

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**BORÇLAR HUKUKU SÖZLEŞMELERİNDE
GENEL AHLÂKA AYKIRILIK**

DOKTORA TEZİ

**Hazırlayan
Derya ATEŞ**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU**

Ankara 2006

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	VI
BİBLİYOGRAFYA	XI

GİRİŞ	1
§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, SINIRLANDIRILMASI VE MUKAYESELİ HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	1
I- Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması	1
II- Konunun Mukayeseli Hukuktaki ve Türk Hukukundaki Yeri	7
A) Mukayeseli Hukuk	7
1) Roma Hukuku	7
2) Fransız Hukuku	11
3) Alman Hukuku	16
4) İsviçre Hukuku	21
B) Türk Hukuku	26

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§ 2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI KAVRAMI	30
I- Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı	30
II- Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları Kavramı	42
A) Genel Olarak	42
B) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandığı Haller	45
1) Sözleşme Yapma Özgürlüğü Bakımından Sınırlar ...	45
2) Şekil Özgürlüğü Bakımından Sınırlar	51
3) Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Sınırlar	54

III-	Sözleşme Özgürlüğünün Yaptırımı	57
A)	Genel Olarak “Geçersizlik” Kavramı	57
B)	Geçersizlik Türleri: Eksiklik, İptal ve Butlan	59
§ 3.	AHLÂK VE GENEL AHLÂK KURALI KAVRAMLARI	63
I-	Ahlâk Kuralı Kavramı	63
A)	Genel Olarak	63
B)	Terim Sorunu	67
C)	Tanım	76
II-	Genel Ahlâk Kavramı	79
A)	Tanım ve Unsurları	79
B)	Genel Ahlâk Kurallarının Özellikleri ve İçeriği	85
1)	Genel Ahlâk Kurallarının Özellikleri	85
2)	Genel Ahlâk Kurallarının İçeriği	89
a)	Sosyolojik Kuralların Etkileri	90
b)	Ahlâk Kurallarının Etkisi	94
c)	Din Kurallarının Etkisi	99

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂK KURALLARININ BELİRLENMESİ VE SINIRLARI

§ 4.	SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂK KURALLARININ BELİRLENMESİ	105
I-	“Intra Legem Boşluk” ve “Hakimin Takdir Yetkisi”	105
II-	Genel Ahlâk Kuralları ile Korunan “Temel Hukuki Değerler”	111
A)	Genel Olarak	111
B)	Korunan Temel Değerler	117
1)	Kişisel Değerler	117
2)	Toplumsal Değerler	127
III-	Genel Ahlâk Kurallarını Belirlemede Kullanılabilecek Yardımcı Yöntemler	136
A)	Zufferey-Werro’a Göre Kullanılabilecek Yöntemler	136

B) Eleştiriler ve Görüşümüz	140
§ 5. SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN SINIRLARI ..	142
I- Hukuka Aykırılık ve Genel Ahlâka Aykırılık	142
II- Kamu Düzeni ve Genel Ahlâka Aykırılık	153
III- Kişilik Hakları ve Genel Ahlâka Aykırılık	163
IV- Gabin ve Genel Ahlâka Aykırılık	171
V- Dürüstlük Kuralı, Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı ve Genel Ahlâka Aykırılık	175
VI- Dar Anlamıyla Sorumluluk Hukuku Bakımından Genel Ahlâk Kuralları (BK.m.41/II)	188

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK ESASLARI

§ 6. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ KAVRAMI VE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN BELİRLENMESİ	196
I- Sözleşmenin İçeriği Kavramı	196
II- Sözleşmelerde Genel Ahlâka Aykırılığın Belirlenmesi	200
§ 7. SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK KRİTERLERİ ..	205
I- Sözleşmeye Konu Edimin Genel Ahlâka Aykırı Olması	205
A) Edim Kavramı ve Diğer İfa Modaliteleri	205
B) Edimleri Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler	211
C) Özel Olarak BK.m.155: Genel Ahlâka Aykırı Şarta Bağlı Borçlar..	219
II- Sözleşmenin Amacının Genel Ahlâka Aykırı Olması	223
A) Sözleşmenin Doğrudan ve Dolaylı Amacı Kavramları	223
B) Amacı Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler	227
C) Genel Ahlâka Aykırı Amaçla Düzenlenen Soyut Borç İkrarları	237
III- Sözleşme İlişkisinin Kurulmasının Genel Ahlâka Aykırı Olması ..	242
A) Borçlunun Özgürlüklerinin Aşırı Derecede İhlali	242
B) “Özgürlüklerin Aşırı İhlalini” Belirlemeyi Sağlayan Kriterler	246

1) Temel Kriterler	247
a) Taahhüdün Yoğunluğu	247
b) Taahhüdün Süresi	249
c) Taahhüdün Konusu Olan Değerler	250
2) Yardımcı Kriterler	252
C) Bazı Özel Durumlar	255
1) Karar Özgürlüğünün İhlali	255
2) Ekonomik Özgürlüğün İhlali	257
a) Aşırı Ekonomik Taahhütler	258
b) Uzun Süreli ve Belirsiz Süreli Sözleşmeler	264
c) Mevcut ve Gelecekteki Alacakların Toptan Temliki	268
d) Genel Ahlâka Aykırı Cezai Şart	273
IV- Üçüncü Kişinin Haklarının İhlali Bir Kriter Olabilir mi?	279

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN

HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 8. GENEL AHLÂKA AYKIRI SÖZLEŞMELERİN YAPTIRIMI: BUTLAN	283
I- Butlan Yaptırımı ve Türleri	283
A) Genel Olarak Butlan	283
B) Butlan Türleri	285
1) Tam Butlan	285
2) Kısmi Butlan	288
a) Basit Kısmi Butlan	293
b) Değiştirilmiş Kısmi Butlan	296
c) Genişletilmiş Kısmi Butlan	302
C) MK.m.23/II Hükmü Çerçevesinde Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmelere Uygulanacak Yaptırım Meselesi	304
1) Klasik Görüş	304

2) Nisbi Butlan (İptal) Görüşü	306
3) Görüşlerin Değerlendirmesi ve Görüşümüz	309
II- Batıl Sözleşmelerin Hüküm ve Sonuçları	314
A) Edimlerin Aynen İfalarının Talep Edilememesi	315
B) Edimleri İfa Etmemenin Tazminat Sebebi Olamaması	316
1) Genel Olarak	316
2) Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu	317
C) Önceden İfa Edilen Edimlerin İadelerin İstenebilmesi	321
§ 9. BK. m.65 KURALI: GENEL AHLÂKA AYKIRI AMAÇLA VERİLENLERİN İADE EDİLEMEMESİ	324
I- BK.m.65 Kuralının Tarihi Gelişimi ve Ratio Legis'i	325
A) Kuralın Tarihi Gelişim ve Mukayeseli Hukuktaki Durum	325
B) Kuralın Ratio Legis'i Üzerine Görüşler	329
II- BK.m.65 Kuralının Sınırlandırılması, BK.m.20 Hükümü ile Bağlantısı ve Etkisi	332
A) Kuralın Sınırlandırılması: Dar ve Geniş Yorum	332
B) BK.m.65 Kuralı ile BK.m.20 Hükümünün Bağlantısı	336
C) Kuralın Etkisi	339
III- BK.m.65 Kuralının Genel Ahlâk Kuralları Yönünden Şartları	341
A) Tasarruf İşleminin Gerçekleştirilmiş Olması	341
B) Genel Ahlâka Aykırı Sonuç Elde Etme Amacı	345
C) Genel Ahlâk Kuralını İhlal Bilinci	351
SONUÇ	354

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Any.	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Art.	: article (madde)
ATF	: Arrêts du Tribunal Fédéral (Recueil Officiel) (İsviçre Federal Mahkeme Kararları Resmi Külliyyatı)
Aufl	: Auflage (baskı)
Avk.K	: Avukatlık Kanunu
BAG	: Bundesarbeitsgericht (Tribunal Fédéral du Travail)
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebsberater, Heidelberg (Revue Hebdomadaire)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGH	: Deutscher Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Basler Juristische Mitteilungen (Décisions de la Cour Fédérale de justice en matière civile)
BK.	:Türk Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız

BsnK	: Basın kanunu
BverfG	: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitutionnel Fédéral) (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
BvertGE	: Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Décisions du Tribunal Constitutionnel Fédéral)
C.	: Cilt
CC	: Code Civile Suisse (İsviçre Medenî Kanunu)
CCF	: Code Civile Français (Fransız Medenî Kanunu)
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CO	: Code des Obligations (İsviçre Borçlar Kanunu)
çev.	: Çeviren
DernK	: 5253 sayılı Dernekler Kanunu
dipn.	: Dipnot
E.	: Esas
EMK.	: 743 sayılı Eski Türk Medenî Kanunu
f.	: Fıkra
FF.	: Feuille Fédéral (İsviçre Federal Konseyi)
HD	: Hukuk Dairesi
HFSA	: Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Arşivi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMUK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası

İşK	: İş Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung, Tübingen (Revue Bimensuelle)
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KTk	: Karayolları Trafik Kanunu
m.	: madde
MarkKHK.	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu
n.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift (Revue Hebdomadaire Munich)
OR.	: Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu Almanca Metni)
RDS	: Revue de Droit Suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)
RG	: Reichsgericht (Tribunal Empire Allemand)
RGDL	: Revue Générale du Droit et de Législation,
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Décisions du Tribunal d'Empire en matière civile)

RICPT	: Revue internationale de criminologie et de police technique, Genève.
RIDC	: Revue International Du Droit Civile
RJB	: Revue de la Société des juristes bernois. (Zeitschrift des Behrnischen Juristenvereins)
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun
RSJ	: Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristenzeitung)
RTDC	: Revue Trimestriel Du Droit Civile
S.	: sayı
SBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
sh.	: sayfa
SHFD	: Selçuk.Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SJ	: Semaine Judiciaire
T.	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devam
Yarg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

Yy : yüzyıl

ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
(Revue mensuelle, Cologne)

BİBLİYOGRAFYA¹

- **AKARSU, B** : I.Kant'ın Ahlâk Felsefesi, İstanbul, 1999. (*Kant*)
- **AKARSU, B** : Ahlâk Öğretileri, İstanbul, 1992.
- **AKEV, S** : Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul, 1964.
- **AKINTÜRK, T** : Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 10.Basım, İstanbul, 2006.
- **AKİPEK,J/AKINTÜRK, T** : Türk Medenî Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Basım, İstanbul, 2006 (en son 2004)
- **AKTAN, C** : Ahlâk ve Ahlâk Felsefesi, İstanbul, 1999.
- **AKYOL, Ş** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995 (*dürüstlük kuralı*)
- **AKYOL, Ş** : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1995.
- **ALLAND, D** : Droit et mœurs, Paris, Presses université De France, Droits 19, 1994.

¹ Çalışmamız kapsamında birden fazla eseri bulunan yazarlar için, parantez içinde kullanılan kısaltmalar ile atıfta bulunulmuştur.

- **ALPA, G** : Les Nouvelles Frontières du droit des contrats, Etude offertes à Jacques Ghestin, Le Contrat au début du XXI siècle, Paris, 2001.
- **ALTAŞ, H** : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998.
- **AMOOS, M** : La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus, Lausanne, 2002.
- **ANCEL, M.E** : La restitution caractéristique du contrat, Paris, 2002.
- **ANSAY, S/Ş** : Hukuk Bilimine Başlangıç, Ankara, 1958.
- **ARAL, F** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003.
- **ARAL, V** : Hukuk ve Hukuk Bilimi, İstanbul, 1991.
- **ARIK, K.F** : Ahlaka Aykırı Muamele ve Şart Kavramı, AÜSBFD, c. XVI, Mart, 1961.
- **ARKAN, S** : Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2005.
- **ARSEBÜK, E** : Medeni Hukukta Ahlâk Kaidesinin Rolü, Ankara, 1937.
- **ATABEK, A** : İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar, İHFM, 1935, s.188 vd.
- **ATAMER, Y** : Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti-Sözleşme İçeriğinin

- Denetlenmesi, İHFM, C.LV, S.3, 1997, sh. 419 vd. (*kefalet*)
- **ATAMER, Y** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999.
 - **ATİAS, C** : Rapport entre éthique et droit, Bioéthique : de l'éthique du droit a l'éthique, (Colloque international Lausanne, 17-18 octobre 1996) Publications de l'institut suisse de droit Comparé, n.30, Zürich, 1997.
 - **AUBERT, M** : La répétition des prestations illicites au immorales en droit Français et dans la jurisprudence belge, Lausanne, 1954.
 - **AUGSBURGER/BUCHELI, I** : Genèse de l'article 2 Du code civil suisse, Abus de droit et Bonne foi, Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg, 1994.
 - **AYİTER, N** : Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AHFD, 1968, C.XXV, Sayı 1-2, s.137-144.

