Dictionary'de tanımlandığı üzere, taşıyıcı annelik sözleşmesi bir kadının bir başka kadının kocasının spermeleriyle suni döllemeyi ve çocuğu doğurmayı ve doğumdan sonra velayet hakkını babaya ve babanın eşine devretmeyi kabul ettiği sözleşmedir. Sözleşmenin amacı, çocuğu doğuran kadının çocuktan bütünüyle ayrılmasını, babanın eşinin çocuğu evlat edinerek babanın ve eşinin çocuğun velisi olmalarını sağlamaktır.¹⁵⁰ Youngs ise, taşıyıcı annelik sözleşmesini, bir kadının döllemiş yumurtalarının bir başka kadına aşılması ve böylelikle kadının diğer bir kadının çocuğunu taşıması için yapılan bir sözleşme olarak tanımlamaktadır.¹⁵¹ Görüldüğü gibi taşıyıcı annelik, taşıyıcının kendi yumurtası veya bir kadının yumurtası ile söz konusu kadının kocasının sperminin döllemesi ve taşıyıcıya nakledilmesi şeklinde olabilmektedir.¹⁵² Taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı anne belirtilen işlemleri para karşılığında yapmaktadır.¹⁵³ Normalde hamile bir

¹⁵⁰ Bir kadının belirli bir para karşılığı çocuğu üzerinde sahip olduğu velayet hakkını devretmeyi taahhüt ederek taşıyıcı anne olmasına yönelik bu tür sözleşmeler hukuka aykırı ve geçersizdir. Nolan J.R./Nolan-Haley J.M.(coauthors), Connally M.J./Hicks S.J./Alibrandi M.N.(Contributing authors):Black Law Dictionary, 6. Bası, sh. 1445.

¹⁵¹ Youngs, sh. 386.

¹⁵² Daunt, taşıyıcı annelik sözleşmesinin esas amacının rahmin kiralanması olarak değil, babanın evliliği için belirli bir para karşılığında çocuk üretimi olarak algılanması durumunda, söz konusu sözleşmenin hizmet sözleşmesinden ziyade mal satım sözleşmesine benzeyeceğini belirtmektedir. Örneğin bir taşıyıcı annelik sözleşmesinde, 6 ay boyunca denenen suni dölleme işleminin başarısız olması durumunda taşıyıcı anneye hiçbir ödeme yapılmayacaktır. Yine hamileliğin düşükle sonuçlanması durumunda da aynı durum söz konusu olacaktır. Bu nedenle tarafların sözleşme akdetmelerindeki amaçları baba ve eşinin (doğacak çocuğu evlat edinecek kadının) ebeveyn olmalarını sağlamaktır. Daunt F.: Exploitation or Empowerment? Debating Surrogate Motherhood, Sask. L. Rev., C. 55, 1991, sh. 418.

¹⁵³ Susan Ince'e göre, taşıyıcı anneye, kadının kocasına veremediğı şeyi verdiği için ödeme yapılmaktadır. (Ince S.: "Inside the Surrogacy Industry" in Arditti R., Klein R. & Minden S., eds, *Test-Tube Women: What Future for Motherhood?*, London, Pandora Press, 1984) Daunt, sh. 450. Daunt ise, bu bağlamda taşıyıcı annelerin, fahişelik gibi algıladığını ve taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilmesi durumunda taşıyıcı annelerin, fahişelik gibi toplumun en çok baskı gören gruplarından biri haline geleceğini ve bunun en kolay çözümünün ise bu sözleşmelerin yasaklanması olduğu yönünde görüşlerin bulunduğunu belirtmektedir. Daunt, sh. 450

kadın hamileliği için para almazken, taşıyıcı anne hamileliği ve çocuğu doğurması karşılığında para almaktadır. Bu unsur da sözleşmeyi ahlaka aykırı hale getirmektedir.¹⁵⁴ Bununla birlikte, bazı ülkelerde taşıyıcı annelik sözleşmelerinin yasal olarak düzenlendiği de görölmektedir.¹⁵⁵ Böyle durumlarda, söz konusu sözleşmelerin hukuka veya ahlaka aykırı olduğu kabul edilemeyecektir. Ancak, taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılabilmesinin yasal olarak mümkün olduğu bu tür durumlarda, söz konusu sözleşmenin üçüncü kişiler (sözleşmeye konu çocuk), kamu menfaati, taşıyıcı anne ve ebeveyn için zararlı olduğu gerekçesiyle kısıtlanması da gündeme gelebilecektir.¹⁵⁶ Ayrıca, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde fakir kadınların sömürölmesi söz konusu olmaktadır. Paraya ihtiyacı olan taşıyıcı anne, her zaman hem taşıyıcı annelik şirketlerine hem de taşıdığı çocuğu evlat edinecek aileye göre ekonomik açıdan güçsüz bir konumdadır. Ancak mevzuatlarda bu konuyla ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Oysa mevzuatlarda taşıyıcı anneyi koruyucu hükümlere yer verilmesi durumunda taşıyıcı annelerin sömürölmesi önlenabilir. Ancak bu alan denetimsiz kaldıkça serbest piyasa koşullarında sömürü devam edecektir.¹⁵⁷

Konuyla ilgili ele alınacak ilk mahkeme kararı Fransız Temyiz Mahkemesince 31 Mayıs 1991’de verilen karardır. Bu davaya konu olay özetle şöyledir: Çocuk sahibi olamayan evli bir çift bir taşıyıcı anne vasıtasıyla çocuk sahibi

¹⁵⁴ Daunt, sh. 421.

¹⁵⁵ Örneğin taşıyıcı annelik sözleşmesine ilişkin olarak İngiltere’de yasal bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede taşıyıcı annenin, çocuğa hamile kalmadan önce yapılan ve başka kişi ya da kişilere taşıdığı çocuğu ve çocuk üzerindeki velayet haklarını teslim edeceğini belirttiği bir anlaşma uyarınca bir çocuğu karnında taşıyan kadındır. Bu mevzuat uyarınca taşıyıcı annelik için kadına bir embriyo yerleştirilmesi gerekmektedir (md. 1/2 ve 1/6). Surrogacy Arrangements Act 1985’in metni için bkz. <http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1985/cukpga_19850049_en_1>

¹⁵⁶ Brownsword, sh. 38.

¹⁵⁷ Daunt, sh. 421.

olmak istemişlerdir ve 7 Şubat 1988 tarihinde bir taşıyıcı annenin yumurtalarının kocanın spermeleri ile suni yolla döllenmesi neticesinde bir kız çocuğu dünyaya gelmiştir. Baba tarafından tanınan kız çocuğunun biyolojik annesi olarak taşıyıcı anne yazılmış babanın eşi ise, çocuğu evlat edinmek için başvuruda bulunmuştur. İlk derece mahkemesi söz konusu başvuruyu reddetmiş ancak Paris İstinaf Mahkemesi, çocuğun babanın eşi tarafından evlat edinilmesinin bilimsel uygulamalar ve ahlak bakımından hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini çünkü işlemin kamu düzenine aykırı olmadığını ve evlat edinme işleminin doğduğundan beri kocanın ve eşinin evinde büyütülen çocuğun menfaatine de uygun olduğunu ifade ederek ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur. Ancak toplumun genel menfaatinin olayda söz konusu olması nedeniyle başsavcı tarafından karar aleyhine Fransız Temyiz Mahkemesine başvurulması üzerine mahkeme, Fransız Medeni Kanunu'nun 6., 1128. ve 353. maddeleri uyarınca belirli bir ücret karşılığında olsun ya da olmasın bir kadının bir çocuğa hamile kalarak onu doğurma ve çocuğun doğumuyla birlikte çocuğun üzerindeki bütün haklardan feragat etme yükümlülüğü altına girmesi bir kamu düzeni ilkesi olan insan vücudunun ve kişisel statünün devredilmezliği ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁵⁸

Söz konusu karardan sonra, 29 Haziran 1994 tarihinde, Fransız Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılarak, "İnsan Vücuduna Saygı" başlığını taşıyan 16.vd maddelerinde konuya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kanun'un 16-7. maddesinde, üçüncü kişiler namına üreme ve hamilelikle ilgili bütün sözleşmelerin geçersiz

¹⁵⁸ Mahkemeye göre, evlat edinme, bir çiftin, çocuğun doğumunda annesinin haklarından feragat etmesi suretiyle katıldığı bir sözleşmeye uygun olarak çocuk sahibi olması için tasarlanan bütün bir sürecin, ki bu süreç insan bedeninin ve kişisel statülerin devredilemezliği ilkesini ihlal etmektedir, son aşamasıdır. Böyle karar vererek istinaf mahkemesi, Medeni Kanun'un yukarıda belirtilen hükümlerini ihlal etmiştir. Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 303.

olduğunun belirtilmesine ilaveten 16-9. maddesinde, bu bölümde yer alan hükümlerin emredici olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle söz konusu hükümlere aykırılık teşkil edecek şekilde, taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapılmasının hukuka aykırı olduğu Fransız Hukukunda kabul edilmiştir.

Alman Temyiz Mahkemesi'nin 2 Aralık 1985 tarihli kararına konu olan davada ise olaylar kısaca şu şekildedir: çocuğu olmayan bir çift, 27.000 DM karşılığında bir taşıyıcı anne ile kocanın çocuğunu doğurması ve doğumdan sonra çiftin çocuğu evlat edinmesi hususlarında bir yazılı sözleşme yapmışlardır. Kocanın spermeleriyle döllenmiş taşıyıcı anne çocuğu doğurduktan sonra evli çifte teslim etmiştir. Ancak taşıyıcı anne evli olduğundan, taşıyıcı annenin kocası tarafından evlat edinme işlemine karşı dava açması nedeniyle evlat edinme işlemleri devam edememiştir. Ancak bebeğin % 100 taşıyıcı annenin kocasından olduğunun anlaşılması üzerine, evlat edinme talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine, ödemesi yapılan 27.000 DM taşıyıcı annenin eşinin sebep olduğu ilave masraflarla birlikte iade edilmesi talep edilmiştir.