- **BARREAU, H** : La loi morale fondement du droit, Ethique, n.22, La vie en question, Le légal et le moral; Paris, 1996, sh.11-19.
- **BASEDOW/KNEIP** : Objet, Cause et Lésion du Contrat, Allemagne, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs, sous direction renie Rodière, Paris, 1980.
- **BAŞPINAR, V** : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998.
- **BAUDON, R** : **Penser la relation entre le droit et les mœurs, Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 55, 2002, no 1, sh.3-16.**
- **BAUDOUIN, J, L** : Le corps humain et le droit, Travaux de L'Association Henri Capitant, Le Corps Humaine et Le Droit, Tonne XXVI, 1975.
- **BAUDOUIN, J/ BLONDEAU, D** : Ethique de la mort e t droit à la mort, Paris, Presses Universitaires de France- Les voies du droit Signes, 1993.
- **BESSON, A** : Le contrat d'assurance et la morale, Etudes Offertes à Georges Ripert, Le droit

Français au milieu du XX. siècle, II,
Paris, 1950, s.178-187.

- **BESSON, S** : L'égalité horizontale: L'égalité de traitement entre particuliers, Fribourg, 1999.
- **BİLGE, N** : Hukuk Başlangıcı ve Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara, 2005.
- **BİRSEN, K** : Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967.
- **BLAGOYEVİTCH, B** : La morale et l'obligation civile, RGDL, 1936, s.226-233
- **BLONDEEL, J** : La Common Law et le Droit Civil, RIDC, n.3, Juillet-Septembre, 1951, sh.585-598.
- **BONDOLFI, A** : Ethique et droit: quel rapport dans la gestion des nouvelles pratiques biomédicales? Bioéthique: de l'éthique au droit, du droit a l'éthique, Colloque international, Lausanne, 17-18 octobre 1996, sh. 245-257.
- **BONNECASE, J** : La notion Juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil Français, Etudes de Droit Civil à la Mémoire De Henri Capitant, Paris, 1977, sh.91-100.

- **BONOMI, A** : La Violation D'une Règle Impérative Etrangère est-elle contraire a L'Ethique et aux Bonnes Mœurs?, L'éthique et le Droit, Publie sous la direction de Martin Killias, Fribourg, 2000, sh.181-197.

- **BONOMI, A** : La violation d'une règle impérative étrangère est-elle contraire à l'éthique et aux bonnes mœurs, Ethique et le droit Fribourg, Suisse, 2000, sh.181-198 . (*éthique*)

- **BOUDON, R** : Penser la relation entre le droit et les mœurs, Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique, C. LV, n.1, Janvier-Mars 2002, sh.3-16.

- **BREHM, R** : La réparation du dommage corporel en responsabilité civile, Berne, 2002.

- **BROGGINI, G** : L'abus de droit et le principe de la bonne foi aspects historiques et comparatifs, Abus de droit et Bonne foi, Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg, 1994.

- **BROWNSWORD, R/HIRD, N/HOWELLS, G** : Good Faith in Contract, Concept and Context, Suffolk, 1998.
- **BUCHER, A** : Personnes Physiques et Protection de la Personnalité, Bale, 1995.
- **BUCHER, E** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2.Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern, 1993.
- **BURCUOĞLU, H** : Hukukta Uyarlama, MHAD 1996, sh. 59 vd.
- **BUSSANİ, M** : Les relations entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, La reforme du droit de la responsabilité civile, Edite par Benedict Foëx, Franz Werro, Genève/Zurich/Bale, 2004, sh.109-123.
- **CABRILLAC,R/FRISON-ROCHE,M/REVET,T** : Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003.²
- **CABRİLLAC, R** : Droit Des Obligations, Paris, 2000.

² Eserin içindeki yazarlara ayrıca bu eser de belirtilerek atıfta bulunmaktadır.

- **CALMES, S** : Du Principe de Protection de la
Confiance légitime en droits allemands
communautaire et Français, Paris, 2001.
- **CARBONNIER, J** : Droit Civil, Introduction, Paris, 2002.
- **CARBONNIER, J** : Sociologie juridique, Paris, 1994.
(*sociologie*)
- **CATALA, P** : Rapport Synthèse, L'ordre Public,
Travaux De L'association Henri Capitant,
Journées Libanaises Tome XLIX, Paris,
1998, sh. 1-14.
- **CHAPPUIS, B** : Quelques réflexions d'un praticien sur
l'Avant-projet de loi fédérale sur la
révision et l'unification du droit de la
responsabilité civile, La reforme du droit
de la responsabilité civile, Edite par
Benedict Foëx, Franz Werro,
Genève/Zurich/Bale, 2004, sh.123-142.
(*avant-projet*)
- **CHAPPUIS, C** : Responsabilité fondée sur la confiance:
un tour d'horizon, La responsabilité
fondée sur la confiance,
Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.21-
37 (responsabilité)

- **CHAPPUIS, C** : Enrichissement illégitime: entre contrat et gestion d'affaires; L'évolution Récente du droit des obligations, Lausanne, 2004, sh.25-67.
- **CHAPUIS, O** : Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, Lausanne, 2004.
- **CHERPILLOD, I** : La fin des Contrats de Durée, Lausanne, 1988.
- **CORNU, G** : Vocabulaire Juridique, Paris, 2003.
- **COTTIER, B/SYCHOLD, M** : Qu'en est-il de "abus de droit" dans les pays qui ignorent cette institution? Abus de droit et Bonne foi, Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg, 1994.
- **ÇELEBİCAN, Ö** : Roma Hukuku, Ankara, 1989.
- **DARMAİS, S** : Le Contrat Moral, Paris, 2000.
- **DAYINLARLI, K** : Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara, 2000.
- **DENNİS, A** : Droit et Mœurs, Revue française de théorie juridique, n.29, 1994, sh.3-11.
- **DESCHENAUX H/STEİNAUER, P:** Personnes Physiques et tutelle, Berne, 2001.
- **DESCHENAUX, H** : Les règles de la bonne foi et l'abus de droit, Traite de droit civil suisse, Tome

II/1, le titre préliminaire du code civil,
droit des personnes, Fribourg, 1969.

- **DESCHENAUX, H/ TERCIER P:** La responsabilité Civile, Berne, 1982.
- **DORIN, J** : Peut-Il Y Avoir Lieu A Réparation D'un
Dommage Qui Trouve Sa Source Dans
Une Situation Illicite Ou Immorale? Le
Concubinage Constitue-T-il Une Telle
Situation? SJ 1979, sh.147-164.
- **DORMAISIN, S** : Le contrat moral, Paris, 2000.
- **DUMETZ, C/R** : La résolution partielle du contrat, Paris,
2003.
- **DUPONT, A/S** : La responsabilité de l'état, La
responsabilité des hôpitaux publics et de
leurs agents, La reforme du droit de la
responsabilité civile, Edite par Benedict
Foëx, Franz Werro, Genève/Zurich/Bale,
2004.
- **DUTOÏT, B** : La Cession de Créance: Acte Causal ou
abstrait? Le code suisse des obligations
dans la perspective du droit compare, Le
centenaire du Code Des Obligations,
Fribourg, 1982, sh.453-467.
- **EDİS, S** : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç
Hükümleri, Ankara, 1989.

- **EKİNCİ, H** : Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, 2004.
- **ELBİR, H/K** : Realist bir Tevhid-i İctihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber Midir? Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, Yıl 1, Sayı 2, Ekim 1948, s.89 vd.
- **ENGEL P** : La portée de la Clause Générale De La Bonne Foi (Art. 2 CC) dans la jurisprudence et par rapport à sa concrétisation dans certains domaines spécifiques (LCD, bail, contrat de travail), Abus de droit et Bonne foi, (Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier) Fribourg, 1994, sh.125-139.
(bonne foi)
- **ENGEL, P** : L'évolution récente du droit des obligations, Lausanne, 2004, sh.1-25.
(Engel/Chappuis/Marchand/Morin)
(évolution)
- **ENGEL, P** : La protection de la personnalité, Lausanne, 1985. (personnalité)

- **ENGEL, P** : Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJZ, 100, 2004, sh.183-190. (*SJZ*)
- **ENGEL, P** : Cent ans de Contrat Sous l'empire des dispositions Générales du code Fédéral des obligations, Basel, 1983. (*cent ans*)
- **ENGEL, P** : Contrebande, ordre public et bonnes mœurs, Recueil de travaux publié à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse de juriste, Genève du 3 au 5 octobre, 1969, sh.55-68. (*contrebande*)
- **ENGEL, P** : La liberté contractuelle du peuple des bergers a l'Europe des humanistes, RDS, 1 43, 1991. (*liberté contractuelle*)
- **ENGEL, P** : Traité des obligations en droit suisse, Berne, 1997.
- **EREN, F** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2003.
- **ERMAN, H** : Borçlar Hukukunda akit serbestisi ve genel olarak sınırlanmaları, İHFM, C.38, 1973, sh.601-620.
- **ETIÉR, P** : Innovation ou rénovation? Le retour du risque en tant que fondement refoule de la responsabilité civile, La reforme du droit

- de la responsabilité civile, Edite par
Benedict Foëx, Franz Werro,
Genève/Zurich/Bale, 2004.
- **FAVRE-BULLE, X** : Le rôle du principe de la bonne foi et
abus de droit dans le domaine des clauses
abusives, Abus de droit et Bonne foi,
(Publie sous la direction de Pierre
Widmer et Bertil Cottier) Fribourg, 1994.
 - **FENOUILLET, D** : Les Bonnes Mœurs Sont Mortes! Vive
l'ordre Public Philanthropique! Le Droit
Prive français A la Fin du XX e Siècle
Etudes Offertes À Pierre Catala, Paris,
2001.
 - **FERRAND, F** : Droit Prive allemand, Paris, 1997.
 - **FEYZİOĞLU, F/N** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,
İstanbul, 1976.
 - **FLAUSS, J/F** : L'abus de droit dans le cadre de la
convention européenne des droits de
l'homme, Abus de droit et Bonne foi,
(Publie sous la direction de Pierre
Widmer et Bertil Cottier) Fribourg, 1994.
 - **FLOUR, J/AUBERT, JL** : Les Obligations, 1.Acte Juridique, Paris,
1991.

- **FLOUR, J/AUBERT, JL/ SAVAUX, E:** Droit Civil, Les Obligations, 1.L'acte Juridiques 10.edition, Paris 2002.
- **FRIEDRICH, Y** : La responsabilité du sportif dans ses rapports avec d'autres sportifs: Thèmes choisis selon le droit actuel et selon l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile, La reforme du droit de la responsabilité civile, Edite par Benedict Foëx, Franz Werro, Genève/Zurich/Bale, 2004, sh.220-232.
- **FROMONT, M** : L'autonomie De La Volonté et Les Droits Fondamentaux en Droit Prive allemand, Le rôle de la volonté dans les actes juridique, Etude a la Mémoire de Prof. Alfred Rieg, Bruxelles, 2000.
- **GANDOLFI, G** : Code Européen Des Contrats, Milano, 2004.
- **GAUCH, P/SCHLUEP W/TERCIER, P:** Partie générale du droit des obligations, Zurich, 1982.
- **GIBBS, J** : Hukuk Tanımları ve Ampirik Sorunlar, (çev. Tevfik Özcan) İHFM, S.1-4 (1988-1990) sh. 301-315

- **GİLLARD, F** : La disparition de l'enrichissement, Etude comparée des droits allemand et suisse, Genève, 1985.
- **GİLLARD, F** : Vice du consentement et perpétuité de l'exception, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989. (*vice du consentement*)
- **GİLLIERON, P/R** : La Protection du faible dans les Contrats, RDS, 1979, sh.233 vd.
- **GÖZLER, K** : Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000.
- **GÖZÜBÜYÜK, Ş** : Anayasa Hukuku, Ankara, 2002.
- **GÖZÜBÜYÜK, Ş/TAN, T** : İdare Hukuku, C.1, Ankara, 1998.
- **GRASSİNGER E/G** : Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996.
- **GREGOİRE, F** : Büyük ahlak Doktrinleri, (çevr. C.Süreyya), İstanbul, 1971.
- **GROSSEN J/M** : La Protection de la personnalité en droit prive, RDS, 1960, 79 II, sh. 1a vd.
- **GROSSEN, J/M** : La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat; Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger, Fribourg, 1968. (*responsabilité*)
- **GRZEGORCZYK, C** : La théorie générale des valeurs et le droit, Paris, 1982.

- **GUELFUCCI/THIBIERGE, C** : L'indépendance entre nullité et responsabilité, Paris, 1992.
- **GUGGENHEIM, D** : Le droit suisse des Contrats, (La Conclusion Des Contrats), Genève, 1991.
- **GUINAND, J** : Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, Aspects Contractuels, SJ 1986, sh.125-133.
- **GÜRAL, J** : Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara, 1953.
- **GÜRİZ, A** : Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk, Ankara, 1963.
- **GÜRİZ, A** : Hukuk Felsefesi, Ankara, 2003 (*Felsefe*)
- **HABERMAS, J** : Droit et morale, Paris, 1997.
- **HAGE/CHAHÏNE, F** : Rapport Général, L'ordre Public, Travaux De L'association Henri Capitant, Journées Libanaises Tome XLIX, Paris, 1998, sh.17-50.
- **HANSJÖIG, P** : Textes de droit romain et du droit Suisses des obligations, Zürich, 2000.
- **HATEMİ, H** : Akit Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1994. (*sorumluluk*)

- **HATEMİ, H** :Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı), İstanbul, 1976.
- **HECKENDORN, L** : La relation entre responsabilité contractuelle et délictuelle (art.42 AP), La reforme du droit de la responsabilité civile, Edite par Benedict Foëx, Franz Werro, Genève/Zurich/Bale, 2004, sh.82-106.
- **HERİTİER, A** : Les Pots-De-Vin, Genève, 1981.
- **HİRŞ, E** : Hukuk Felsefesi ve sosyolojisi Dersleri, Ankara, 2001.
- **HOFSTETTER, J** : Favor Negotii, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989.
- **HOFSTETTER, J:** Gloses sur les mandats illicites ou immoraux, Mélanges Guy Flottet, (Recueil de Travaux Offerts a M.Guy Flottet, Prof. Honoraire a l'université de Lausanne, 1985.
- **HUWILER, B** : La genèse de l'interdiction de l'abus de droit, Abus de droit et Bonne foi, (Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier) Fribourg, 1994, sh.35-63.

- **İMRE, Z** : Ölüm Bağı Tasarrufların Ahlaka Aykırılık Sebebiyle İptali, MHAD, 1967.
- **İNAN, A** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 1971.
- **İNCEOĞLU, M** : Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi, M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000.
- **JALUZOT, B** : La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, Paris, 2001.
- **KABOĞLU, İ** : Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 2002.
- **KAİSER, M/P** : Les Nullités d'ordre Public, Revue Trimestrielle De Droit Civile, 1933, s.1115 vd.
- **KANETİ, S** : Hukuki işlemlerin çevrilmesi (tahvili), İstanbul, 1972.
- **KAPANI, M** : Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1972.
- **KAPPELER, D** : La protection contre soi même, Mélanges offerts a la Société juriste suisse, (Mémoires Publiés Par La Faculté de Droit), Genève, 1976.

- **KARAHASAN, M/R** : Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk (1.Kitap); Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk (2.Kitap), İstanbul, 2003. *(Sorumluluk)*
- **KARAHASAN, M/R** : Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, İstanbul, 2003.
- **KAYSERİLIOĞLU, İ** : Uluslar arası Meslek Ahlâk Kuralları, ABD, 1995, C.1, sh.69-71.
- **KILIÇOĞLU, A** : Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1982. *(basın)*
- **KILIÇOĞLU, A** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2005.
- **KILLIOĞLU, İ** : Ahlâk-Hukuk İlişkisi, İstanbul, 1988.
- **KIZIL, N/E** : Hukuk Ahlak İlişkisi Bağlamında Basın Ahlakının basın Mesleğine Saygınlığın Sağlanmasındaki Rolü ve Önemi, İHFM C. LVI, S.1-4, 1998, sh.115-131.
- **KLEİN, F/E** : De la cession globale de créances à titre de garantie, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989.
- **KOCAAĞA, K** : Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003.

- **KOCAMAN, A** : Gelirden ve 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.
- **KOPTAGEL İ/G** : Ahlak mı Etik mi?, Gündüz Aybay'a Armağan, İstanbul, 2004.
- **KOSCHAKER, P/AYİTER, K** : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, 1993.
- **KUÇURADI, İ** : Etik ilkeler ve Hukuk, HFSA, 8.kitap, 2003, sh.5-12.
- **KUÇURADI, İ** : Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 1999.
- **LAHAYE, N** : Outrage aux mœurs, infraction a contenu variable, Les notions a contenu variable en droit, (Etudes publiées par Chaim Perelman et Raymond Van Elst) Bruxelles, 1984, sh.55-75.
- **LE ROY, Y/SCHOENENBERGER, M/B** : Introduction Générale au Droit Suisse, Zurich /Bale /Genève, 2002.
- **LEANDRO, R** : L'honneur dans le droit suisse, Genève, 1983.

- **LEVY, V** : Le Droit a L'image (Définition, Protection, Exploitation), Zurich, 2002.
- **LONGMAN/METRO** : Büyük Sözlük, İstanbul, 1993.
- **MALAUZIEU, P/AYNES, L/STAFFENEL-MUNCK, P**: Droit Civile, Les Obligations, Paris, 2004.
- **MALAUZIEU, P** : L'ordre public et le contrat (étude de droit civil compare France, Angleterre, URSS), Paris, 1953.
- **MALINVAUD, P** : Droits des Obligations, Paris, 2002.
- **MARCHAND, S** : Le juge face à la résiliation douteuse d'un contrat de distribution exclusive, L'évolution Récente du droit des obligations, (Engel/Chappuis/Marchand/Morin), Lausanne, 2004, sh.95-117.
- **MARCHAND, S** : L'évolution de la jurisprudence récente en matière de contrats de vente (1994-2004); L'évolution Récente du droit des obligations, (Engel/Chappuis/Marchand/Morin) Lausanne, 2004, sh.67-95.
- **MARCHAND, S** : Responsabilité fondée sur la confiance: vie et mort d'un ornithorynque juridique, La responsabilité fondée sur la confiance,

- Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.163-177.
- **MARCOS, A** : La Double Dimension de la Faute en Responsabilité Médicale; Médecine et Droit, n. 59, 2003, 49-53.
 - **MARSHALL, G** : Sosyoloji Sözlüğü, (Çevr: Osman Akınhay, Derya Kömürcü Oxford University yayınları 1994-1998), Ankara, 1999.
 - **MASSE, C** : Rapport général; La Bonne Foi, Travaux de l'association Henri Capitant, C.XLIII, Paris, 1992.
 - **MATHIEU-IZORCHE** : Cabrillac/ Frison-Roche/Revet, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003, (La liberté Contractuelle,) sh.607 vd.
 - **MENGÜŞOĞLU, T** : Felsefeye Giriş, İstanbul, 1988.
 - **MERZ, H** : Le Contrôle Judiciaire Des Conditions Générales Du Contrat En Droit Suisse d'après une conférence donnée à Genève, le 14 janvier 1975, devant la Société genevoise de Droit et de Législation, SJ 1975 p. 193-208 (*condition générale*)

- **MERZ, H** : Traite de droit Prive suisse, (Traduction française, Pierre Giovannoni) VI, Tome I, Fribourg, 1993.
- **MISTELI, C** : La responsabilité pour le dommage purement économique, Berne, 1999.
- **MONTAVAN/CHARPIE/UTERMANN/**
- **MORANDIERE, J** : Fransız Hususi Hukukunda Amme Nizamı ve Gayri Ahlakilik (Terc. C.Tahir Gürsoy) ADALET DERGİSİ, 1950, s.737-753.
- **MORIN A** : La responsabilité Fondée sur la Confiance, Etude Critique des fondements d'une innovation controversée, Genève, 2002.
- **MORIN, A** : Le Comportement Contraire Au Principe De La Bonne Foi au sens de L'article 46 Alinéa 2 de L'avant projet de loi Fédérale sur la Révision et L'unification du Droit de La responsabilité civile, La reforme du droit de la responsabilité civile, Edite par Benedict Foëx, Franz Werro, Genève/Zurich/Bale, 2004. (*bonne foi*)

- **MORIN, A** : Le droit suisse de l'inexécution a la lumière du nouveau BGB, RDS, 2005 I, 4 sh.349-383. (*inexécution*)
- **MORIN, A** : La jurisprudence du Tribunal fédéral publiée depuis 1994 en matière de mandat, L'évolution Récente du droit des obligations, Lausanne, 2004, sh.117-163. (*mandat*)
- **MORIN, A** : La Mise En Oeuvre Des Droits Dans La Perspective Du Droit Des Obligations, JDT 2002 III p. 80-94 (*droits*)
- **MUMCU, A** : İnsan hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara, 1994.
- **MUTLU, L** : Hukuk Sözlüğü, İstanbul, 2004.
- **MÜLLER, C** : La perte d'une chance, La reforme du droit de la responsabilité civile, Edite par Benedict Foëx, Franz Werro, Genève/Zurich/Bale, 2004.
- **OFTINGER, K/JEANPRETRE,** : Jurisprudence du Tribunal Fédéral sur la partie générale du code des obligations, traduit de l'Allemand sur la 1.ed; Zurich, 1970.
- **OĞUZMAN, K** : Dürüstlük Kurallarına (MK.m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay

- Kararlarının Eleştirilmesi, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1988, sh.407-415.
- **OĞUZMAN, K/ÖZ, T** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul, 2005.
 - **OĞUZMAN, K/POROY, R** : Rapport turc, La Bonne Foi, Travaux de l'association Henri Capitant, C.XLIII, Paris, 1992.
 - **OPRÉA, Z** : Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand, Paris, 1935.
 - **OST, F/ KERCHOVE, M** : Les Bonnes Mœurs, lieu d'interférence du droit et de la morale, Bonnes Mœurs, discours pénaux et nationalité juridique, essai d'analyse critique, Bruxelles, 1981.
 - **ÖKTEM, İ** : Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması, İBD, S.3, s.1-9, sh. 89-103.
 - **ÖZ, T** : Bk.m.65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK.m.20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası, İBD, 1985, S.1-2-3, s.150 vd.

- **ÖZ, T** : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990. (*sebepsiz zenginleşme*)
- **ÖZDEMİR, S** : Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerini Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002.
- **ÖZEK, Ç** : Devlet ve Din, İstanbul, 1982.
- **ÖZGENÇ, İ** : Davranış Normları Teorisi, SHFD, S.1-2, 1996, s.443-454.
- **ÖZSUNAY, E** : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1986.
- **PACHE, A** : La coutume et les usages dans le droit prive positif, Lausanne, 1938.
- **PEDAMON, M** : Le contrat en droit allemand, Paris, 2004.
- **PERELMAN, C** : Droit, morale et philosophie, Paris, 1976.
- **PERELMAN, C/ VANDER ELST, R** : Les notions à contenu variables en droit, Essai de Synthèse, Bruxelles, 1984, sh.363-372.
- **PERRIN, J/F** : La fraude a la loi et l'ordre public en droit prive, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989. (*ordre public*)

- **PERRIN, J/F** : La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse, SJ 1973 p. 209-218. (*responsabilité*)
- **PERRIN, J/F** : Utilité et limites de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé, Mélanges En l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg, 1977. sh.63-77.
- **PETÏTPÏERRE, G** : Enfoncer une porte ouverte? La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.183-189.
- **PETÏTPÏERRE, G** : La partie générale du code des obligations: Un texte au service d'un système, Pour Un Droit Pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève, 2002, sh.79-89.
- **PETÏTPÏERRE, G** : Une proportion de lecture systématique des art.19 et 20 CO, (sans référence aux notions matérielles de l'impossibilité, de l'illicéite et de la contrariété avec les bonnes mœurs,) SJ 2001 II 123, n.3, sh.73-78.
- **PIOTET, P** : La Formation du Contrat, Berne, 1956.