Mahkeme bu tür sözleşmeleri “bir orta sınıf araba bedeline eşit bir ücretle insan yaşamının ticaretinin yapılması” şeklinde tanımlayarak taşıyıcı annenin olabildiğince çocuğa özen göstermesi gerekirken, çocukla herhangi bir köklü duygusal bağ geliştirmediğini, tersine çocuğu derhal ve ıstırap verici bir biçimde kendinden ayırdığını, diğer yandan, çocuğun evli çift tarafından kendi evlatlarıymış gibi kabul edileceğinin garantisi olmadığını, ayrıca kocanın belirli bir bedel ödeyerek sahip olduğu çocuğa, doğal yollarla sahip olacağı çocuğuna göre daha farklı

davranmasının söz konusu olabileceğini bununla birlikte, eşinin uzun dönemde kendinden olmayan bir çocuğa katlanamayabileceğini ya da kendisinden olmayışının üzüntüsünü yaşayabileceğini ve kocasının başka bir kadınla genetik mirasını paylaşmasının evliliğine nasıl etki edeceğinin de belirsiz olduğunu ifade ederek söz konusu sözleşmenin sakıncalarını dile getirmiştir. Mahkeme, ayrıca çocuğun hukuki kaderinin ne olacağına dair bir kesinliğin söz konusu olmadığını, 18 Aralık 1981 tarihli sözleşmede, taşıyıcı annenin, hamileliğin gerçekleşmesinden sonra dönülemez bir feragatte bulunmayı ve çocuğu evlatlık vermeyi taahhüt ettiğini fakat söz konusu taahhüdün BGB'nin 138. maddesi uyarınca geçersiz olduğu gibi 1747 (3) (1)'de yer alan, bebek 8 haftalık oluncaya kadar evlatlık verme rızasında bulunulamayacağı hükmü nedeniyle hukuki etkiye sahip olmadığını, aksine evlat edinmeye geçerli ve hukuki etkisi olan bir rıza gösterilmiş olsaydı bile, taşıyıcı anne ile anlaşma yapmış koca ve eşinin çocuğu evlat edineceklerine dair garanti olmadığını, BGB 1752(1) uyarınca evlat edinme kararı ancak çocuğun menfaati söz konusuysa ve evlat edinen ile evlat edinilen arasında ebeveyn çocuk ilişkisinin gelişmesini sağlayacak sebepler varsa söz konusu olabileceğini, bu nedenle amaçlanan evlat edinmenin gerçekleşeceğinin önceden kesinleşmiş olmasının mümkün olmadığını belirterek söz konusu sözleşmenin geçersizliğine hükmetmiştir.¹⁵⁹

Görüldüğü üzere, taşıyıcı annelik sözleşmelerine yasal olarak izin verilmemesi ya da açıkça yasaklayıcı hükümlerin bulunmadığı durumlarda, mahkemeler sözleşmeye taraf olanların menfaatlerini, insan vücudunun bütünlüğü,

¹⁵⁹ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 303, 304.

kamunun menfaati ve toplumun ahlak anlayışı gibi unsurları göz önünde bulundurarak, taşıyıcı annelik sözleşmesini hukuka veya ahlaka uygun bulmamaktadırlar.

III. SÖZLEŞMENİN AMACININ HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR

A) GENEL OLARAK SÖZLEŞMENİN AMACI KAVRAMI

Tarafların sözleşme ilişkisine girmelerine karar verdiren niyet şeklinde tanımlanabilen sözleşmenin amacı sadece ilişkinin geçerli biçimde kurulabilmesi için tarafların anlaşmalarının zorunlu ve gerekli olduğu unsurları değil, tarafların her ikisinin de istediği ve sözleşmenin ifasıyla ulaşmalarının mümkün olduğu hedefleri de içermektedir. Böylelikle, tarafların sözleşme yaparak direkt ulaşmak istedikleri hedeflere doğrudan amaç, sözleşmenin ifası ile ulaşılması mümkün olan ve her iki tarafın da hedeflediği ve elde etmeyi beklediği, gerçekleşmesi için de sözleşmenin ifa edilmesinin zorunlu olduğu hukuki ya da fiili durumlara ise dolaylı amaç denmektedir.¹⁶⁰

Mahkemeler Common Law'a mı yoksa kanunun emredici hükümlerine mi yoksa ahlak kurallarına mı aykırı olduğu hususunda fark gözetmeksizin hukuka veya ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmek isteyen tarafın irade beyanına, sözleşme hukuka uygun olarak ifa edilse bile hukuki etki tanıyamayacaktır.¹⁶¹

¹⁶⁰ Ateş, sh. 220-223.

¹⁶¹ Morris/Bingham/Guest/Haris /Lever/Smart, sh. 368, 369.

B) ÖZEL OLARAK SÖZLEŞMENİN AMACININ HUKUKA YA DA AHLAKA AYKIRI OLDUĞU DURUMLAR

Kuramsal olarak, özellikle dolaylı amaç, sözleşme akdederek tarafların hedeflediği ve elde etmeyi beklediği hukuki veya fiili durumlar olarak ifade edilse de özellikle uygulamada taraflardan birinin hedeflediği ancak diğer tarafın bundan haberdar dahi olmadığı amaçlar söz konusu olabilmektedir. Bu türden amaçlar hukuka ya da ahlaka aykırılık teşkil etmemekteyse herhangi bir soruna sebebiyet vermemektedir, ancak hukuka veya ahlaka aykırılık durumunda hukuki işlemin akıbeti konusu büyük hukuk çevrelerinde özellikle tartışılmıştır.

Sözleşmenin geçersizliğine hükmedilebilmesi için, sözleşmenin amacının hukuka ya da ahlaka aykırı olduğunun her iki tarafça bilinmesi ve söz konusu amacın her iki tarafça istenilmesi gerekmektedir. Örneğin, A ile B'nin, B'ye silah getirip ülkede isyan çıkarmak için yaptıkları anlaşma ya da A'nın B'ye belirli bir memura rüşvet vermesi, uyuşturucu ticareti yapması, yetkili makamlardan ruhsat almadan gizli olarak bir genelevi işletmek için borç para vermesi, soygun yapmak ya da adam kaçırmak için otomobil kiralaması amacı bakımından hukuka veya ahlaka aykırı sayılacaktır. Ancak hukuka ya da ahlaka aykırı amacın taraflardan biri tarafından bilip istendiği fakat diğer tarafın haberinin olmadığı durumlarda sözleşmenin hukuka ya da ahlaka aykırı olmayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Örneğin A, bir suç işlemek amacıyla B'den silah almış veya uyuşturucu ticareti yapmak ya da ruhsatsız

genel ev işletmek için borç para almış ve B de bu amaçlardan habersiz ise, sözleşmeler amacı itibariyle hukuka ya da ahlaka aykırı olmayacaktır.¹⁶²

Bununla birlikte, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılığı nedeniyle geçersizliğine hükmedilebilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin hukuka veya ahlaka aykırı amacı bilmesi yeterli midir yoksa her iki tarafın da amacı paylaşması gerekir mi sorusuna verilecek cevap her zaman hakkaniyete uygun sonuçların ortaya çıkmasına sağlamamaktadır. Eğer her iki tarafın da amacı paylaşması gerektiği kabul edilirse, sonuçta suçlu taraf suçsuz tarafa karşı sözleşmeyi uygulayabilecektir. Bu durumun söz konusu olduğu bir dava Fransız Temyiz Mahkemesi'nde görülmüştür. Söz konusu davaya konu olan sözleşme, R, M ve Mme B ile, satın alma opsiyonu ile, 1919'da akdedilen ve 1929'da süresi 1965'e kadar uzatılan bir kira sözleşmesidir. Söz konusu sözleşme ile ilgili olarak kiralayanın kiracının taşınmazı genelev olarak kullanacağını bilmediği, bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğu ve taşınmazın tahliye edilmesi gerektiği kiralayanın mirasçıları tarafından ileri sürülmektedir. Hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf mahkemesi, ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin iptal edilmemesine hükmetmiş, temyiz mahkemesi de bu kararları onamıştır. Bu tür davalarda *cause*, Fransız Mahkemelerince, olmadığında sözleşmenin kurulmasının mümkün olmadığı temel amaç (*motif déterminant*) olarak ele alınmaktadır. *Motif déterminant*'ın her iki tarafça paylaşılması gerekip gerekmediği tartışmalı bir konudur. Bu davada mahkemenin kiracının kiralananı genelev olarak kullanması amacının taraflarca kararlaştırılmış olması yönündeki görüşü aşırıdır. Diğer davalarda verilen hükümlerde ve pek çok yazar tarafından,

¹⁶² Eren, sh. 290, 294.

tarafardan birinin uygun olmayan *motif déterminant*'ının diğer tarafça bilinmesinin yeterli olduğu kabul edilmekteydi. Taraflardan birinin uygunsuz amacı bilmediği durumlarda sözleşme geçerli olacaktır. Zira masum tarafın korunması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu davada kiralayan sözleşmeyi iptal etmek ve kiracıdan mülkünü geri almak istemiştir. Davasının reddedilmesi, kiracının mülkiyeti elinde bulundurmaya izin verilmesi ve mülkü ahlaka aykırı amaç için kullanmaya devam etmesi anlamındadır. Bu yönüyle karar eleştirilebilir. Diğer yaklaşım sözleşmeyi geçersiz kılmak ve kiralayanın tazminat talebinde bulunmasını engelleyen makul sebeplerin bulunup bulunmadığını araştırmak olabilirdi.¹⁶³

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre ise bu durumun, her iki tarafın da hukuka ya da ahlaka aykırı amacı bilmesi ya da bilmesi gerekmesi ile sınırlı tutulmaması gerekmektedir. Mahkemeye göre, tarafların amacı bilmelerinin yanında bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak da kabul etmeleri şarttır. Önceleri dolaylı ortak amaç konusunda her iki tarafın da iradelerinin esas alınmasına karar veren mahkeme, daha sonra taraflardan biri için hukuka veya ahlaka aykırı olan amacın sözleşmenin belirleyici sebebi olması diğer tarafın da bunu bilmesini yeterli görmüştü. Son dönemde ise, her iki tarafın da bilerek gerçekleştirmek istedikleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul ettikleri dolaylı amaç görüşüne ulaşmıştır. Dolayısıyla taraflardan birine ait hukuka

¹⁶³ Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 298, 299; Nicholas B.: The French Law of Contract, İkinci Bası, sh. 132. Ateş'e göre, "bir kimse evinin genel ev olarak kullanılacağını bilmeden kiraya vermiş ise, daha sonra durumu öğrendiğinde kira sözleşmesini feshedebilmeli, buna karşılık bilerek kira sözleşmesini kurmuş ise sözleşme genel ahlak kurallarına aykırılık sebebiyle batıl olmalıdır." Ateş, sh. 231 (naklen).

veya ahlaka aykırı amaç, edimin ya da karşı edimin hukuka ya da ahlaka aykırı olması sonucunu doğurmamaktadır.¹⁶⁴

Tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amacı emredici hükümleri bertaraf etmek için farklı göstermeleri durumunda BGB 134 hükmüne aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğine hükmedildiği¹⁶⁵ Alman hukukunda sözleşmenin dolaylı amacının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı görüşü hakimdir. Çünkü sözleşmenin esas amacı kriteri kabul edilmiştir. Buna göre, sözleşmenin dolaylı amacı sözleşmenin içeriğinde yer almaz. Bir sözleşmede esas amaç vergiden mal kaçırmak değilse sözleşmenin geçersizliği için yeterli bir sebep yoktur.¹⁶⁶

Anglo Amerikan hukukunda ise sadece bir taraf hukuka ya da ahlaka aykırı bir amaç taşıyorsa, sözleşme gizli anlaşma anlamına gelmediğinden aslında yasaklanmadığı, ancak sözleşmenin A tarafından ifası B'ye hukuka aykırı fiilin işlenmesinde yardımcı olacaksa, A hukuka aykırı amacı öğrendiğinde edimi reddederse sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Hukuk bütün olarak tutarlı olmak zorundadır ve eğer A hukuka veya ahlaka aykırılığı öğrenmeden önce sözleşmeyi ifa ederse suça teşvik ve yardım etmekten, hukuka veya ahlaka aykırılığı öğrendikten sonra sözleşmeyi ifa etmezse sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulamaz; kaldı ki, bu durumda sadece ifayı değil, sözleşmenin tamamını reddetmekle yükümlüdür. Söz gelimi A, B ile zararlı otları yok etmek için

¹⁶⁴ Ateş, sh. 227, 228; dipnot, 639. Başpınar, sh. 147.

¹⁶⁵ Başpınar, sh. 60.

¹⁶⁶ Başpınar, sh. 133, dipnot 137. Ateş'e göre ise dolaylı amaçların hukuka ve ahlaka aykırılıkta dikkate alınabilmesi için sözleşmenin kurulması esnasında her iki tarafça bilinmesi gerekmektedir. Bu durum sözleşmenin kurulmasına kaynak teşkil eden hukuka ya da ahlaka aykırı sebepten değil, sözleşmenin hukuka ya da ahlaka aykırı amaçla birleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ateş, dipnot, 639.

çeşitli ilaçların satılması konusunda kendi için tamamen hukuka uygun bir sözleşme akdetmişken, B'nin amacının aslında karısını zehirlemek olduğunu fark ettiğinde, teslim borcunu ifa etmekten kaçınmakla yükümlüdür. Bununla birlikte davalının davacıya ders vermesi için salon tahsis ettiği *Cowan v. Milbourn* davasına konu olayda, davalı davacının derslerinin suç teşkil eder nitelikte ve değerlere hakaret eden bir yapıda olduğunu fark ederek davacıya salonu tahsis etmekten vazgeçmiştir. Mahkeme kararında, davalının hem buna yetkili olduğunu hem de borcunu ifa etmemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir.¹⁶⁷

Bununla birlikte, doğrudan amacın hukuka veya ahlaka aykırı olması durumuyla ilgili olarak Yargıtay'da görülen bir davada, davacının davalıya kendisine bakıp gözetmesi kaydıyla verdiği taşınmazın, davalının davacıyı terk etmesi üzerine, üzerindeki tapu kaydının iptali ve taşınmazın davacı adına tescil edilmesi yönündeki talebi, taraflar arasında düzenlenen ve doğruluğu taraflarca kabul edilen senede göre davalının davacının gayrimeşru karısı durumunda olması ve söz konusu senette davalının davacı ile birlikte kalacağını, hoş geçineceğini, geçimsizlik çıkarmayacağını, aksi takdirde kendisine hibe edilen taşınmazı davacıya terk ve iade edeceğinin belirtilmiş olması davacının hukuka ve ahlaka uygun olmayan bir amacı elde etmek niyetiyle nikahsız olarak davalıyla bir arada yaşamak için taşınmazı davalıya devretmiş olması ve hukuka uygun olmayan bir amacın elde edilmesi için verilen şeylerin geri alınmasının BK md. 65 gereğince mümkün olmaması nedeniyle, reddedilmiştir.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Smith, sh. 262.

¹⁶⁸ Y.8.H.D.17.9.1985, E.7521 K.8192, YKD. 1986, C.12, sh. 58.

Görüldüğü üzere, sözleşmenin amaç unsurundaki hukuka veya ahlaka aykırılık sözleşmenin hükümsüzlüğü neticesini gündeme getirebilmektedir. Ancak amaç unsurundaki hukuka aykırılığın taraflarca kararlaştırılması veya bilinmesi gerekip gerekmediği hususunda bir görüş birliğine varılmamıştır. Ancak Fransız Mahkemelerinin hukuka veya ahlaka aykırı amacın taraflarca kararlaştırılması gerektiği yönündeki görüşü aşırıdır; diğer tarafın bu amacı biliyor olması doğrudan amaçlar için yeterli kabul edilmelidir. Ancak dolaylı amaçlar bakımından İsviçre Federal Mahkemesi'nin tarafların amacı bilmelerinin yanında bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul etmeleri gerektiğini ifade etmesi yerindedir.

Sözleşmelerde görülen hukuka veya ahlaka aykırılıklar, yukarıda incelendiği üzere, üç grupta toplanabilir. Yapılan bu gruplama sözleşmede hukuka veya ahlaka aykırılığın tespitini ve söz konusu aykırılık durumuna hangi yaptırımın uygulanacağını belirlenmesini kolaylaştırmaktadır. Ancak, aşağıda incelendiği üzere, aykırılık durumunda uygulanacak yaptırım, esas olarak sözleşmenin hangi unsuruna yönelik bir aykırılığın söz konusu olduğuna göre değil, aykırılığın ağırlığına ve sözleşmeden ayrılıp ayrılmadığına başka bir deyişle sözleşmeyi tamamen kapsayıp kapsamadığına göre belirlenmektedir.

III. BÖLÜM

HUKUKA VE AHLAKA AYKIRI SÖZLEŞMELERİN YAPTIRIMLARI

I. SÖZLEŞMELERİN UNSURLARINDA EKSİKLİK ve SAKATLIK OLMASI HALİNDE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

A) GENEL OLARAK

Sözleşmelerin kurucu unsurlarında eksiliğin söz konusu olması¹⁶⁹ durumunda sözleşmenin ve sözleşme ilişkisinin hiç doğmadığı kabul edilmektedir. Örneğin sözleşmeyi kuran temel unsur olan irade beyanının veya irade beyanı olarak kabul edilebilecek fiillerin bulunmaması durumunda sözleşmenin yok hükmünde olduğu ve söz konusu yokluğun herkes tarafından ileri sürülebileceği veya açılmış herhangi bir davada mahkemece resen göz önünde bulundurulacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁰ Sözleşmenin hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesinden dolayı başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasına¹⁷¹ ise, butlan denilmektedir ve tam ve kısmi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Geçerli biçimde kurulmuş bir sözleşmenin hak sahibi tarafından geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırılması ise iptal olarak adlandırılmaktadır. Tarafların istedikleri sözleşme kurulmuş olmasına rağmen hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için kanunun

¹⁶⁹ Yokluğu söz konusu olan kurucu unsur, İngiliz hukukunda rıza ya da *consideration*; Fransız hukukunda ise *causa* olabilir. Youngs, sh. 375.

¹⁷⁰ Oğuzman K./Barlas N.: Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 8. bası, İstanbul 2000, sh.144, 145.

¹⁷¹ Fransız Medeni Kanunu'nun, 1234'üncü maddesinde, sözleşmeyi sona erdiren sebepler arasında hükümsüzlük de sayılmıştır. Bu nedenle, Fransız hukukunda batıl bir hukuki işlemin hakim tarafından butlanına karar verilinceye kadar hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği kabul edilmektedir. Başpınar, dipnot 57. Alman hukukunda da her ne kadar butlan yaptırımı durumunda sözleşmenin başlangıçtan itibaren hükümsüz olacağı kabul edilmiş olsa da ticaret ve iş hukukunda butlan yaptırımı sözleşme yapıldığı andan itibaren etkili olacaktır. Youngs, sh. 378.

öngördüğü bazı unsurların sözleşmede bulunmaması nedeniyle başlangıçta hüküm ve sonuçlarını doğuramaması fakat sonradan eksikliklerin tamamlanarak sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren tam olarak meydana getirmesi durumunda ise, eksiklik yaptırımı söz konusu olmaktadır.¹⁷²

Kıta Avrupası hukukunda genel olarak sözleşmede görülen eksiklik ya da sakatlığın ağırlığına göre farklı yaptırımlar öngörülürken, Anglo-Amerikan hukukunda ise sakatlık yaratan durumun sözleşmenin kuruluşu aşamasında mı yoksa ifa aşamasında mı söz konusu olduğuna ya da sözleşmenin söz konusunun aykırılık olmadan ayakta kalıp kalamadığına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Kısaca Anglo-Amerikan hukukunda, sözleşmeler hukuka aykırı (*illegal*) ve geçersiz (*void*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ancak mahkemeler her zaman bunları birbirinden ayırmakla ilgilenmemektedirler. Mahkemeler, hukuka aykırı sözleşmelerin geçersizliğine hükmetmenin yanı sıra, söz konusu hukuka aykırılığa karışan tarafa fayda sağlayacak nitelikte talepleri reddetmektedirler. Diğer sözleşmeler ise sadece geçersizdirler (*merely void*). Bu durumda, iade ve tazminat talepleri mahkemelerce tamamen reddedilmemektedir.¹⁷³

B) SÖZLEŞMELERİN HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI OLMASININ YAPTIRIMLARI

Sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olması durumunda geçersizliğine hükmedilecektir. Söz konusu geçersizlik tam butlan veya kısmi butlan şeklinde

¹⁷² Başpınar, sh. 21-23.

¹⁷³ Anson, sh. 336.

olabilir. Hukuka veya ahlaka aykırılığın tam butlan mı yoksa kısmi butlan mı teşkil edeceği aykırılığın şiddetine ve kapsamına göre belirlenecektir. Eğer söz konusu aykırılık sözleşmenin tamamını ilgilendiriyorsa ve içeriğini tümü itibarıyla geçersiz kılıyorsa, tam butlan söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle taraf iradelerinden, kısmi sakatlığın olduğu kısım olmaksızın böyle bir sözleşmeyi yapmayacakları neticesi çıkıyorsa, tam butlan gündeme gelebilecektir.¹⁷⁴ Ancak söz konusu sakatlık sözleşmenin içeriğinin belirli bir kısmına ilişkinse, sözleşmenin kısmi butlanına hükmedilerek sözleşmenin tamamı değil belirli hükümlerinin geçersiz kılınması söz konusu olacaktır.¹⁷⁵

Türk Borçlar Kanunu'na, Alman ve İtalyan Medeni Kanunlarına bakıldığında¹⁷⁶ tam butlan veya kısmi butlan tanımına yer verilmediği görülmektedir. Kanunda herhangi bir tanıma yer verilmemiş olması, tanımın zaman içerisinde anlamını yitirmesi veya anlamının değişikliğe uğraması ihtimali karşısında yerinde olmuştur. Bu nedenle söz konusu kavramın tanımı ve kapsamı doktrin ve mahkeme kararları ile belirlenecektir.¹⁷⁷

Bununla birlikte Fransız Medeni Kanunu'nda da herhangi bir tanıma yer verilmemiş ancak 1131'nci maddesinde, *causenin* olmadığı ya da hukuka aykırı olduğu durumlarda, herhangi bir borcun doğmayacağı belirtilmiştir. Klasik görüşe göre her iki durumda da sözleşme batıl olacaktır. Hukuki işlemin içeriğine değil de

¹⁷⁴ Başpınar'a göre, kısmi sakatlık taraflardan yalnız birine ilişkinse veya koruma normlarına aykırılık söz konusu ise, sözleşmenin tam butlanı sonucuna gidilemeyecektir. Başpınar, sh. 25.

¹⁷⁵ Başpınar, sh 25-29. 16. ve 17. yüzyıllarda, taahhütte bulunan bir kişinin diğer taahhütleri için de hukuka aykırı araçları kullanarak taahhütte bulunduğu varsayımı genel olarak kabul edildiğinden tüm taahhütlerinin geçersizliği cihetine gidilmekteydi. Anson, sh. 351.