- **PIOTET, P** : De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, RDS, 1957, sh. 97 vd. (*invalidité*)
- **PIOTET, P** : Développements Récents de la Culpa in Contrahendo, Mélanges Guy Flottet, (Recueil de Travaux Offerts a M.Guy Flottet, Prof. Honoraire a l'université de Lausanne, 1985, Lausanne (*culpa*))
- **PİCHONNAZ, P** : Impossibilité et exorbitance, Fribourg, 1997.
- **POROY, R/OKTAY, S/ÜNAN, S** : Rapport Turc I, L'ordre Public, Travaux De L'association Henri Capitant, Journées Libanaises Tome XLIX, Paris, 1998, sh.291-308.
- **PORRET,M/PERREGAUX G** : Commentaire du Code de Fédérale des obligations, Art 1 a 530, Neuchâtel, 1930.
- **POSTACIOĞLU, İ** : Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi, İHFM 1949, C.XV, S.4, sh.1288 vd.
- **PUGET/LUCAS, A/S** : Essai sur la notion d'objet du contrat, Paris, 2004.

- **RADO, T** : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1983.
- **RANIERI, F** : La nouvelle Partie Générale Du Droit Des Obligations, Revue Internationale De Droit Compare, 4- 2002, s. 941-958.
- **REICHARD C.F** : Etudes sur les contrats immoraux, thèse, Lausanne 1914.
- **REKET, T** : L'ordre public a la fin du XX. Siècle, Paris, 1996.
- **REYMOND, P** : La cession des contrats, Lausanne, 1989.
- **RIFAT, A** : Tasvir-i Ahlâk, Ahlâk Sözlüğü, Tercüman Gazetesi, 1001 Temel Eser, n.62, İstanbul.
- **RIGOUX, F** : La protection de la vie privée, et des autres biens de la personnalité, Bruxelles-Paris, 1990.
- **RIEG, A** : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et allemand, Strasbourg, 1959.
- **RIPERT, G** : La règle morale dans les obligations civiles Paris, 1949.
- **ROCHAT, F** : L'inefficacité de l'acte obligatoire (Inefficacité du titre d'aliénation et

renaissance de l'action réelle mobilière, Zürich, 2002.

- **ROLAND, H/BOYER, L** : Introduction au droit, Paris, 2002.
- **ROY, Y/SCHENENBERGER, M/B** : Introduction générale au droit suisse, Zurich/Bale/Genève, 2002.
- **SAÏGET, J** : Le Contrat Immoral, Paris, 1939.
- **SAVATIER, R** : L'état de nécessité et la responsabilité Civile extra-contractuelle; Etudes de Droit Civil a la Mémoire De Henri Capitant, Paris, 1977, sh.729-752.
- **SAYMEN,F/ ELBİR** : Türk Borçlar Hukuku, C.I, İstanbul, 1958.
- **SCARANO, J** : Dictionnaire de droit des obligations, Paris, 1999.
- **SCHMIDT-SZOLEXSKI, J** : Droit des Contrats, Paris, 1989.
- **SCHMIDLIN, B** : Les responsabilité fondée sur la confiance et tant que responsabilité de contact quasi contractuelle, La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.177-183.
- **SCHNEIDER, F/FICK, F** : Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911, Neuchâtel, 1915

- **SCHÖNLE, H** : L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations, Fribourg, 1982, sh.413 vd. (*imprévision*)
- **SCHÖNLE, H** : La bonne foi, dans les relations entre particulières, Droits des obligations et Droit Bancaire, Etudes, Genève, 1995. (*bonne foi*)
- **SCHÖNLE, H** : Les fondements constitutionnels de la liberté Contractuelle, Présence et Actualité De La Constitution Dans L'ordre Juridique, Mélanges Offerts a la Société suisse des Juristes pour son Congrès, 1991 à Genève, Genève 1991.
- **SENN, F** : Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, in, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F.Geny, T.I, Paris 1934, sh.53.
- **SEREN, Ş** : Medeni Kanun Karşısında Mehr, Hukuk ve İctihatlar Dergisi, 1951, S.33, sh.3 vd.
- **SEROZAN, R** : Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul, 2004.
- **SEROZAN, R** : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2006. (*ifa*)

- **SEROZAN, R** : Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, Sözleşme gereğince elde edilmiş edimi geri verme yükümü, N. Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004. (*sözleşmenin çözülmesi*)
- **SEVİ, A/M** : Franchising İlişkisine Hakim Olan Etik Kurallar, BATİDER, S.3, Haziran 2000, sh.159-184.
- **SEVİG, V.R** : Ahlakın Umumiyetle Hukuk ve Mukaveleler Üzerine Tesiri, Arsebük Armağanı, Ankara, 1958, sh.513-618.
- **SİMONİUS, A** : Quelques Remarques sur la Cause des Obligations en droit Suisse, Etudes de Droit Civil a la Mémoire De Henri Capitant, Paris, 1977, sh.753-767.
- **SİRMEN, L** : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Ders Notları, Ankara, 1996-1997.
- **SİRMEN, L** : Modern Hukukta Sözleşme kavramı ve Türk hukuku, Oğuzoğlu Armağanı. Ankara, 1972, sh.441-471. (*sözleşme*)
- **SİRMEN, L** : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992. (*şart*)

- **SOUCHON, C** : Objet, Cause et Lésion du Contrat, France, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs, sous direction renie Rodière, Paris, 1980.

STALDER/LEVY/CHAMBOUR/BROOKER/FRANZISCO:

Terminologie CC/CO Juridique Français-Allemand du CO Parti Général, art 1-83, Lausanne, 1997.

- **STAUDER, B** : Grands Traits De La Nouvelle Législation Allemande Sur Le Droit Des Conditions Générales Des Contrats, SJ 1978, sh.17-31.
- **STEİNAUER, M/D** : L'éthique et le droit, Fribourg, 2000. (Ed. Universitaires- Enseignement de 3e cycle de droit vol.19)
- **STIRLING/ZANDA, S** : L'application judiciaire du droit international Coutumier (Etude comparée de la pratique européenne), Publications de l'institut suisse de droit Comparé, n.41, Zürich, 2000.
- **SUNGURBEY, İ.:** Borçlar Yasası m.65'deki Kuralın Uygulama Alanı Üstüne Medeni Hukuk

Eleştirileri Cilt III, İstanbul, 1971, sh. 149
vd.

- **ŞENER, E** : Açıklamalı ve Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001.
- **TANDOĞAN** : De L'utilité en droit suisse des notions de rapport d'illicéite et d'adéquation sociale, Oğuzoğlu Armağan, Ankara, **1972** (*illicéite*)
- **TANDOĞAN, H** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 3, Ankara, 1984.Özel Hükümler, C.I (*Özel I*)
- **TANDOĞAN, H** : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 1981. (Sözleşme Dışı Sorumluluk)
- **TANDOĞAN, H** : Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, 1977. (*Tüketicinin Korunması*)
- **TANDOĞAN, H** : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961. (*sorumluluk*)
- **TANDOĞAN, H:** Notions Préliminaires a la Théorie Générale des Obligations, Genève, 1972.
- **TANDOĞAN,H:** La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève, 1952. (*nullité*)

- **TANÖR, B** : Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul, 1990.
- **TANYOL, C** : Sosyal Ahlâk, İstanbul, 1960.
- **TEKİNAY, S** : Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında Prof. Dr. Ü. Doğanay Anısına Armağan, İstanbul, 1982 sh.79 vd.
- **TEKİNAY, S/AKMAN, S/BURCUOĞLU, H/ALTOP, A:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri 7.Baskı, İstanbul, 1993.
- **TERCIER, P** : Abus de confiance? La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.69-77. (*confiance*)
- **TERCIER, P** : La clausula rebus sic stantibus en droit suisse des obligations, JdT 1979 I sh. 194-212 (*clausula*)
- **TERCIER, P** : La Corruption Et Le Droit Des Contrats, SJ 1999, II sh. 225-271 (*corruption*)
- **TERCIER, P** : La culpa in contrahendo, Premières journées juridiques yougoslavia-suisse, Publications ISDC, Zurich, 1984. (*culpa*)
- **TERCIER, P** : La protection de la personnalité et la tutelle, RDT, 1988, sh.136-150. (*RDT*)

- **TERCIER, P** : La sanction et la réparation des atteintes au corps humaine, Travaux de L'Association Henri Capitant, Le Corps Humaine et Le Droit, Tonne XXVI, 1975, (*corps humaine*)
- **TERCIER, P** : Le droit de la personnalité: une conjugaison nouvelle, RDS, 1991, I, sh.17 vd. (*RDS*)
- **TERCIER, P** : Le droits des obligations, Genève/ Zurich/ Bale, 2004.
- **TERCIER, P** : Le nouveau droit de la Personnalité, Zurich, 1984. (*personnalité*)
- **TERCIER, P** : Les contrats spéciaux, Zürich/ Bale/Genève, 2003 (*contrat*)
- **TERRE, F** : Pitié Pour Les Juristes, RTDC, Avril-Juin 2002, s.247-252.
- **TERRE, F/SIMLER, P/LEQUETTE, Y** : Droit Civil, Les Obligations, Paris, 2002.
- **THEVENAZ, A** : La protection contre soi même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC, Berne, 1997.
- **THEVENOZ, L/ WERRO, F** : Commentaire Romand, Code des Obligations I, art 1-159, Loi sur le crédit a la consommation, Loi sur les voyages a

forfait, Genève/Bale/Munich 2003.
(*Commentaire Romand*)³

- **TRUDEL, G** : Des frontières de la liberté contractuelle, Problèmes de droit contemporaine Mélanges Louis Baudoin, Montréal, 1974, sh.217-234.
- **TUĞ, A** : Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994.
- **TUĞLACI, P** : Okyanus Ansiklopedik Sözlük, C.III, Ankara, 1978.
- **TUNÇOMAĞ, K** : Nikahsız Birleşmenin Sağlanması İçin Kadına Verilenlerin BK.m.65 Hükmü Gereği İadesinin İstenememesi, Karar İncelemesi, BATİDER, C.II, 1964, sh. 422-423. (*karar incelemesi*)
- **TUNÇOMAĞ, K** : Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul, 1976.
- **TUNÇOMAĞ, K** : Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1964. (*Cezai Şart*)
- **UMUR, Z** : Roma Hukuku, İstanbul, 1982.
- **UYAR, T** : Yargıtay Kararlarında Dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralı (MK.2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı

³ Maddelere göre eseri kaleme alan yazarlara, çalışmamız içinde, (*Commentaire Romand*) kısaltmasıyla atıfta bulunulmuştur.

- (MK.m.2/II), Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s.439-465.
- **UYGUN, O** : 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul, 1992.
 - **UYGUR, T** : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 1-108, C.1, 2, 3, Ankara, 2003.
 - **VELİDEDEOĞLU, H/V** : Türk Medenî Hukuku C.I, Umumi Esaslar, İstanbul, 1963.
 - **VON TUHR, A** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt 1-2; (Çeviren C.Edege), Ankara, 1983.
 - **WALTER, H/P** : La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral, La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.147-163.
 - **WEIL, A** : Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Toulouse, 1991.
 - **WERRO, F** : La définition des biens de la personnalité une prérogative du juge,

Mélanges Pierre Tercier, Fribourg, 1993,
sh.15 vd. (*personnalité*)

- **WERRO, F** : Non-opposition à une autorisation de construire le contrat est valable Arrêt du Tribunal fédéral du 26 septembre 1989 (Frau A. contre B. Immobilien AG; recours en réforme); ATF 115/1989 II 232 = JdT 1990 I 66.

- **WERRO, F** : La responsabilité fondée sur la confiance: Quelques variations sur un thème commun ou les leçons du droit comparé, La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.109-129. (*confiance*)

- **WESSNER, P** : La responsabilité fondée sur la confiance: sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile; La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.129-143.

- **WESSNER, P** : Le consommateur final face aux contrats d'adhésion : le dispositif-insuffisant de la protection civile, Berne, 1985. (*adhésion*)
- **WIDMER, P** : Bonne foi et abus de droit principe? – Protée? -Panacée? Abus de droit et Bonne foi, (Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier) Fribourg, 1994.
- **WINIGER, B** : Etendre les concepts ou les multiplier? La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.193-203.
- **WITZ, C** : Droit Prive allemand, 1.Acte Juridiques, droit subjectif, Paris, 1992.
- **YAVUZ, C** :Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1997.
- **YUNG, W** : Etudes et Articles, Genève, 1971. (*articles*)⁴
- **YÜKSEL, M** : Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış, SBFD, 2002, S.1 (ocak-mart), sh.177-195.
- **ZEVKLİLER, A** : Medenî Hukuk, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Diyarbakır, 1986.

⁴ Yazarın bu eserinin içindeki makalelere (*articles*) kısaltması ve makalelerin diğer yayınları belirtilerek göndermede bulunulmuştur.

- **ZUFFEREY-WERRO, J.B** : Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs, Fribourg, 1988.
- **ZUFFEREY-WERRO, J/B** : Les contrats du sport professionnel face aux bonnes mœurs, RSJ, 86 1990, n.7, sh.113-125. (*sport*)

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, SINIRLANDIRILMASI VE MUKAYESELİ HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

I- Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

Çalışmamızın konusu “*Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*”tır. BK.m.19 ve m.20 hükümlerini temel alarak inceleyeceğimiz genel ahlâka aykırılık kavramı, bu iki düzenlemeyle her şeyden önce sözleşme özgürlüğü sınırlarından birini ortaya koyar. Nitekim hükümler kanun koyucu tarafından şu şekilde metne alınmıştır:

BK.m.19 hükmü: “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbeste tayin olunabilir.

Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; *ahlâka (adaba)* veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.”

BK.m.20 ise: “ Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut *ahlâka (adaba)* mugayir olursa o akit batıldır.

Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.”

Böylece kanun koyucu tarafından, *sözleşme hukuku alanında* genel ve çerçeve bir hukuk kuralı şekli verilen genel ahlâk kavramına, ayrıca sorumluluk hukukundaki anlamı ile BK.m.41/II’de; sebepsiz zenginleşmede ortaya koyduğu özel durum ile BK.m.65’de yine sözleşmelerde şarta ilişkin BK.m.155’de, cezai şartla bağlantılı olarak BK.m.161’de ve ayrıca BK.m.226, m.319 ve m.344 düzenlemelerinde de yer verilmiştir⁵.

Diğer yandan kavram, sadece Borçlar Hukuku alanında değil, *Medenî Hukukun diğer dallarında* ve Anayasa başta olmak üzere diğer kanun metinlerimizde de yer alır⁶. Nitekim kişiliğin korunmasına ilişkin olarak MK.m.23/II hükmü başta olmak üzere, tüzel kişilerle ilgili olarak MK.m.47, m.54; derneklerle ilgili MK.m.56, m.89; vakıflara ilişkin MK.m.101; yine aile hukuku bakımından MK.m.182, m.340 ve nihayet miras hukukunda ise MK.m.515 ile m.557 metinlerinde terim birliği bulunmamakla birlikte genel ahlâk kavramı yer bulur. Ancak bizim çalışmamız, BK.m.19 ve m.20 hükümleri temelinde ve borçlar hukuku sözleşmelerinde genel

⁵ Ayrıca, genel ahlâk kavramına atıfta bulunmamakla birlikte ahlaki ödev kavramına yer veren BK.m.62 ve m.234 düzenlemelerini de burada hatırlamak gerekir. Diğer yandan genel ahlâk kavramı Yeni Türk Borçlar Kanununu Tasarısında da yer bulmuştur. İlgili tasarı maddeleri; m.27, m.49, m.86, m.181, m.285, m.289, m.421 ve m.532’dir.

⁶ Örneğin, Anayasanın m.20, m.21, m.22, m.28, m.31, m.33, m.34, m.51, m.135 ve m.141 hükümleri; TK.m.1277; ayrıca Ceza Kanununun m.54 ile genel ahlâka aykırı suçlara ayrılan yedinci bölümü (m.225-m.229), yine İş Kanunu m.24/II, m.25/II ve m.26; HUMK. m. 149’da; CMUK, m. 182 ve m.187 gibi.

ahlâka aykırılık kavramı olduğundan mesele diğer hukuk dalları yönünden ayrıca incelenmeyecektir⁷.

Yine belirtmek gerekir ki, sadece değer yargılarının bir yansıması olarak toplumsal kurallar bütününe ifade etmeyen ahlâk kuralları, çok kapsamlı hatta bir yönüyle, *felsefi* ve oldukça önemli bir disiplini de ortaya koyar. Çünkü ahlâk, bir yandan insanın kendisine karşı görev ve yükümlülüklerini yani sübjektif ahlâk anlayışını belirlerken; diğer yandan farklı davranış ilkelerini önermekte ve buna uygun ortak bir hareket alanı sağlamaya çalışmaktadır ki genel ahlâk kurallarının ahlâk kurallarından farkı da bu noktada ortaya çıkar. Dolayısıyla belirtmek isteriz ki, çalışmamız meselenin borçlar hukuku alanıyla sınırlıdır ve konuya bağlı *ahlâk felsefesi* tartışmaları başlı başına ayrı bir çalışma konusu oluşturduğundan, ahlâk kavramı üzerindeki düşünsel tartışmalara da aşağıda detaylı olarak yer verilmeyecektir.

Çalışmamızda takip ettiğimiz yolu açıklamadan önce, kısaca neden bu konuyu seçtiğimizi ve araştırmanın bize göre önemini de ifade etmek isteriz. Şüphesiz ki, “ahlâk” ve “genel ahlâk” gibi kesin sınırlarını çizmenin mümkün olmadığı, nisbi, değişken ve yazılı olmayan kuralları açıklamaya çalışmak; bir araştırmayı bu kavramlar üzerine oturtmak, oldukça zor ve bir o kadar da üzerinde tartışılabilir bir meseledir. Sanırız konuyla ilgili, Türk hukuku yönünden 1976 yılında Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’nin doçentlik tezi olarak kaleme aldığı eser dışında

⁷ Bu noktada BK.m.19 ve m.20 hükümlerinin sadece sözleşmeler için değil genel olarak hukuki işlemler için bir sınır oluşturduğundan yola çıkarak hatırlatmak isteriz ki, tek taraflı hukuki işlemler yönünden de genel ahlâka aykırılık doğması elbette ki mümkündür. Örneğin, miras hukuku alanında düzenlenen vasiyetnamelerde ya da vakıf kurulmasında olduğu gibi. Ancak çalışmamızın borçlar hukuku alanı ve sözleşmelerle sınırlı olduğunu burada tekrar belirtmek isteriz.

detaylı ve kapsamlı bir inceleme yapılmamış olması da bu durumun bir göstergesidir⁸.

Diğer yandan, belirtmek gerekir ki, bir toplumda varolan bütün genel ahlâk kurallarının listesini oluşturmak mümkün olmadığı gibi bizim çalışmamızın amacı da zaten bu değildir. Ancak yine de kavramın içeriğine dahil olan ve korunmak istenen temel hukuki menfaatler belirlenebilir. Her ne kadar sosyal hayattaki süreklilik içinde bu değerlerin değişmesi, çeşitlenmesi ya da farklı şekillere bürünmesi, hatta bir çoğunun bizzat hukuk düzeni tarafından korunarak genel ahlâk kurallarının özel koruma alanına ihtiyaç bırakmaması tartışılabilir; yine de biz temel hukuki menfaatlerin belirlenebileceği düşüncesindeyiz. Çünkü unutmamak gerekir ki, bu değerler pozitif hukuk düzeni tarafından metne alınsalar dahi genel ahlâk kuralları ile korumaya devam edeceklerdir. Zaten bu yüzdendir ki genel ahlâk kuralları çoğu zaman hukuk düzeni tarafından kanunlaştırma süreçlerinde doğacak adaletsizliklere, kamusal vicdandaki muhtemel tepkilere engel olacak bir güvenlik tıkacı gibidir.

Ancak bize göre, her ne kadar kesin ve net kriterler verilemese de en azından ortaya koymaya çalıştığımız kapsamda “*kavramın ne olmadığı*” doğru tespit edilebilmesi de son derece önemlidir! Çünkü genel ahlâk kuralları kavramı asla farklı ideolojik, dini, siyasi ya da ayırımçı bir takım eğilimlere paralel kullanılamayacak ya da yorumlanamayacak bir kavramdır. İşte bunun içindir ki bize göre, kavramın somutlaştırılması objektif ve temel anayasal değerlere paralel olarak yapılmak zorundadır. Özellikle toplumlarda giderek artan çok kültürlü yapılar, ülke sınırlarının

⁸ Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, (Özellikle BK.m.65 Kuralı), İstanbul, 1976. Belirtmek isteriz ki, bu çalışma bizim araştırmamızdan biraz daha farklı bir yöntemle ve özel olarak BK.m.65 kuralını ele alan bir incelemedir.

ortadan kalkmaya yüz tuttuğu yeni bir dünya şekillenmesi, basın yayın organlarının toplumlar üzerindeki etkisi bir arada değerlendirildiğinde, kanaatimizce genel ahlâk kurallarının belirlenmesi her geçen gün biraz daha zorlaşmaktadır. Ancak unutmamak gerekir ki, ahlâk aslında insanların değil toplumların kendini korumak ve devam ettirmek için koydukları bir sistemdir ve bireylere ait vicdan ile kamusal vicdan her zaman birbirine paralel gitmeyebilir. Kaldı ki zaten tüm toplumlarda, olan ile olması gereken arasında hep bir ayırım bulunur. En basit ifadesiyle yalan söylememek, hırsızlık yapmamak, rüşvet almamak tüm toplumlar yönünden ahlaki birer emirdir ancak dünyada yalancılık, hırsızlık, rüşvet kalkmamıştır! Üstelik bize göre, toplumlardaki sosyal ve kültürel dejenerasyon göz önünde bulundurulduğunda; bir toplumda genel ve normal olanın genel ahlâka uygun; buna karşılık genel ve normal olmayanın genel ahlâka aykırı olduğunu söylemek de mümkün değildir! Bütün bu sebeplerle genel ahlâk kavramının tespiti, sınırlarının belirlenmesi, kuralın sözleşme hukukuna yansımaları, hüküm ve sonuçları üzerine kurulu olan araştırmamızın ayrıca önemli olduğu düşüncesindeyiz.