¹⁷⁶ Türk Borçlar Kanunu md. 20/II, Alman Medeni Kanunu § 139, İtalyan Medeni Kanunu md. 1419.

¹⁷⁷ Başpınar, sh. 28.

korunan menfaatin içeriğine dayanan tam ve kısmi butlan ayırımına yönelik modern doktrin yaklaşımı *cause*'nin yokluğunu kabul etme konusunda, kamu düzenin önem arz etmemesi fakat *cause* ya da konunun hukuka aykırı olduğuna dair şüphenin bulunması nedeniyle, güçlük çekmektedir.¹⁷⁸ Bununla birlikte Fransız hukukunda, tam butlana *cause* ya da konunun hukuka aykırılığı durumunda olayda menfaati bulunan herkes tarafından¹⁷⁹ 30 yıllık zamanaşımı süresi¹⁸⁰ içinde ve kısmi butlana ise, 5 yıllık zamanaşımı süresi¹⁸¹ içerisinde hukukun korumayı amaçladığı kişi ya da temsilcisi tarafından başvurulabileceği kabul edilmiştir.¹⁸² Her ne kadar kısmi butlan ile ilgili Fransız Medeni Kanunu'nda açık bir hüküm yer almasa da 1227'nci maddesinin I. fıkrasında, asıl borcun batıl olması durumunda cezai şartın da batıl olacağı, II. fıkra ise, cezai şartın batıl olmasının asıl borcu etkilemeyeceği ifade edilmektedir.

Her ne kadar butlan tanımı verilmemiş olsa da İtalyan Medeni Kanunu md. 1419/I'de, sözleşmenin kısmi butlanı durumunda söz konusu batıl kısım olmadan sözleşmenin yapılmayacağı sonucuna varılması durumunda sözleşmenin tamamının butlanına hükmedileceği, md. 1419/II'de ise, sözleşmenin belirli hükümlerinin batıl olmasının, emredici hükümlerin söz konusu hükmün yerine geçebildiği durumlarda, sözleşmenin tamamının batıl olmasına sebep olmayacağı belirtilmiştir.¹⁸³ Alman Medeni Kanunu § 139'a göre ise, sözleşmenin belirli bir kısmı batıl ise, söz konusu batıl kısım olmaksızın hukuki işlemin yapılmayacağı varsayılmadıkça hukuki işlemin

¹⁷⁸ Nicholas, sh. 133.

¹⁷⁹ Örneğin, taraflar, üçüncü kişiler, savcı ve hakim.

¹⁸⁰ Fransız Medeni Kanunu md. 2262.

¹⁸¹ Fransız Medeni Kanunu md. 1304.

¹⁸² Youngs, sh. 376.

¹⁸³ İtalyan Medeni Kanunu'nun İngilizce tercümesi için, bkz., The Italian Civil Code, Translated by Beltrama M./Lango G.E./ Merryman J.H./ Oceana Publican, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1969.

tamamı batıl olacaktır. Yine benzer şekilde, Yunan Medeni Kanunu'nun 181'nci maddesine göre, bir hukuki işlemin bazı kısımları batıl olduğu takdirde, tarafların batıl kısım olmaksızın söz konusu hukuki işlemi yine de yapacakları kabul edilmedikçe hukuki işlem batıl olacaktır.¹⁸⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 20/I hükmünde ise hukuka veya ahlaka (adaba) aykırı sözleşmelerin batıl olacağı belirtilmiştir.

Anglo-Amerikan hukukunda ise sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olması durumunda sözleşme bazen bir tarafça bazen de iki tarafça uygulanamayabilir. Burada sözleşmenin uygulanmasından kasıt, sözleşmenin ifasının mahkemeden talep edilip edilemeyeceğidir. Sözleşmenin bütünüyle uygulanamaz olduğu durumlarda sözleşme hukuka aykırıdır diğer bir deyişle hükümsüz bir sözleşmedir. Bununla birlikte örneğin ticari faaliyetlerin kısıtlanmasına yönelik sözleşmelerde hukuka aykırılık sadece kısıtlamanın düzenlendiği hüküm bakımından söz konusu olabilir. Sözleşme ifa edilmemişse, sadece ticaret kısıtlamalarına yönelik hükümler uygulanamayacak başka bir deyişle sadece o kısıtlamalar geçersiz kılınacaktır. Bununla birlikte, sözleşmenin konusu sadece ticari faaliyetin kısıtlanmasından ibaretse, sözleşme bütünüyle uygulanamayacak diğer bir deyişle hükümsüz olacaktır.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Başpınar, dipnot 25.

¹⁸⁵ Treitel, sh. 442. Bununla birlikte sözleşme *ex facie* hukuka aykırı ise, taraflarca ileri sürülmüş olup olmadığına bakılmaksızın, mahkemenin sözleşmeyi uygulamayacağı ve sözleşmenin *ex facie* hukuka aykırı olmadığı durumda ise sözleşmenin hukuka aykırı olduğu dava dilekçesinde ileri sürülmedikçe hukuka aykırılık iddialarını dinlemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak hukuka aykırılık sadece tarafları ilgilendiren özel bir durum değildir. Hatta bazı hallerde, tarafların hukuka aykırılık iddiasında bulunmamaları kendilerine avantaj sağlayabilecekleri bir durumdur. Ancak kanunda veya mahkemelerce ifade edilmiş kamu menfaati, mahkemenin sözleşmenin hukuka aykırı unsuru nedeniyle sözleşmeyi uygulamasına yönelik talepleri reddetmesini gerekli kılabilir. Bu durumda mahkeme, söz konusu hukuka aykırılığın yapısı ve kapsamı üzerinde inceleme yapmak zorundadır. Mahkemenin nihai kararı, sözleşmenin hukuka aykırı bölümlerinin tazminat veya iade taleplerinin

Belirtilen durumda sözleşmenin kısmi butlanı söz konusudur. Kısmi butlan kendi içinde gruplara ayrılmaktadır. Belirtilen olayda ise, basit kısmi butlan söz konusudur. Hakimin, tarafların farazi iradelerine göre, sadece sözleşmenin bir kısmının butlanına karar vermesi ve diğer kısımlarını geçerli saymasına basit kısmi butlan denmektedir. Sözleşmeyi taraf iradeleri dikkate alınarak olabildiğince ayakta tutma düşüncesi ile böyle bir uygulamaya gidilmektedir. Böylelikle taraflar bir kısmı sakat olan sözleşmeyi butlan yaptırımından en az zararla kurtarmış olmaktadır. Bu duruma verilebilecek bir başka örnek de, çok ağır rekabet yasağı içeren sözleşmelerdir. Bu tür rekabet yasağına ilişkin hükümler sakat olmasına rağmen sözleşmenin diğer kısımları geçerliliğini koruyorsa yine basit kısmi butlan söz konusu olacaktır.¹⁸⁶

Kısmi butlan olarak adlandırılan butlan yaptırımı için Anglo-Amerikan hukukunda ayırma (*doctrine of severance*) tabiri kullanılmaktadır. Buna göre, sözleşmenin hukuka aykırı kısmı eğer nispeten önemsizse ve ayırım sözleşmenin özünü bozmuyorsa hukuka aykırı kısım sözleşmeden ayrılabilir ancak eğer hukuka aykırı kısım sözleşmeden ayrılamıyorsa, sözleşmenin tamamı hukuka aykırı olacaktır.¹⁸⁷ Diğer bir deyişle, sözleşme hukuka uygun olan ve olmayan bölümlere

tamamının reddedilmemesi yönünde olabilir. Ancak bu karar, hukuka aykırılık iddiasının ilk olarak ne zaman, nasıl ve kim tarafından ileri sürüldüğüne bakılmaksızın, kamu düzeni ışığında davanın bütün unsurlarının dikkatlice incelenmesi neticesinde verecektir. Morris/Bingham/Guest/Harris /Lever/Smart, sh.865; Strong G.A.: The Enforceability of Illegal Contracts, Hasting L. J., C.12, 1960-1961, sh. 353.

¹⁸⁶ Başpınar, sh. 149-151.

¹⁸⁷ Örneğin, 1915 tarihli *Goldsoll v. Goldman* davasının konusu, davacının Birleşik Krallık'ta imitasyon mücevher satan davalının şirketini satın almasıdır. Sözleşmeye, davalının Birleşik Krallık'ta ya da sözleşmede belirtilmiş bazı ülkelerde ne imitasyon ne de gerçek mücevher satmayacağı yönünde bir hüküm konmuştur. Temyiz Mahkemesi söz konusu sözleşme hükmünü, davacının korumayı amaçladığı menfaatinin Birleşik Krallık sınırları içerisinde imitasyon mücevher satmak ile sınırlı olması nedeniyle aşırı bulunmuştur. Ancak mahkeme, sözleşmenin tamamının geçersizliğine hükmetmemiş aşırı olan kısımların sözleşmeden çıkarılmasına (ayrılmasına) ve sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanmasına hükmetmiştir. Eliot/Quinn, sh. 174.

ayrılabilirse ve hukuka aykırı bölüm ne sözleşmenin esaslı unsuru ise ne de suç teşkil ediyorsa¹⁸⁸ mahkemelerce uygulanması göz ardı edilerek geri kalan bölümlerin geçerliliğine hükmedilebilecektir.¹⁸⁹ Yukarıda örnek olarak gösterilen ticari faaliyetin kısıtlanmasına yönelik taahhütlerde, işçinin gördüğü hizmetin ya da yaptığı edimin karşılığında ücret ödemek şeklindeki işverenin taahhüdünün esas, işçinin rekabet etmemesine yönelik taahhüdünün ise tali nitelikte olması nedeniyle, hukuka aykırı taahhüt sözleşmeden ayrılabilir. Diğer bir deyişle, hukuka aykırı kısmın ikincil ya da tali nitelikte olması gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu ayırma işleminin sözleşmenin doğal yapısını bozmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, mahkemeler ayırma doktrinine başvuramayacaklardır.¹⁹⁰ Bununla birlikte kanun koyucu da bazı kanunlarda hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler için ayırma teorisini öngörebilir. Bu durumda kanuni ayırma söz konusu olacaktır. Örneğin mahkeme, cinsiyet, ırk ve maluliyete dayanan ayrımcılığa karşı çıkarılan mevzuat uyarınca, sözleşmedeki ayrımcılığa yönelik belirli hükümleri değiştirmek ya da çıkarmak yönünde hüküm verebilir.¹⁹¹

Yine Anglo-Amerikan hukukunda sözleşmenin kanuna aykırı olduğu durumlarda, kanuna aykırılığın sonuçları söz konusu kanunda belirtilmiş olabilir. Örneğin, bir sigorta şirketinin yetkisi olmadığı halde bir kişiyle sigorta sözleşmesi akdetmesi durumunda 1986 tarihli Finansal Hizmetler Kanunu uyarınca sözleşme akdeden kişiye sözleşmeyi uygulama imkanı tanınmıştır. Ancak, sözleşmenin hukuka

¹⁸⁸ Sözleşmede yer alan taahhüt örneğin rüşvet verme ya da zina ise, taahhüdün suç teşkil etmesi ya da ahlaka aykırı olması nedeniyle ayırma doktrini uygulanmayacaktır. Ancak, söz konusu suç teşkil eden taahhüt, suç işleme kastı olmaksızın yapılmışsa, söz konusu doktrinin uygulanması gündeme gelecektir. Treitel, sh. 467.

¹⁸⁹ Errante, sh. 143.

¹⁹⁰ Treitel, sh. 465-468.

¹⁹¹ Treitel, 470, 471.

ya da ahlaka aykırılığının etkilerinin kanunda açıkça ya da zımnen belirtilmediği durumlarda common law ilkeleri uygulanacaktır.¹⁹² Bununla birlikte, Yargıç Devlin'in *Archobolds (Freightage) Ltd. v. S. Spanglett Ltd.* davasında ileri sürdüğü görüş uyarınca, kanununda, kanuna aykırılığın sonuçları açıkça veya zımnen belirtilmemişse, kanunun amacına bakılarak söz konusu sonuçlar belirlenebilir. Her ne kadar Yargıç Devlin, sadece kanuna aykırılığa atıfta bulunsa da söz konusu yaklaşım bir common law kuralına aykırılığın söz konusu olduğu durumda da geçerlidir.¹⁹³

Benzer şekilde Kıta Avrupası hukukunda da, Medeni Kanun'da ya da Borçlar Kanunu'nda hukuka veya ahlaka aykırı bir sözleşme için bir yaptırım öngörülmüş olmakla birlikte sözleşmenin ihlal ettiği kuralda başka bir yaptırım öngörülmüşse, özel kural genel kurala üstün tutularak (*Lex specialis derogat legi generali*) ihlal edilen özel hükümde öngörülen özel yaptırımın uygulanacağı sonucuna ulaşılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun 134'ncü maddesinde "Kanuni bir yasağı ihlal eden hukuki işlem, kanundan başka bir çözüm çıkmadıkça batıldır" denerek belirtilen neticeye ulaşılmıştır.¹⁹⁴ Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 99/I md.sinde öngörülen hükme¹⁹⁵ aykırı olarak hizmet sözleşmesine işverenin hiçbir borçtan sorumlu olmayacağına dair hüküm konması durumunda söz konusu hüküm sakat olacaktır ve bu kısmın yerini emredici hüküm alacaktır, diğer bir deyişle işveren sorumlu olacaktır.¹⁹⁶

¹⁹² Eliot/Quinn, sh. 171.

¹⁹³ Treitel, 449, 450.

¹⁹⁴ Hatemi, sh. 144.

¹⁹⁵ BK md. 99/I hükmü şu şekildedir: "Hile veya ağır kusur halinde düşer olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraatini tazammum edecek her şart batıldır."

¹⁹⁶ Başpınar, sh. 156.

Bazı durumlarda, sözleşmenin sakat kısmının yerine, kanunun emredici veya tamamlayıcı bir hüküm veya hakim, tarafların farazi iradelerine göre tesbit ettiği ikame bir hüküm geçmektedir. Bu duruma değiştirilmiş kısmi butlan denmektedir. Yukarıda belirtilen örnekte ise, sözleşmenin sakat bir kısmının yerine emredici bir hükmün geçmesi söz konusudur. İtalyan Medeni Kanunu md. 1419/II’de olduğu üzere, sözleşmenin sakat kısmının yerine emredici hükümlerin geçeceği açıkça belirtilmiş olabilir. Kanun, sözleşmenin sakat bir kısmının yerine hangi hükmünün geçeceğini, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi bizzat belirtebileceği gibi, hakim takdirine de bırakabilir.¹⁹⁷ Örneğin Anglo-Amerikan hukukunda mahkemeler, “mavi kalem testi”ni (*the blue pencil test*) uygulamaktadırlar. Bu test uyarınca mahkemeler, sözleşmeden bazı kelimeleri çıkararak (ya da mavi bir kalemle aykırılık teşkil eden kelimeleri çizerek) ayırma doktrinini uygulamaktadırlar. Ancak mahkemeler, kelimeler ekleyerek veya kelimeleri yeniden düzenleyerek ya da bir kelimenin yerine başka bir kelime koyarak sözleşmeyi yeniden yazamazlar.¹⁹⁸

Sözleşme özgürlüğüne dayanarak, bir kısmı sakat olan sözleşmenin tamamını geçersiz kılınacağına veya tamamı batıl olan sözleşmenin belirli bir kısmının geçerliliğini koruyacağına dair tarafların butlan anlaşması yapmaları mümkündür. Ancak Alman hukukunda Türk hukukunun aksine bir kısmı sakat olan sözleşmenin sakat kısım olmadan da yapılacağı kabul edilmedikçe, tam butlanı söz konusu

¹⁹⁷ Başpınar, sh. 152-157.

¹⁹⁸ Böylelikle, *Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.* davasında Lordlar Kamarası, “Londra’nın 25 mil dahilinde” kelimelerini sözleşmeden çıkarılmasını ve yerine “Inslington” kelimesinin eklenmesini reddetmiştir. Böyle yapılmış olsaydı bu ayırma değil, sözleşmeyi yeniden oluşturmak olacaktı. Treitel, sh. 467. Ayrıca bkz. Anson, sh. 356; Krishnan V. (Editör): *Obligations: Contract Law*, 2. Bası, London, 2000, Old Bailey, sh. 266.

olacağından, Alman hukukunda tarafların sözleşmenin sakat olan kısmını muhafaza etmeyi istemeleri durumunda, ayrıca bu konuda anlaşmaya varmış olmaları gerekmektedir.¹⁹⁹

Özetle, gerek Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, gerekse Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılığının yaptırımı kanunda öngörülebilmektedir. Söz konusu yaptırım esas olarak, sözleşmenin bütünüyle geçersizliği neticesini doğuran tam butlan yaptırımı ya da sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil eden hükümlerinin geçersizliği neticesini doğuran kısmi butlan yaptırımıdır. Ancak söz konusu yaptırımlardan kısmi butlan yaptırımı Anglo-Amerikan hukukunda ayırma doktrini ile incelenmiş olsa da, varılan neticeler Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılığının yaptırımının kanunlarda öngörülmüş olmaması durumunda ise, Kıta Avrupası hukukunda mahkeme kararları ile Anglo-Amerikan hukukunda ise common law ilkeleri ile belirlenmektedir.

¹⁹⁹ Başpınar, sh. 79-82. Kısmi geçerlilik kayıtlarına, “kurtarıcı kayıtlar” da denmektedir. “Hukuki işlemi muhafaza etme”, “sözleşmeyi kurtarma kayıtları” anlamına gelen söz konusu kayıtların, Alman hukukunda medeni hukuk dışında geniş bir uygulama alanı bulunmakta ve “muhafaza kayıtları” ve “ikame kayıtları” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, sh. 82 vd.

C) HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI SÖZLEŞMELERDE VERİLENLERİN İADESİ

Bir sözleşme ya da diğer bir hukuki dayanak olmadan herhangi bir şey elde eden taraf onu aldığı kişiye iade etmek zorundadır. Ancak söz konusu kazanıma dayanak teşkil eden sözleşmede, *causa* yokluğunun nedeni hukuka veya aykırılık ise, diğer bir deyişle sözleşme hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle batılsa söz konusu ilkenin sınırlandırılması gerekmektedir. Eğer davacı söz konusu sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olduğunu biliyorduyorsa, hukuk sistemi açılan iade davasını reddedecektir. Başka bir deyişle bir sözleşme hukuka ya da ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz ise taraflardan hiçbirisi edimin ifası ya da sözleşmenin ihlalinin doğan zararların tazmini için dava açamayacaktır. Bu tür pek çok dava Roma kaynaklarında da tartışılmıştır.²⁰⁰

Bu genel kural her yerde yürürlükte ve çoğunlukla medeni kanunlarda açıkça yer almakta²⁰¹ ve mahkemelerce uygulanmaktadır. Ancak modern şartlar uyarınca söz konusu ilkenin uygulanması güçleşmektedir. Roma’da klasik dönem boyunca ‘*turpitude*’ (ahlaksızlık) geleneksel kilise kurallarını ihlal eden davranışlar özellikle aile hayatının bütününe karşı işlenen suçlardan oluşmaktaydı. Günümüzde de bu tür temel kuralları ihlal eden davranışlar nedeniyle suçlu konumundaki kişinin,

²⁰⁰ Roma hukukunda, bir kişinin yargıç ya da tanıklara verdiği rüşvetin veya eşini aldatırken yakalandığı kişiye verdiği sus payının ya da ahlaka aykırı fiiller için ödediği paranın iadesini talep edemeyeceği kabul edilmiştir. *In pari delicto potiorum esse possessorem* olarak ifade edilen genel kural, hem ödeme yapan kimsenin hem de ödemeyi kabul eden kimsenin, ödeme yaparak ve parayı kabul ederek temel ahlaki kurallara aykırı davranmış olduğu durumlarda ödenen paranın geri alınamayacağı ile ilgilidir. Zweigert/Kötz, sh. 575; Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 327. Ayrıca bkz. Ateş, sh. 312.

²⁰¹ Alman Medeni Kanunu § 817; İsviçre Medeni Kanunu md. 66; Avusturya Medeni Kanunu § 1174; İtalyan Medeni Kanunu md. 2035. Söz konusu kural *common law* ülkelerinde belirtilmediği gibi, Fransız Medeni Kanunu’nda da belirtilmemiştir.

verdiklerinin iadesini talep edemeyeceği açıktır. Ancak günümüzde, hukuk sistemleri şimdilik devlet tarafından benimsenmiş sosyal amaçlar ve ekonomi politikasına ters düşen sözleşmeleri geçersiz kılmaktadır. Bununla birlikte bu tür sözleşmelere taraf olanların yaptığı iade taleplerinin tamamını geçersiz kılmanın adil olup olmadığı tartışmalıdır. Hukuka aykırı ya da suç teşkil eden bir sonucu elde etmek amacıyla verilenlerin iadesinin talep edilemeyeceği genel kuralı bütün hukuk sistemlerinde kabul edilse bile, asıl sorun bu sınırları belli olmayan prensibin hangi biçimde güncel olaylara uygulanacağıdır.²⁰²

İade taleplerinin reddi konusunda farklı hukuki görüşler bulunmaktadır. En yaygın görüş, Lord Mansfield'in 1775 tarihli *Holman v. Johnson* davasında ifade ettiği üzere hiçbir mahkemenin kendi hukuka ya da ahlaka aykırı işlemine dayanarak dava açan bir kişiyi hukuken himaye etmeyeceği görüşüdür.²⁰³ Benzer şekilde Almanya'da, kasten işlenen suçların mahkemelerce himaye edilmesi tehlikesinden devleti korumak için iade taleplerinin reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Zweigert/Kötz'e göre ise, bu tür iade talepleri ile karşılaşıldığında yapılması gereken, basit genellemeler yapmaktan kaçınmaktır. Davacının akdettiği sözleşme ile bilinçli olarak hukuku ihlal etmesi durumunda, taraflarca hukuk kuralının amacının ihlal edilip edilmediğini ya da iade taleplerinin reddedilmesi yerine kabul edilmesinin kamu düzenini bozup bozmadığını görebilmek için mahkeme dikkatlice davayı incelemelidir.²⁰⁴

²⁰² Zweigert/Kötz, sh. 575-576.