Bütün bu açıklamalarımıza paralel olarak çalışmamızda öncelikle, kavramın temelini aldığı Roma hukuku, ardından Fransız, Alman ve İsviçre hukukları incelendikten sonra, meselenin Türk hukukundaki yeri tespit edilecek (§ 1, II); ardından, sözleşmelerde genel ahlâka aykırılıkla ilgili temel bazı kavramların üzerinde durulacaktır. Buna göre, sözleşme özgürlüğü ile sınırları, (§ 2) ahlâk kavramı ve Türk hukuku yönünden ortaya çıkan terim sorunu; neden “genel ahlâk kavramı” ifadesini kullanmayı tercih ettiğimiz, buna bağlı olarak kavramının

unsurları, özellikleri ve içeriğinde yer alan diğer kurallar bütün olarak bu başlık altında ele alınacaktır. (§ 3)

İkinci bölümde, genel ve çerçeve bir hukuk ilkesini olarak “genel ahlâk kuralı” kavramında ortaya çıkan intra legem boşluğu, hakimin takdir yetkisi çerçevesinde nasıl ve hangi hukuki değerlerle doldurabileceği tespit edilecek (§ 4); ayrıca genel ahlâka aykırılığın hukuka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, gabin, dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanımı ile olan karşılaştırmaları yapılarak uygulama sınırları belirlenmeye çalışılacaktır. Aynı şeklide BK.m.41/II hükmünde yer alan ve dar anlamı ile sorumluluk hukukunda genel ahlâk kavramını ortaya koyan düzenleme, ayrıca bu başlık altında incelenecektir. (§ 5)

Üçüncü bölümde, BK.m.19 ve m.20 hükümlerinde kanun koyucunun “akdin mevzuu” ile ifade etmek istediği “sözleşmenin içeriği” kavramı ve genel ahlâka aykırılığın somut bir meselede nasıl belirlenebileceği incelendikten sonra (§ 6); yine bu bölümde sözleşmelerde genel ahlâka aykırılık kriterleri ayrı ayrı incelemek ve uygulama ile içtihatlardan doğan mahkeme kararlarıyla bu kriterler somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Buna bağlı olarak sözleşmeye konu edimlerin genel ahlâka aykırı olması özel olarak BK.m.155 hükmü ile; sözleşmenin amacının genel ahlâka aykırı olması ise doğrudan ve dolaylı amaçlara paralel, özel olarak BK.m.17 hükmü ile bir arada incelenecektir. Ayrıca borçlunun özgürlüklerini aşırı derecede ihlal eden ve MK.m.23/II hükmüne aykırılık yaratarak sözleşme ilişkisinin kurulmasını genel ahlâka aykırı kılan taahhütler yönünden ise “özgürlüklerin aşırı

ihlallerini” belirlemeyi sağlayan temel ve yardımcı kriterler ortaya konulacak; ardından konuyla ilgili özel bazı durumlar ayrıca incelenecektir: Karar özgürlüğü ve ekonomik özgürlüğün ihlali ile buna bağlı aşırı ekonomik taahhütler, uzun süreli ve belirsiz süreli sözleşmeler, mevcut ve gelecekteki alacakların toptan temliki ve genel ahlâka aykırı cezai şartta olduğu gibi. (§ 7)

Son bölümde ise, genel ahlâk aykırı sözleşmelerin BK.m.20 hükmü çerçevesinde yaptırımı, tam ve kısmi butlan ihtimallerine göre incelenerek, ayrıca MK.m.23/II hükmüne paralel olarak doktrinde ortaya konulan farklı yaptırım önerilerine de yer verilecektir. Genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşmeden doğan hüküm ve sonuçlar açıklandıktan sonra ise (§ 8); BK.m.65 kuralı ile kanun koyucunun düzenlediği genel ahlâka aykırı amaçla verilenlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilememeleri kuralı, hükmün tarihi gelişimi ve yasaya konuluş amacı (ratio legis)’da belirlenerek şartları ve BK.m.20 hükmüyle bağlantısı açıklanacaktır. (§ 9)

II- Konunun Mukayeseli Hukuktaki ve Türk Hukukundaki Yeri

A) Mukayeseli Hukuk

1) Roma Hukuku

Hukukî anlamda, genel ahlâk kuralları kavramının temeli Roma Hukukuna dayanır. Roma’da kaynağını örf ve âdetlerin oluşturduğu Eski Hukuk Döneminde,

ahlâk kuralları henüz hukuk sistemine yerleşmiş kavramlar değildi⁹. Bu dönemde; sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerli olmadığından ve sadece Ius Civile tarafından düzenlenerek belirli şekle tabi contractuslar, dava (*actio*) imkanı ile yaptırıma bağlandığından¹⁰; (genel) ahlâka aykırı şartları önleyen veya bunların ifasına engel oluşturan hiçbir hukuki yol bulunmamaktaydı¹¹. O kadar ki, bu dönemde, temelleri ahlâkî boyutlara dayalı olan “hata, hile ve tehdit” hallerinde dahi, Ius Civile’nin şekilci anlayışı sonucu sözleşme geçerliliğini korumaya devam ederdi¹². Kaldı ki, tüm bireyleri hukuk süjesi olmayan, mal ve can güvenliklerinin korunmasında çekingen davranılan, sadece sözlere verilen resmiyetle, sözleşmeleri katı şekil kurallarına tabi tutan bir hukuk ve toplum düzeni içinde, ahlâki temelleri aramak zaten çok da anlamlı değildi.

Klasik döneme yaklaşıldığında Roma sınırlarının genişlemesi, yeni kavimlerle sıkı ilişkiler, keşifler beraberinde toplum yapısındaki değişiklikleri ve yenilikleri de

⁹ Sosyoloji biliminin de ortaya koyduğu üzere, ilkel toplumlarda uzun yıllar hukuk ve ahlâk aynı kavram olarak ele almıştır. Zamanla emredici ahlâk kurallarını içine alan din hukuku kurallarının ortaya çıkmasıyla din bu kuralları da kapsamıştır. Bununla birlikte Romalılar döneminde, hukukun dini sınırları ortadan kaldırılarak Tanrıyı içinde barındıran kurallar ile (*fas*), insanı içine alan hükümleri (*jus*) birbirinden ayrılmış; böylelikle, *jus*’un gelişimi bir anlamda teknik olarak Roma hukukunun da gelişimini başlatmıştır. **Roland/Boyer**, sh.7 vd.

¹⁰ Bu dönemde sözleşmeler, şekillerine uygun yapılmakla onları oluşturan sebeplerden tamamen bağımsız olarak varlıklarını sürdürmekteydiler. Girard bu durumu sözleşmelerin kendi kendileri ile mevcut olduklarını, varlıklarının sebep ve saiklerinden bağımsız olduğunu bu nedenle de sözleşmeye basit-soyut bir cisim dendiğini ifade ederek açıklamaktadır. **Sevig**, sh. 609 vd. Roma hukukunda sözleşmelerle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Karadeniz-Çelebican**, sh.193 vd; **Koschaker-Ayiter**, sh.225 vd; **Rado**, sh. 60 vd; **Umur**, sh.426 vd.

¹¹ **Opréa**, sh. 39; **Reichard**, sh.9; **Zufferey-Werro**, sh. 14. Ayrıca Roma Hukukunda genel ahlâk kuralının tarihi gelişimi hakkında bkz. **Macqueron**; Histoire de la cause Immorale ou Illicite dans les obligations en droit Romain, thèse Paris 1924; **Raynal**; Études sur les conventions immorales, thèse Paris, 1900; **Schmidt**; Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin, 1973; **Senn**; Des origines et du Contenu de la Notion de bonnes mœurs, Recueil d’Etudes sur les Sources du Droit en L’honneur de Francois Géný, Paris, 1934.

¹² Hata, hile ve tehdit ile verilen taahhütlerin “ahlâki boyutlarının” dikkate alınmaması Roma Hukukundaki metinlerde de açıkça eleştirilmiştir. Bkz. **Opréa**, sh. 40.

getirmişti¹³. Bu gelişmelere paralel olarak şehir hayatındaki alışkanlıkların, geleneklerin ve örflerin tehdidine karşı praetorlar, ahlâk kurallarına sıklıkla atıfta bulunmaya başlamışlardı¹⁴. Zira farklı milletler ve topluluklarla ilişkiler sonucu genişleyen hukuk için, ahlâki değerlere dayanma mecburiyeti doğmuş ve bu noktada ahlâk artık insanlar için “zorunlu bir kanun” gibi görünmeye başlamıştı¹⁵. Böylece toplum yapısındaki bu değişikliğe bağlı olarak, başlarda sadece gelenekleri ifade eden “*mores*” kavramı içinden, iyi (*boni mores*) olanları, kötülerden (*mali mores*) ayırma ihtiyacının ortaya çıkmasıyla hukuki olarak genel ahlâk kurallarının¹⁶ ilk temelleri de atılmış oldu¹⁷. Daima iyi vatandaşların, hareketlerinde uymaya mecbur oldukları kuralları ifade eden “*boni mores*”in Roma’da iki görevi vardı. Bunlardan ilki, kanunun yasaklayamadığı hükme sınır getirmektir ki bu, özellikle velayet hakkının kötüye kullanımına engel olmayı sağlardı. İkinci görevi ise; kanunun yaptırım altına almadığı görevlerin yapılmasını sağlamaktır ki, bu durum da daha çok küçüğün

¹³ Roma imparatorluğunun genişlemesi ile birlikte ticari ve iktisadi hayat bu tür dar kalıplar içinde sadece kendi vatandaşlarına ait olan *Nexum* ve *Stipulaio*’larla idare edilmeyecek kadar tekrarlanmayı beraberinde getirmiş ve böylelikle daha Klasik dönemin başlarında hukuken himaye edilen ve şekilden ziyade tarafların irade unsuruna önem veren yeni bir takım *contractus* tipleri doğmaya başlamıştır. Bir süre sonra da taraf iradeleri, ehliyet ve taraflara bir menfaat temin eden ve mümkün olan konudan birinin sahip olmayan sözleşmeler hükümsüz, batıl sayılmaya başlamıştır. Ancak bu dönemin sonlarında bile, ahlaki temeli bulunan irade fesadı durumları hükümsüz sayılmamaktadır. **Güral**, sh.24 vd.

¹⁴ Örn: askerlik hizmetlerinin gereği gibi tamamlanmaması, yargılama görevlerinde rüşvet veya suiistimalde bulunulması, magistralar karşısında saygısız davranışlarda bulunulması, dürüstlüğü aykırı sözleşme yapılması, köleler üzerindeki gücün kötüye kullanılması, çocukların kötü eğitilmesi, yalan tanıklık ve yalan yemin gibi. Daha fazla örnek için bkz. **Senn**, sh. 58; **Zufferey-Werro**, sh.15.

¹⁵ Ahlâkın bütün ilişkilere hakim kanun olması gerçeği, Roma’nın büyük hukukçuları tarafından “Hukukun insanlara namusluca yaşamayı, kimseye zarar vermemeyi ve herkese hakkını vermeyi” emrettiğini bildirmesi suretiyle ifade edilmektedir. Yine *Ulpian* adaleti, “Herkese hakkını vermek hususunda sarsılmaz ve insanın hayatı müddetince devam eden bir irade” olarak tanımlamaktadır. *Cicero*n’un adalet tanımı ise şu şekildedir: “Genel menfaati muhafaza zımında herkese hakkını vermek hususunda beslenen, sahip olunan niyettir” (Bu noktada Roma’da, kudret ve kuvvet halinde bir hareketi ifade eden “irade” ile; fikri bir kavram olan “niyet” tabirlerinin aynı anlamda kullanıldığını da belirtmekte fayda görmekteyiz) **Sevig**, sh. 517 vd.

¹⁶ İlk dönemlerde “*mores*” kavramı örf ve adet hukukunu da kapsadığından, (genel) ahlâk kurallarının sınırlarının kesin tespiti için Romalı consuller “*boni mores*” ve (genel) ahlâka aykırı sözleşmeler için de “*contra boni mores*” kavramlarından yararlandılar. Zaten daha sonraki dönemlerde özellikle Latin toplumlarının hukuk dillerine geçenler de bu terimler olmuştur. **Opréa**, sh. 102.

¹⁷ **Senn**, sh. 53 vd; **Zufferey-Werro**, sh. 15; **Hatemi**, sh. 61.

büyüğe saygısını sağlama, itaat, iffet, söze sadakat ve vefa gibi kavramların hayata yansımada görülmekte idi¹⁸.

İustinianus dönemindeki kodifikasyon çalışmalarıyla beraber artık kavram, hem genel bir hükümle “*ahlâk kurallarına aykırı sözleşmelerin (gerek pactumlar, gerekse stipulationlar için) hiçbir hukuki değerleri bulunmadığı*¹⁹” şeklinde; hem de özel örneklerle²⁰ hukuk sistemi içine yerleşmişti. İmparatorluk döneminin sonlarına gelindiğinde ise artık ahlâk kuralları, felsefe ve tabîî hukuk etkisi altında genelleştirilmeye ve içerikleri belirlenmeye başlandı. Bundan sonra ahlâk kuralları sadece şehir hayatındaki kişilere değil bütün insanlara uygulanabilir bir hal alacak şekilde genişletildi²¹ ve nihayetinde kavram (*contra bonos mores*) “şerefe aykırı” (*turpe*) her şeyi kapsayan genel bir hukuk ilkesi şekline büründü²².

¹⁸ **Sevig**, sh.610 vd.

¹⁹ “*Omnia quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur nullius momenti sunt*” (İustinianus, *Institutiones*, 4, 8, 38); “*Pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est*” (İustinianus, *Institutiones*, 2, 3, 6). **Girard**, sh. 441, sh. 454; **Reichard**, sh.8; **Zufferey-Werro**, sh. 16. Ancak yine de bu dönemde de, ahlaki nitelikleri olmasına rağmen irade sakatlığı halleri sözleşmenin geçerliliğini etkilememekte idi. “Mesela eğer korku ile mecbur bırakılmış, hile ile bastırılmış veya hata ile saptırılmış olarak Titius’un Siga ile yaptığı sözleşmeye cevap vermiş ve borçlu olmadığınız şeyi vaad etmiş iseniz, Medenî kanuna göre borçlanmış olduğunuz aşıkardır. Ve borçlu olduğunuza dair açılan dava geçerlidir” (İustinianus, *Institutiones*, 4, 13, I) **Sevig**, sh.612. Ayrıca Roma hukukundaki bu düzenlemelerle ilgili bkz. **Hansjörg**, *Textes de droit romain et de droit Suisse des obligations*, Zürich, 2000, sh.13 vd.

²⁰ Örn: Önceki evliliklerinden çocukları olan eşlerin evlenmeden önce çocuklarının ileride evleneceklerine dair yaptıkları sözleşmeye bu yönde cezai şart koymaları (*Digeste*, 45, I, 134); küçüğün sınırlı zaman için evlat edinilmesi (*Digeste*, 1, 7, 134); adam öldürme veya cürüm işleme yönünde sözleşme (*Digeste*, 45, I, 27); belirli bir nişanlı ile kızın evlenmemesi halinde cezai şart taahhüdü (*Digeste*, 45, I); eşin karısından fuhuş kazancını talep etmesi (*Digeste*, 4, 7). Örnekler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 17.

²¹ **Zufferey-Werro**, sh. 15; **Senn**, sh. 56. Ahlâk kurallarına atıf yapan *Digesta* metinleri de bu gelişmenin sonucu olarak doğmuştur. Taraflar arasında özel olarak kurulan sözleşmelerden doğanlar dışında bu metinler, dini ödevler, iyiniyet, üçüncü kişilere güven ilişkilerini de açıklamaktadır. Hukukçu olmayan yazarlarca dahi ahlâk kurallarına atıf yapılarak bu kuralların uygunluğu sağlanmaya çalışılmıştır. Bu konuda bkz. **Senn**, sh. 60 vd; **Zufferey-Werro**, sh.16.

²² **Rado**, s.13; **Umur**, sh. 485; **Hatemi**, sh.62.

Böylece hem taraflara genel ahlâka aykırı şekilde kurulan bu sözleşmeyi ortadan kaldırma, hem de söz konusu sözleşmede ifa edilen edimin iadesini talep imkanı “*condictio ob turpem causam*” kuralı ile sağlanmış oldu. Praetorların bu kural ile, sağlamak istedikleri aslında “namus ve mutluluğu ihlal edici bir sebep dolayısıyla” verilenlerin geri alınması yani iadesi idi. Böylelikle, gerçekte taraflara hukuken geçerli bir sözleşmeyi iptal imkanı ayrıca tanınmamış olmasına rağmen; söz konusu def’i ile iade davası sözleşmenin geçerliliğine ve devamına da engel olmakta; neticede sözleşmenin yerine getirilmesini isteyen tarafın davası da ret edilebilmekte idi²³. Öte yandan Roma hukukunda, genel ahlâka aykırılığın sözleşmenin sebebinde mi yoksa şartlarında mı olacağı; ya da sözleşmenin hangi unsurunun genel ahlâka aykırılık taşıması gerektiği yönünde bir ayırım da yer almamaktaydı²⁴. Bu sebeple, aykırılık hangi unsura ait olursa olsun sözleşme bütün olarak batıl kabul edilmekte idi.

2) Fransız Hukuku

Fransız Hukukunda, genel ahlâk kurallarının, ilk görünümü, XIII üncü ve XIV üncü yüzyıl örf âdetlerinin “genel ahlâk kurallarına aykırı anlaşmaları²⁵” açıklaması ve bunları batıl sayarak taraflara edimlerin iadesini yasaklamasıyla ortaya çıkmıştır²⁶. XVI ıncı ve XVII inci yüzyıllara gelindiğinde özellikle mahkeme kararlarında²⁷

²³ İadenin sebebi alan için utanılacak bir şey ise, ifayı yapan için utanılacak bir şey olmadığından, ifa eden iade için bu davayı açardı. **Sevig**, sh.612. Ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 19; **Opréa** sh. 40.

²⁴ **Opréa** sh. 41.

²⁵ Ancak bu yüzyıllarda genel ahlâk kuralları kavramı yalnızca cinsiyetle ilgili konularda yapılan anlaşmalarda uygulanmakta idi. **Saiget**, *Le Contrat Immoral*, Paris, 1939, sh.23; **Zufferey-Werro**, sh. 21.

²⁶ **Zufferey-Werro**, sh. 21.

²⁷ **Saiget**, *Le Contrat Immoral*, Paris, 1939, sh.30’da yayımlanan mahkeme kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 22.

hakimler tarafından²⁸ genel ahlâk kuralları kavramının kapsamına “dini ahlâk kurallarının” da dahil edilme eğilimi kendini göstermiş; bu eğilim 1804 Fransız Medenî Kanununun (CCF) hazırlık çalışmalarında ve oluşumunda da etkisini göstermiştir²⁹.

Nitekim, Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında; “*İnsanlar kendilerini ilgilendiren her şey üzerinde özgürce anlayabilmek imkanına sahip olmalıdırlar. Sözleşme yapmak özgürlüğü ancak hakim tarafından, genel ahlâk kuralları ve kamu yararı gerekçeleri ile sınırlanabilir*” fikrinin ortaya konulmasıyla³⁰ mesele kanun koyucu tarafından metne alınmış ve genel ahlâk kuralları için Roma Hukukunun “*boni mores*” kavramının devamı olan “*bonnes mœurs*” terimi kullanılmıştır³¹.

Fransız Medenî Kanunda terim birliği bulunmasına rağmen genel ahlâk kuralları (*bonnes mœurs*) kavramının yorumu hakkında farklı görüşler vardır³². Daha

²⁸ Özellikle *Domat* ve *Pothier* tarafından baskın olarak mahkeme kararlarına yansıtılan bu kıtas, genel olarak kumar sözleşmeleri, evlenme borçları ve rüşvette yaygın olarak ortaya konulmuştur. Bkz. **Domat**, *Traite Des Lois*, Bölüm X, § IV; **Pothier**, *Traite des Obligations*, Kısım I, S.I, Bölüm VI, sh.43. **Zufferey-Werro**, sh. 22.

²⁹ XVIII inci yüzyıl sonlarına kadar Fransa’da da hukuk birliği bulunmamakta idi. Kuzey kesimlerde daha çok örf âdet hukuku, güney kesimlerde ise Roma hukuku kuralları etkili idi. Buna karşılık asiller, rahipler ve burjuvaların kendilerine özgü ayrı bir hukukları vardı. XIV. ve XV. Louis dönemindeki bazı emirnameler bir yana bırakıldığında ilk birleşme hareketi 1789 ihtilaliyle başlamıştır. Bu nedenle 1804 Fransız Medenî Kanunu, Fransız devriminin liberal görüşleriyle, tabi hukukun ahlâk kurallarına duyduğu ihtiyaç ve Hristiyan ahlâkının karşılaşmasında bir tür çıkış noktası olmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 26. **Ripert**, sh. 12 vd.

³⁰ 1804 tarihli FMK’nun başkanlığını yapan ünlü Fransız hukukçusu, *Portalis* tarafından ortaya konulan bu görüş ve Fransız Medenî Kanununun hazırlık çalışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 26. Fransız Medenî hukuk sisteminde “sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye bağlılık” düşünceleri etkili olmaktadır. Taraflar kendileri için en iyi olanı bilirler, kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilirler ve sözleşme yoluyla var olan çıkar çatışmasını uzlaştırabilirler. 19.yy hukukçularına göre; “*qui dit contractuel, dit juste*” (sözleşmeyle kararlaştırılan her zaman adildir) ilkesi mutlak geçerliliğe sahipti. **Atamer**, sh.17

³¹ **Hatemi**, sh.62.

³² Genel olarak bu görüşler hakkında bkz. **Terre/Simler/Lequette**, sh.380 vd ; **Senn**, sh.44 vd; **Pena**, *Les origines historiques de l’article 6 du Code Civil*, RRJ, 1992, sh.513; **Fenouillet**, sh.487 vd; **Ripert**, sh.37 vd; **Josserand**, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, *Essais de téléologie juridique*, 1928, n.108 vd; **Capitant**, *De la cause des obligations*, Paris, 1927;

deneyssel bir yaklaşım içindeki ilk görüşe göre genel ahlâk kuralları, belli bir yerde ve zamanda normal, alışılmış kabul edilen kurallardır.³³ Bu yönüyle genel ahlâk kuralları, bir yandan hakimi tarafsız kılma eğilimini ön plana çıkartırken, diğer yandan da kavramın içinin doldurulmasındaki belirleyici rolünü ortaya koyarar. O halde genel ahlâk kurallarına hükmeden kişi bizzat hakimdir³⁴. İdealist eğilim ise³⁵, daha çok hakimin ahlâki olarak üstün saydığı hayat anlayışının ağır basmasına engel olmak üzere ortaya atılmış bir görüştür. Bu görüşe göre toplumda genel olarak tanınan ve benimsenen ahlâki değerler yani genel ahlâk kuralları için belirleyici olan hakim değil, o olayın yargılanabilir olup olmadığıdır. Çünkü ortaya konulan her davranış her zaman gerçekten yapılması gerekeni yansıtmaz³⁶. O halde hakimin görevi de sadece bu durumu kaleme almaktır. Günümüzde Fransız hukukunda, her iki görüşün birleşimi olan daha karma bir kavrama yönelme eğilimi kendini gösterir. Buna göre, genel ahlâk kuralları, toplum ihtiyaçlarına ve pozitif hukukun genel mantığına uygun olarak, sosyal davranışlar içinde, korunmaya veya muhafaza

Bonnecase, La notion juridique de bonnes mœurs, Sa portée en droit civil Français, Etudes Capitantes, 1939, sh.91 vd.

³³ Demogue'a göre "(genel) ahlâk kuralları dini ya da felsefi bir ideale göre belirlenmez, ancak olaylara ve kamu vicdanına göre belirlenir". **Flour/Aubert/Savaux**, sh.209.

³⁴ **Hofstetter**, sh.288; Bu görüşe göre hakimin sahip olduğu bir dünya görüşü olacaktır ama aynı zamanda ahlâkın bir tür gardiyanı ve toplumun öğretmeni gibi bir rol de üstlenmesi gerekecektir. Ancak böylelikle, günlük hayattaki uygulamaların, durumların genel ahlâka aykırılığına hükmedebilir.

³⁵ Görüşün ilk savunucularından Levy-Bruhl'e göre, farklı ahlâk teorilerinin çözümü, ahlâkiliğin yerine geçecek pozitif bir ahlâk bilimi yaratmaktan geçmektedir. **Levy-Bruhl**, La Morale et La Science des mœurs, sh.1 vd; **Zufferey-Werro**, sh. 92 vd. Yazarın bu teorisini takiben hukuk sosyolojisi ahlâk kurallarının, üst dereceli değerlere yapılan atıflar dışında, ancak olaylara dayanabileceği ve olaylara bağlı doğabileceği savunmaktadır. Bu yüzden, bir ahlâk kuralının "iyi (bonnes)" olarak değerlendirilebilmesi için sosyal bir grubun baskın çoğunluğunun gerektiği görüşü benimsenmiştir. **Ripert**, n.38; **Savatier**, Effets et Sanctions du devoir moral, Poitiers, 1916, sh.348; **Jhering**, Der Zweck im Recht, Berlin, 1905, sh.12 vd.