²⁰³ Zweigert/Kötz, sh. 576; Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 327; Morris/Bingham/Guest/Haris/Lever/Smart, sh. 377; Anson, sh. 337.

²⁰⁴ Zweigert/Kötz, sh. 576.

İade taleplerinin reddini davacının kusurlu davranışlarına dayandıran benzer eleştiriler de mevcuttur. Bu görüşe sahip olanlara göre, davacı iade talebi reddedilmek suretiyle cezalandırılmalıdır, zira böyle hukuka veya ahlaka uygun olmayan hukuki işlemlerden kamuoyunu vazgeçirmek için daha iyi bir yol bulunmamaktadır. Genel olarak Alman doktrinde ve mahkeme kararlarında taraftar bulan bu görüşe göre, hukuka veya ahlaka aykırılık yüzünden hukuk düzeni ile uyum içinde olmayan sözleşmeler hukuki himayeden ve yardımdan yoksun olmalıdır. Reichtgericht, iade talebinin reddini, kötü bir düzenin fiilen ilanını cezalandırılması, Alman Temyiz Mahkemesi ise, iade talebinin düzenlendiği BGB § 812 c. 2 uyarınca davacının hukuka aykırı davranışı nedeniyle talebinin reddedilerek cezalandırılması gerektiği şeklinde ifade etmektedir. Ancak uygulanan ceza ile işlenen suçun ağırlığı arasında makul bir ilişkinin olup olmadığı incelenmeksizin insanların cezalandırılması ve söz konusu cezanın, iadesi istenen şeyi devredenden daha kusurlu olsa bile zenginleşmenin diğer suç ortağına uygulanmamasının garip bir durum yarattığı gerekçesiyle bu görüş eleştirilmektedir.²⁰⁵

Bununla birlikte Common Law verilenlerin iadesinin iki durumda mümkün olduğunu kabul etmiştir. Başka bir deyişle verilenlerin iadesinin mümkün olmaması kuralının iki istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki, sözleşme uyarınca bir malın mülkiyetini devreden tarafın hukuka aykırı sözleşmeye değil başka bir dava sebebine örneğin bir haksız fiile dayanarak dava açması durumunda devrettiği mülkiyeti geri alması mümkün olabilir.²⁰⁶ *Bowmaker v. Barnet Instrument Ltd* davasında Temyiz

²⁰⁵ Zweigert/Kötz, sh. 576; Ateş, sh. 317.

²⁰⁶ Söz konusu kural *Bowmaker* kuralı olarak adlandırılmaktadır. Bu kural uyarınca, davacının *in pari delicto* olduğuna dair şüphe bulunmasa dahi iade talebinin kabul edilmesi söz konusu olabilecektir. Enonchong N.: Illegality in French and English Law, Int. & Comp. L. Q., C. 44, Ocak, 1995, sh. 205.

Mahkemesi mal sahibi olarak davacının hukuka aykırı sözleşmeye değil, karşı tarafın hilesine dayanabileceğine hükmederek davayı kabul etmiştir.²⁰⁷ İkincisi ise, sözleşmenin kuruluş aşamasındaki hukuka aykırılık durumunda taraflardan birinin diğerine nazaran daha fazla kusurlu olmasıdır diğer bir deyişle “*in pari delicto*” olmamalarıdır. Taraflardan biri *in pari delicto* değilse yani sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılığından aynı derecede kusurlu değilse, hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmenin diğer tarafına nazaran daha az kusurlu olarak farz edilecektir. Bu doktrin uyarınca, sözleşme eğer suç ya da ciddi ahlaki düşkünlük teşkil etmiyorsa daha az kabahatli taraf daha kusurlu taraftan, ödediği paranın veya verdiği malın iadesini veya sağladığı faydaların iade edilmesini talep edebilecektir. Böyle bir durumda mahkemeler, daha az kusurlu tarafı hukuki işlemin kurbanı olarak değerlendirmekte ve sebepsiz zenginleşmeyi önlemek için bu tür iade ve tazminat taleplerini kabul etmektedirler. Bu prensip bazı değişik davalarda kullanılmaktadır. Bu bağlamdaki iade talepleri, ihlal edilen hükümlerin belirli bir grup insanı korumaya yönelik olduğu ve söz konusu taleplerde bulunanların bu gruba mensup insanlar olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Örneğin, davacı davalının sözleşmenin hukuka uygun olduğuna dair beyanı neticesinde sözleşmeyi akdetmeye ikna olmuşsa ya da davalı davacının içinde bulunduğu güç durumdan, tecrübesizliğinden veya saflığından yararlanmışsa veya sözleşmeyi geçersiz hale getiren yasaklayıcı hüküm davacının da içinde bulunduğu belirli bir grup insanı

²⁰⁷ *Tinsley v. Milligan* davasına konu olayda, Tinsley ve Milligan bedelini müştereken ödemek suretiyle bir ev satın almış ancak sadece Sosyal Güvenlik Kurumu’nu yanıltmak amacıyla sadece Tinsley adına tescil yaptırmışlardır. Söz konusu davada, mülkiyetin müştereken edinilmesi ve fakat tek bir kişide bulundurulmasının fiilen *trust* teşkil ettiği iddiasına istinaden verilenlerin iadesi talebi kabul edilmiştir. Enonchong, sh. 205,206; Treitel, sh. 460, 461; Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh.331-333; Zweigert/Kötz, sh. 581.

korumak için getirilmişse davacı davalı ile birlikte “*in pari delicto*” değildir ve iade talebinin kabulü gündeme gelebilecektir.²⁰⁸

Benzer mülahazalar, Alman mahkemelerince de sıklıkla kullanılmaktadır. Genel görüş BGB § 817 c.2’nin, davacının hukuka veya ahlaka aykırı eylemi nedeniyle kusurlu olduğu durumları hariç tuttuğu yönündedir. Mahkemelere göre bir taraf, ekonomik açıdan güçlü tarafın zorlayıcı taleplerine uymak zorunda kalmışsa ya da maddi açıdan güç koşullarda bulunuyorsa davacının davranışı kasten ahlaka veya hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu tür davalar, Anglo-Amerikan mahkemelerinin davacının *in pari delicto* olmaması sebebiyle iade taleplerini olumlu karşıladıkları davalardır.²⁰⁹

Common law, hukuka veya ahlaka aykırı sözleşme bütünüyle ifa edilmeden önce iade talebinde bulunulması durumunda, söz konusu talebin kabulüne imkan vermektedir.²¹⁰ Bu kuralın altında yatan fikir, davacının sözleşmeyi zamanında reddetmesi için teşvik edilmesinin faydalı olması ya da mahkemenin hukuka aykırı sözleşmeyi ifa etmeden önce bırakmasını teşvik eden ‘*locus poenitentiae*’²¹¹ (işten

²⁰⁸ Eliot/Quinn, sh. 172; Errante, sh.144; Zweigert/Kötz, sh. 577.

²⁰⁹ Zweigert/Kötz, sh. 577.

²¹⁰ Bir kişi, kanunca yasaklanan bir bahis sözleşmesi yapmışsa, bahis sonuçlanmadıkça diğer bir deyişle bahis konusu olayın sonucu belirli hale gelmedikçe, eğer bahis meblağı üçüncü bir kişi tarafından yediemin (*trustee*) sıfatıyla muhafaza ediliyorsa, bahis konusu olayın oluşması ya da oluşmamasından sonra bile (yedieminin mülkiyeti elinde muhafaza etmeye devam ediyor olması koşuluyla) yasaklanmış sözleşmenin bütünüyle ifa edilmemiş olması nedeniyle iade talebinde bulunulması mümkündür. Zweigert/Kötz, sh. 578.

²¹¹ Bu doktrin, verilenlerin iadesini talep etmek isteyen tarafa, sözleşmenin hukuka aykırı herhangi bir bölümünü icra etmeden önce sözleşmeyi feshetmesi durumunda, verilenlerin iadesine imkan vermektedir. Bu doktrinin amacı, hukuka aykırı sözleşme akdetmiş tarafın fikrini değiştirmesini ve hukuka aykırı sözleşmeye nokta koymasını teşvik etmektir. Başka bir deyişle söz konusu doktrin uyarınca, davacı *in pari delicto* yani kabahatli veya davalıdan daha fazla kabahatli olsa bile sözleşmeyi feshetmeye ve sözleşme sadece ciddi ahlaksızlık amacıyla akdedilmedikçe söz konusu hukuka veya ahlaka aykırı amacın elde edilmesini önlemek için zamanında hareket etmesi durumunda verilenlerin iadesini istemeye yetkilidir. Belirtilen doktrinin uygulama alanı küçük olarak

vazgeçme, cayma fırsatı²¹²) kararına hükmetmesidir. Pek çok eleştiride, söz konusu kuralın, davalının herhangi bir sebepten sözleşmeyi ifa etmek istemediği durumda davacının, sözleşmeyi uygulamazsa, '*locus poenitentiae*' doktrinine başvurmakla tehdit etmek suretiyle davalıyı ifaya teşvik edeceği ve davalı için ters bir etki meydana getireceği ileri sürülmektedir. Bu doktrinin uygulanması pek çok sıkıntıyı da gündeme getirmektedir. Özellikle, yasaklanmış sözleşmenin hangi aşamaya kadar ifa edilmiş olması gerektiği ya da davacının gerçekten pişman olup olmadığı veya sözleşmenin ifasının davalının ifada bulunmayı reddetmesi veya başka bir sebeple engellenmesinin yeterli olup olmadığı açık değildir.²¹³

Common Law hukukunda *bowmaker* kuralı olarak anılan kural uyarınca, davacının davalı ile akdettiği fakat kanunca yasaklanmış rehin, kira, ipotek ya da şartlı satım sözleşmesine istinaden sözleşmenin kanunca yasaklandığına değinmeksizin iddiasını mülkiyet hakkına, davalının malı satması ya da tahvil etmesi durumunda haksız fiil hükümlerine dayandırabildiği davalarda alınanların iadesine hükmedilebilmektedir. Bu Common Law kuralına benzeyen bir doktrin de Alman hukukunda bulunmaktadır. Buna göre, BGB § 817 c.2 sadece § 812 uyarınca yapılan taleplerde uygulanır, mülkiyet (§ 985) ve haksız fiile (§ 823) dayanan taleplerde uygulanmaz. Alman Temyiz Mahkemesi iddianın BGB'nin § 823 ve § 985 hükümlerine dayanması durumunda, davacının sadece iade talep etmeye hakkı bulunan davacından daha güçlü bir hukuki konuma sahip olacağını belirterek söz konusu kuralı doğrulamaya çalışmışlardır. Bununla birlikte, Caemmerer ve Raiser, §

nitelenebilecek hukuka aykırılıklarla sınırlıdır. Örneğin pek çok mahkeme, hukuka aykırı bahis sözleşmesinin ödenmemesine izin vermiştir. Errante, sh.146; Calamari J. D/ Perillo J.M.: The Law of Contracts, 1970, West Publishing Co., sh. 577.

²¹² Yılmaz E.: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. baskı, Ankara 1996, sh. 501.

²¹³ Zweigert/Kötz, sh. 577, 578.

817 c.2'nin mülkiyet hakkına dayanan taleplere uygulanmasının söz konusu olduğu belirli durumların bulunduğunu ifade etmişlerdir. Almanya'daki mahkeme kararlarına ve bazı yazarlara göre, itiraz edilebilir (*objectionable*) bir sözleşme uyarınca, mülkiyetin intikali genel olarak geçerlidir ancak, sözleşme hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil ederse geçersizdir. Bu yüzden sözleşmenin suç teşkil ettiği durumlarda hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmenin ifası sırasında, malın mülkiyetini devreden kişi, intikal ettirdiği malın maliki olarak kalmaya devam eder. Ancak, burada belirtilen kural uygulanmış olsaydı, davacı § 985 ve ek olarak § 812'ye dayanabileceğinden, malın iadesi davasında her zaman hüküm verilmesi gerekmektedir.²¹⁴

Fransa'da ise mahkemeler, hukuka aykırı sözleşmeleri uygulamamakta ya da bu tür sözleşmelerin ifa edilmemesi nedeniyle herhangi bir tazminata hükmetmemektedirler. Zira Fransız Medeni Kanunu'nun 1131'inci maddesinde, hukuka aykırı sözleşmelerin herhangi bir hukuki etkisinin bulunmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte kusurlu taraf dahi bir savunma esnasında ya da açılmış olan *action en nullité* davasında sözleşmenin butlanı iddiasında bulunabilir. Buna göre batıl sözleşme uyarınca, her ne kadar Fransız Medeni Kanunu'nda verilenlerin iadesi ile ilgili hüküm bulunmasa da²¹⁵ verilenlerin iadesi davası açılabilirdiği (*action en répétition*) sonucu çıkarılabilir. Ancak böyle basit bir yaklaşımın mahkemelerdeki uygulamalar için tatmin edici olmaması nedeniyle

²¹⁴ Zweigert/Kötz, sh. 578, 579.

²¹⁵ Fransız hukukunda bir malın mülkiyetinin hukuka aykırı bir anlaşma uyarınca intikal edemeyeceği kuralı mevcuttur. Bu nedenle, taraflar hukuka aykırı sözleşmeyi ifa etseler ve söz konusu mal muhataba intikal ettirilmiş olsa bile bu kural geçerlidir. Böylelikle, Fransa'da hukuka aykırılığın etkisi, söz konusu hukuka aykırı anlaşma uyarınca herhangi bir hak kazanılmasını engellemek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Enonchong, sh. 199, 200.

Fransa’da da mahkemelerin hukuka aykırı sözleşme uyarınca verilenlerin iadesi taleplerini reddettiği belirli durumlar söz konusudur. Bu bağlamda doktrin ve mahkemelerce iki kuralın uygulanabileceği kabul edilmiştir:²¹⁶ *Nemo auditor propriam turoitudinem allegans* (hiç kimse kendi ayıbını ileri sürerek hak elde edemez.²¹⁷) ve *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (her iki tarafın da ayıbının eşit olduğu durumda tazminat söz konusu olmaz.). *Nemo auditor propriam turoitudinem allegans* kuralı her ne kadar daha yaygın olarak kullanılsa da *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* kuralına nazaran daha muğlak bir kavramdır. *Nemo auditor propriam turoitudinem allegans* kuralına göre, belirtildiği üzere bir taraf sözleşmenin batıl olduğunu ileri sürerek kendi hatasına belirli bir ölçüde dayanabilir. Ancak bu önerme oldukça sınırlandırılmıştır. *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* kuralı ise bir özelliği açıklamaktadır: eğer tazminat talep eden taraf diğer taraftan daha az kusurluysa tazminata hak kazanabilir. Ayrıca karşılıksız sözleşmelerde verilenlerin iadesini talep etmek mümkündür. Bu iki özelliğin dışında, *causenin* ahlaka aykırı olduğu durumlarda verilenlerin iadesi talep edilemeyecektir.²¹⁸ Hükme bağlanmış pek çok davada bu ayrımın uygulandığı görülmektedir. Ancak bu ayrımı yapmak kolay değildir. Özellikle mahkemeleri iade

²¹⁶ Roma hukuku ilkeleri, Fransa’da eski yönetimlerde uygulanabilir ancak 1804 tarihli Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra Roma hukuku ilkelerinin yerini, Medeni Kanun’daki ilkeler almıştır. Ancak birkaç yıl sonra, Roma hukukunun verilenlerinin iade edilmemesi görüşü, Medeni Kanun’un 1131’inci maddesine üstün çıkmış, bu nedenle iade talebi başlangıçta pek çok davada reddedilmiştir. Bu nedenle Roma hukukundan doğan kavramlar md. 1131’in yorumu ile iç içe geçmiş ve biçimini bozmuştur. Ancak 19.yy’ın ilk yarısının sonunda, Roma hukukundaki verilenlerin iade edilmemesi görüşü üstünlüğünü kaybetmiş ve uygulanmamaya başlanmıştır. Bu görüşün yerini 1131’in hukuka aykırı sözleşmelerin iptal edilmesini müteakiben verilenlerin iade edilmesine imkan veren görüş almıştır. Bu görüşün ilk görünümü, Temyiz Mahkemesi’nin 1844 tarihli *Chedeville v. Delamotte* davasındaki kararıdır. Bu kararda hukuka aykırı sözleşmenin herhangi bir etkisinin olmaması nedeniyle, söz konusu sözleşme uyarınca ödenen paranın ya da intikal ettirilen mülkiyetin iade edilebileceği belirtilmiştir. Ancak mahkeme bu görüşünü sonraki yıllarda değiştirmiştir. Enonchong, sh. 201.

²¹⁷ Yılmaz, sh. 615.

²¹⁸ Ancak Nicholas’ın aksine, Enonchong ahlaka aykırı sözleşmelerin verilenlerin iadesi taleplerinin kabulü konusunda istisna teşkil etmediği görüşündedir. Enonchong, sh. 203, 204.

talebini kabul etmeye ya da reddetmeye yönelten faktörlerin belirlenmesi kararlarda belirtilen kriterlerin kendini yineleyen, çelişkili ve spesifik olmayan biçimde olmaları nedeniyle güçtür. Söz konusu ahlaka aykırılık genel olarak cinsel ahlaka aykırılıktır ancak kumar gibi ahlaka aykırılıkları da içermektedir.²¹⁹ Sözleşmenin basit bir hukuka aykırılığı içermesi durumunda ise iade taleplerinin kabul edilmesi gerektiği mahkeme kararlarında kabul edilmektedir. Bu yüzden fiyat düzenlemelerine ya da ekonomik politikaya ilişkin diğer yasaklayıcı hükümlere aykırılık teşkil eden sözleşmelerle ilgili davalarda iade talepleri kabul edilmektedir.²²⁰ Yine memurun rüşvet almasına ilişkin davalarda tazminat talepleri kabul edilirken, Alman Meslek Örgütüne yardım amacı taşıyan sözleşme söz konusu olduğunda reddedilmiştir. Ancak sözleşmenin yazılı olmayan davranış kurallarına özellikle cinsel ahlak kurallarına aykırılık teşkil etmesi durumunda iade talepleri kabul edilmemektedir.²²¹

²¹⁹ Kamu düzenine ait meselelerde de iade talepleri reddedilecektir. Ateş, sh. 315.

²²⁰ 1945 tarihinde Fransız Temyiz Mahkemesi'nde görülen bir davaya konu olayda, D, P'ye 150.000 kutu, yetkili makamlarca onaylanmamış yeni bir ürün olan *Potage Créole* satmıştır. P, açtığı davada yaptığı ödemenin iadesini talep etmektedir. 17 Haziran 1942 tarihli yetkili makamlardan izin alınmaksızın insanların tüketimine sunulacak bütün yeni ürünlerin satımını yasaklayan düzenlemeye aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğu taraflarca inkar edilmemiştir. Bununla birlikte, davalı şirket savunmasında, davacının herhangi bir hata söz konusu olmaksızın şartları bilerek söz konusu ürünler için ödeme yaptığını bu nedenle verilenlerin iadesi talebinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre, Fransız Medeni Kanunun 1131 ve 1133. maddeleri uyarınca hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmeden doğan borcunu ifa ederken bir miktar ödeme yapan kişi yaptığı ödeme için dava açabilir. Vadesi gelmemiş geçersiz borcun ifası için yapılan ödemeler de iade talebine konu olabilir. Bu nedenle, mahkeme yapılan ödemenin iadesi talebini kabul etmiştir. Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 328, 329.

²²¹ Nicholas, sh. 133, 134; Zweigert/Kötz, sh. 579. Örneğin, 1981 yılında Fransız Temyiz Mahkemesinde görülen bir davaya konu olayda, R barını, genelev olarak kullandığını ve bununla ilgili olarak cezai kovuşturma başlattığını bilen F'ye, F ise söz konusu barı daha sonra P'ye satması söz konusudur. F, yetkili makamların barı kapatıp lisansını iptal etmesi üzerine P'ye parasını iade etmek ve zararını karşılamak durumunda kalmıştır. Bunun üzerine, F, R'ye garanti hükümlerine dayanarak dava açmıştır. Temyiz mahkemesi hem R'nin F'ye yaptığı satışın hem de F'nin P'ye yaptığı satışın geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte, F'nin P'nin ödediği parayı iade etmesine ve P'nin uğradığı zararı karşılanmasına da hükmedilmiştir. F'nin, R'ye karşı zararının giderilmesi yönünde yaptığı talepler, Temyiz Mahkemesince, F'nin sözleşme yaparken devam eden cezai kovuşturmadan ve R'nin ahlaka aykırı faaliyetlerinden haberdar olması ve söz konusu riski küçümseyerek çok ucuza aldığı mekanı yüksek bir fiyata yeniden satabileceğine inanması göz önünde bulundurularak reddedilmiştir. Alıcının satış esnasında bilgisi bulunsadahi ortaya çıkan risklere karşı satıcının garanti borcunun bulunduğunu davacı tarafında ileri sürülmüş ancak mahkeme kararında, ne kendi risk ve tehlikesi dahilinde satın aldığı ifade eden, ne de söz konusu garantiyi hariç tutan bir şartı kararlaştıran alıcının garanti iddiası reddedildiği belirtilerek alıcının açıkça Medeni Kanunun

Fransız hukukunda bugün hala ilkelerin sınırları doktrin ve yargı tarafından kesin olarak belirlenememektedir.²²²

Davacının iade talebinin kabul edilip edilmeyeceği hususunda hukuk sistemlerinin birbirinden farklı bakış açıları vardır. Bunlar incelendiğinde pek çok davada büyük ölçüde farklı yöntemler kullanılsa da benzer şekilde karar verildiği görülmektedir. Kendisine mülkiyet intikal eden kişinin mülkiyeti elinde bulundurup bulunduramayacağı veya intikal ettirene iade edip etmeyeceği en iyi biçimde sözleşmeyi geçersiz kılan hükmün amacından anlaşılır. Bu nedenle yasaklayıcı hükmün amacının göz önünde tutulması sadece sözleşmeyi geçersiz kılan unsurların belirlenmesinde değil, ayrıca sözleşme uyarınca verilenlerin iadesine yönelik taleplerin reddedilmesinin gerekip gerekmediğinin de belirlenmesinde önem arz eder. Her zaman olmamakla birlikte bazen kanun koyucu, sözleşme akdeden tarafların iade talebi de dahil olmak üzere herhangi bir talepte bulunmasını engelleyebilir. Bununla birlikte, hukukun genel bir kurala hükmetmemesi ancak her hukuka aykırılık türü için sözleşmeyi geçersiz kılan kuralın amacına göre iade talep etmenin mümkün olup olmadığının araştırılması daha iyi olacaktır.²²³

1626'ncı maddesini ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Bu nedenle, Temyiz Mahkemesi F'nin taleplerini reddetmiştir. Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon, sh. 327, 328.

²²² Ateş, sh. 314.

²²³ Zweigert/Kötz, sh. 580.

Türk Borçlar Kanunu md. 65'e göre, hukuka veya ahlaka aykırı bir sonuç doğurmak için verilen şey geri istenemez.²²⁴ Söz konusu hüküm, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmeleri batıl sayan BK 20/I hükmünü tamamlar niteliktedir. Batıl sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesi durumunda sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davası ile ifa edilen edimlerin geri istenebilmesi mümkün iken, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle batıl olan bir sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesi durumunda söz konusu hüküm gereğince ifa edilen edimler geri istenemeyecek diğer bir deyişle verilenlerin iadesi talep edilemeyecektir.²²⁵ Bununla birlikte kısmi butlan yaptırımının uygulanacağı bir sözleşmede de verilenlerin iadesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.²²⁶ Aynı şekilde hukuka veya ahlaka aykırı olarak verilenlerin iadesinin istenemeyeceği, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 66'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmü geniş yorumlayan İsviçre Federal Mahkemesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede tarafların karşılıklı olarak edimlerini ifa etmesi ve sözleşmenin batıl olması durumunda zenginleşmelerini muhafaza edeceklerine fakat bir tarafın edimini ifa etmesi durumunda karşı tarafın

²²⁴ Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için şeyi verenin, davranışının hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil ettiğini bilerek ve hukuka veya ahlaka aykırı amacı gerçekleştirmek maksadıyla diğer bir deyişle kasten söz konusu malı vermesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle söz konusu hükmün uygulanabilmesi için ihmal yeterli değildir. Malı verenin iyiniyetli olması yani verme fiilinin hukuka veya ahlaka aykırı olduğunu bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesi durumunda hataen, borç olmayan bir şeyi ödemiş olacağından verilenin iadesini talep edebilecektir. Eren, sh. 861.

²²⁵ Bazı yazarlar, maddi şeye ilişkin edimleri ifa eden kimsenin sebebe bağlılık ilkesi nedeniyle söz konusu şeylerin mülkiyetlerini kaybetmediklerini ve bu nedenle bunları istihkak davası ile geri isteyebileceklerini ileri sürerken, bazı yazarlar BK md. 65'in kıyasen uygulanmasını savunmaktadırlar. İstihkak davasını kabul edenler, bunu sadece para edimleri haricindeki edimler için kabul ederken, para edimlerinin misli şey olması nedeniyle karşı tarafın malvarlığına girerek diğer parasıyla karıştığını ve böylelikle iktisap edildiğini ve de BK md. 65 kapsamına girdiğini bu sebeple de geri istenemeyeceğini ileri sürmektedirler. Kanun koyucu, tüketilen, telef edilen veya yok edilen ya da iyiniyetli üçüncü kişilere devredilen şeylerin de iadesini ahlaki nedenlerle yasaklayarak, hukuka veya ahlaka aykırı bir amacı temin etmek için ifada bulunan kimseyi himaye etmemiştir. Eren, sh. 860.

²²⁶ Ateş, sh. 333.

edimini ifa etmesini bekleyemeyeceğine ve iade talep edemeyeceğine hükmetmiştir.²²⁷

Hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler uyarınca verilenlerin iade edilmeyeceği genel kural olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, görüldüğü üzere gerek Kıta Avrupası hukukunda gerekse Anglo-Amerikan hukukunda istisnalar öngörülmüştür. Taraflardan birinin kusursuz olması veya diğer taraftan daha az kusurunun bulunması ya da sözleşmenin ifasından vazgeçilmiş olması şeklinde özetleyebileceğimiz bu istisnalara yer verilmiş olması hakkaniyetin sağlanabilmesi açısından yerindedir.

²²⁷ Ateş, sh. 315, 316.

SONUÇ

Sözleşmelerin hukuka veya ahlaka aykırılığı sorunu, gerek *numerus clausus* ilkesinin geçerli olduğu başka bir deyişle sözleşme özgürlüğünün söz konusu olmadığı Roma Hukukunun ve gerekse gelişimi olay hukukuna dayanan Common Law'un gündeminde bulunmaktadır. Liberal ekonominin çeşitli sakıncalarının baş göstermesinin yanı sıra, sözleşme özgürlüğünün de diğer özgürlükler gibi mutlak olmadığına benimsenmesinin neticesinde bu özgürlük için de gerek Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde gerekse Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde çeşitli kısıtlamalar öngörülmüştür. Böylelikle sözleşmelerin hukuka veya ahlaka aykırı olmaması zorunluluğu, hem sözleşmenin geçerli olabilmesi diğer bir deyişle hukuki etki doğurabilmesi için gerekli bir koşul teşkil etmekte, hem de sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturmaktadır.

Her ne kadar temelleri ve özellikleri itibariyle aralarında farklılıklar bulunsa da Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukukunda sözleşmelerin hukuka veya ahlaka uygun olması gerektiği üzerinde önemle durulmuştur. Şöyle ki, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, sözleşmelerin hukuka veya ahlaka uygun olması gerektiği aksi takdirde sözleşmenin geçersiz olacağı yönündeki düzenlemelerin Medeni Kanunlarda veya Borçlar Kanunlarında yer aldığı görülmektedir. Gelişimi mahkeme kararlarına dayanan Anglo-Amerikan hukukunda ise, mahkeme kararlarında sözleşmelerin hukuka veya ahlaka uygun olması gerektiğinin belirtildiği ve hukuka veya ahlaka uygun olmayan sözleşmelerin de geçersizliğine hükmedildiği görülmektedir.

Hukuka veya ahlaka aykırı oldukları ileri sürülerek dava konusu yapılmış sözleşmeler incelendiğinde ise, söz konusu sözleşmelerin içerik, edim ve amaçları bakımından hukuka veya ahlaka aykırılığına hükmedildiği görülmektedir. Bir sözleşmenin yapılmasının açıkça veya zımnen kanunda yasaklanmış olması ya da sözleşmenin içeriğinin hukuka veya ahlaka aykırı olması ya da bireyin özgürlüklerini aşırı ölçüde kısıtlayarak adeta bir köle durumuna getiren bir taahhüdün sözleşmede yer alması durumlarında mahkemelerce söz konusu taahhüdün ya da sözleşmenin tamamının geçersizliğine hükmedilmektedir. Yine sözleşmenin ahlaka özellikle de cinsel ahlaka aykırı ya da suç teşkil eden edimler içermesi durumunda da sözleşmelerin geçersizliğine hükmedilmektedir. Tıbbi ve teknolojik gelişmeler neticesinde gündeme gelen taşıyıcı annelik sözleşmelerinin de eğer söz konusu sözleşmenin akdedilmesi açıkça yasaklanmakta ise hukuka aykırılık nedeniyle, herhangi bir yasaklayıcı düzenlemenin bulunmaması durumunda ise ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliği ileri sürülebilmektedir. Aynı şekilde tarafların sözleşme yaparak ulaşmak istedikleri amacın hukuka veya ahlaka uygun olmadığı sözleşmeler de geçersiz kabul edilmektedir.

Gerek Kıta Avrupası hukuk sisteminde gerekse Anglo-Amerikan hukuk sisteminde hukuka veya ahlaka aykırı sözleşme, aykırılığın sözleşmenin bütününe hangi ölçüde sirayet ettiği ve söz konusu aykırılığın sözleşmeden ayrılıp ayrılmadığı göz önünde bulundurularak temelde tam ve kısmi butlan yaptırımına tabi tutulmaktadır.

Ayrıca, hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler uyarınca verilenlerin iade edilip edilmeyeceği sorunu da gerek Kıta Avrupası hukuk sistemlerini gerekse Anglo-Amerikan hukuk sistemlerini meşgul etmiştir. Her iki hukuk sisteminde hukuka veya ahlaka aykırı sözleşme uyarınca verilenlerin iadesine yönelik taleplerin reddedileceği genel kural olarak kabul edilmiş olmasına rağmen hakkaniyete aykırı sonuçların doğmaması için genel kurala istisnalar da öngörülmüştür. Tarafların kusuru ve taraflardan birinin sözleşmeyi ifa etmekten vazgeçmesi göz önünde bulundurularak öngörülen söz konusu istisnaların, aşırı yorumlama yoluna gidilmedikçe, yerinde olduğu kanaatindeyiz.

ÖZET

Tezimizin konusu “ Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kanuna, Ahlaka, Adaba Aykırılığı Sorunu”dur. Çalışmamız, giriş ve sonuç bölümleri dışında üç bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde, konunun sunulmasından sonra, sözleşme özgürlüğü ve sınırlarına değinilmiştir.

Birinci bölümde, sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak kanuna, ahlaka, adaba aykırılık kavramı ve kapsamı ve de kavrama ilişkin çeşitli hukuk düzenlerinde yer alan hukuki düzenlemeler incelenmiştir.

İkinci bölümde ise, sözleşmelerde görülen hukuka ve ahlaka aykırılık türleri, sözleşmenin yapılmasının ya da sözleşmede yer alan taahhüdün hukuk düzenince yasaklandığı veya ahlaka aykırı olduğu durumlar ile sözleşmenin ediminin veya amacının hukuka veya ahlaka aykırı olduğu durumlar gruplanarak ve mahkeme kararları da göz önünde bulundurularak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmelerin yaptırımları ve hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler uyarınca verilenlerin iadesi sorunu incelenmiştir.

Sonuç bölümünde, bu tez çalışması ile ulaşılan sonuçlar Karşılaştırmalı Hukuk prensibi çerçevesinde değeriendirilmiştir.

SUMMARY

The subject of our thesis is “The Problem of the Contracts Which Are Contrary to Law, Moral, Customs in Comparative Law”. The thesis consists of three parts except for introduction and conclusion.

In the introduction part, after the presentation of the subject, freedom of contract and its limits is explained.

In the first part, as a limit of freedom of contract, the concept of illegality and immorality and the legal arrangements related to this concept are examined in various legal families.

In the second part, in light of the court decisions, the types of illegality or immorality in contracts such as the immoral or forbidden contracts and the contracts that have an illegal or immoral performance or subject matter which are gathered into groups are analyzed.

In the third part, the sanctions of illegality or immorality and the problem of the restitution are examined.

In the conclusion part, the consequences reached by this thesis are evaluated within the principles of comparative law.