³⁶ **Ripert**, n.39.

edilmeye değer olan kurallar³⁷ yani bir başka deyişle, toplumun kendi düzeni için temel sayılan sosyal ahlâk kurallarıdır³⁸.

Bugün Fransız Medenî Kanununda sözleşmelerin genel ahlâka aykırılığını düzenleyen iki hüküm bulunur³⁹. Bunlardan ilki, sözleşme özgürlüğü ilkesinin genel sınırını oluşturan “ tarafların yaptıkları sözleşmelerle, kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarını ihlal edemeyeceklerini” hükme bağlayan CCF.m.6⁴⁰; diğeri ise, “sözleşmelerde kanuna, genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı bir sebebin hukuka aykırılık yaratacağını” düzenleyen CCF.m.1133 hükmüdür. Kanunun 1108 inci ve 1131 inci maddelerine göre, Fransız ve etkisinde gelişen İtalyan Hukuklarında⁴¹

³⁷ **Flour/Aubert/Savaux**, sh.209 vd.

³⁸ **Terre/Simpler/Laquette**, sh.385 vd. Her şeyden önce ahlâk kuralları, genel ahlâk kuralları ve ahlakiliği belirleme meselesi vardır: ahlâk, bireylerin iç olgunlaşmalarıyla da ilgilenirken, genel ahlâk kuralları (bonnes moeurs) sadece dış uygunluğu araştırır. Dış dünyaya yansıyan bir davranış ile sosyal ahlak kuralları arasında bağlantı kurar. Ama bu sosyal ahlâk toplumun çoğunluğunun uygulamaları ile kendi kendine özdeşleşemez. Zira kanun iyi ahlâk kurallarına yetki vermektedir, ahlâk kurallarına değil.

³⁹ Söz konusu hükümler dışında Fransız Medenî Kanununda özel durumları içeren ve genel ahlâka aykırılığı düzenleyen başka hükümler de vardır; örneğin; böylece vasiyet şartlarındaki genel ahlâka aykırılığı hükme bağlayan CCF. m.900; sözleşme içindeki genel ahlâka aykırı şartların batıl olduğunu düzenleyen CCF. m.1172; eşler arası mal sözleşmelerinin genel ahlâka aykırı olamayacağını metne alan m.1387 gibi.

⁴⁰ **Planiol** gibi bazı yazarlar, FMK. m.6’nın hukuki sözleşmelerde genel ahlâkı düzenlemek için yeterli olduğunu ve m.1131 ile m.1133’ün gereksiz olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüş doktrin tarafından kabul görmemiştir. Dikkat çekildiği gibi FMK. m.6 sadece kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarıyla ilgili kanunları rahatsız eden sözleşmeleri yasaklamaktadır ve “hiçbir şekilde, belirli hiçbir hükmü ihlal etmeden genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olan sözleşmelerin butlanı sonucunu yaratamayacaktır. **Ripert-Boulanger**, sh.311. Gerçekten de FMK. m.6, hukuki sözleşmenin “ne ile” kamu düzeni veya genel ahlâka aykırı olduğunu belirlemez. Bu sebeple modern doktrin, genel ahlâk kurallarına saygıyı teminat altına almaya tek yetkili olan FMK’daki iki hükmün; m.1131 ve m.1133’ün temel öneminin altını çizmektedir. **Rieg**, sh.312.

⁴¹ 1942 tarihinde yürürlüğe giren *İtalyan Medenî Kanununda*, özellikle genel ahlâk kurallarıyla (*il buon costume, i buoni costumi*) ilgili Fransız Medenî Kanununun güçlü etkisi kendini göstermektedir. Kanunun 1322 inci maddesi sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel bir düzenleme getirirken; “Taraflar Kanunun koyduğu hudutlar dahilinde akdin muhtevasını serbestçe tayin edebilirler. Taraflar, ayrıca tanzim edilmiş olan tiplere dahil bulunmayan akitleri de yapabilirler; ancak bunlar hukuk düzenince himayeye layık menfaatleri gerçekleştirmeye matuf bulunmalıdır”; 31 inci maddesinde, tıpkı Fransız Medenî Kanunu m.6’da olduğu gibi “kamu düzeni ve genel ahlâka ilişkin kanunların sözleşmelerle ihlal edilemeyeceği” genel hükmü düzenlemektedir. Yine İtalyan Medenî Kanunu m. 1343’e göre, emredici kurallar, kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına aykırı nitelikli sözleşmelerin geçerli bir sebebi bulunmamaktadır ve bu tür sözleşmeler m.1418 gereğince butlan yaptırımı ile sakattır. Ayrıca genel ahlâka aykırı amaçla verilenlerin iadesi

sözleşmelerin geçerlilik şartlarından biri (CCF.m.1108) “borç ilişkisinin geçerli (meşru) bir sebebinin” varolmasıdır. Geçerli olan yani hukuka aykırı olmayan sebep ise (CCF.m.1131), “kanuna, genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olmayan sebeptir”⁴². Bu bağlamda, kanunları, kamu düzenini ve genel ahlâk kurallarını içine alan “hukuka aykırılık” üst kavramını benimseyen Fransız hukukunda, (§ 5, I) son

m.2035’de; genel ahlâka aykırı şartların sözleşmelere etkisi m.1354’de ve nihayet ölüme bağlı tasarruflara etkisi ise m.634 ile düzenlenmektedir

⁴² Fransız hukukunda “sebebe kavramıyla” ilgili iki temel görüş bulunmaktadır. Eski hukukta, Domat tarafından ortaya atılan klasik sebebe görüşüne göre sebebe, iki tarafı bir araya getirerek sözleşmeyi kurmaya iten amaçlarıdır (*causae proxima*). Bu görüşte önemli olan husus, sebebin tarafların birbirlerinden farklı olan saiklerini içermemesidir. Yakın (doğrudan) ve uzak (dolaylı) amaç arasındaki fark da buradan gelmektedir. Bu görüşe karşılık, Capitane ve Maury tarafından geliştirilen modern sebebe görüşüne göre, sebebe aynı zamanda taraflardan birini sözleşme ilişkisine iten saikleri de (*causae remotae*) kapsayacaktır. Bu durumda sebebe daha sübjektif bir kapsam alacaktır. Bu görüş özellikle taraflar arasında hukuka veya genel ahlâka aykırılık sonucunun araştırılmasında ve belirlenmesinde rol oynar ki bu yorum her somut olayda farklılık yaratabilir. Örneğin genelev olarak işletilmek üzere bir daire kiralandığında taraflar arası kira sözleşmesi klasik görüşe göre geçerli olabilirken, modern görüşe göre geçerli sebebe sahip olmayacaktır, ya da yapılan bir vasiyette kişinin metresine bir mal bırakması ancak sübjektif görüşe göre genel ahlâka aykırılık yaratabilirken klasik görüşe göre geçerli olacaktır. Bu sebeple Fransız hukukunda sebebe kavramının farklı kullanımından doğan iki anlamının bulunduğunu belirtmek gerekir. 1) Borcun Sebebi (*Cause de l’obligation; Cause objective*): Her sözleşme tipi için aynı olan ve yokluğu sözleşmenin kurulmasına engel oluşturan, sözleşmenin soyut nedenidir. 2) Sözleşmenin Sebebi (*Cause du contrat; Cause subjective*): Tarafların sözleşme ilişkisi içinde beraber ulaşmak istedikleri ya da bir tarafın sözleşmenin kurulması sırasında içeriğe veya sonucuna dahil ettiği amaçtır. Bu noktada Fransız Hukukundaki sebebe kavramı ile İsviçre ve Türk Hukukundaki konu kavramları arasındaki ilişki hakkında bkz. **Aubert**, sh. 11; **Cabrillac**, *Droit Des Obligations*, Paris, 2000, sh.56 vd; **Starck/Roland/Boyer**, *Obligations, 2.Contract*, Paris, 1993 sh.307 vd; **Schmied-Szalewski**, sh. 178 vd; **Terre/Simpler/Lequette**, sh.336 vd; **Guelfucci-Thibierge**, *L’indépendance entre nullité et responsabilité*, Paris, 1992; sh. 246 vd. Alman hukuku ile Fransız hukukunda sebebe kavramı farkının genel ahlâka aykırılığa yansımalarıyla ilgili bkz. **Rieg**, sh. 250 vd; **Opréa** sh. 107. **Basedow/Kneip**: *Objet, Cause et Lesion du Contrat, Allemagne*, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs, sous direction Renée Rodière, Paris, 1980; **Souchon**, *Objet, Cause et Lesion du Contrat, France*, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs, sous direction Renée Rodière, Paris, 1980. Genel olarak Fransız Hukukunda sebebe kavramı için bkz: **Puget/Lucas**, *Essai sur la notion d’objet du contrat*, Paris, 2004; **Judith Rochfeld**, *Cause et Type de Contrat*, Paris, 1999, **Scarano**, sh. 56; **Capitane**, *De La Cause des obligations*, Paris, 1927; **Josserand**, *Les mobiles dans les actes juridiques*, n.108 vd; **Ripert**, n.31 vd. Tezler: **Rochfeld**, *Cause et Type de contrat*, Paris, 1999 ; **Reigne**, *la notion de cause efficiente du contrat en droit prive francais*, Paris, 1993; **Flour/Aubert**, *Les Obligations 1.L’acte Juridique*, Paris, 1991, sh.199 vd; **Hauser**, *Objectivisme et Subjectivisme dans l’acte juridique*, Paris, 1971, sh.230 vd; **Rieg**, n.245, 250; **Terre**, *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications juridiques*, Paris, 1957; **Dorat Des Monts**, *La cause immorale*, Paris, 1955; **Ionesco**, *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, RTDC, 1931, sh.29 ve aynı yazarın *L’évolution de la notion de cause dans les conventions a titre onéreux*, Paris, 1929; **Hamel**, *La notion de cause dans les libéralises*, Paris, 1920; **Maury**, *Essai sur le rôle de la notion d’équivalence en droit civil française*, Toulouse 1920; **Louis-Lucas**, *Volonté et cause*, Dijon 1918; J.Dabin, *Théorie de la Cause*, Liège 1919. Makaleler: **Weil**, *Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l’action en nullité*, Mélanges dédiés a Gabriel Marty, Toulouse, 1991, sh. 1165 vd; **David**, *Cause et Considération*, Mélanges Maury, sh.111 ; **Maury**, *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence*, RID 1951, sh.485.

dönemde, kamu düzeni ile genel ahlâk kurallarını birbirinden ayırmanın (§ 5, II) gerçekten gerekli olup olmadığı sorusu doktrinde oldukça tartışma bulmaktadır.⁴³

3) Alman Hukuku

Alman hukukunda genel ahlâka aykırı sözleşmeleri, ülkede 1900 yılına kadar yürürlükte kalan Pandekt hukuku ve bu tarihten sonra yürürlüğe giren günümüz Medenî hukukuna göre ayrı ayrı incelemek gerekir. Buna göre, XVI ncı yüzyılda Almanya’da, “*Corpus Juris Civilis*” şeklinde Roma hukuku, “*Corpus Juris Canonici*” şeklinde Kilise hukuku ve “*Libri Feudorum*” şeklinde Lombart Feodal Kanunu ortak hukuk kaynağı olarak yürürlükte idi. Bu sebeple o dönem, Almanya’da genel ahlâka aykırı sözleşmeler değerlendirilirken iki husus dikkate alınırdı: Bunlardan ilki özellikle genel ahlâka aykırı sözleşmeleri sona erdirebilme imkanı getiren Roma hukuku etkisindeki Pandekt hukuku; diğeri ise Almanya’yı oluşturan devletlerin kendilerine özgü kanunları⁴⁴ idi.

⁴³ Fransız hukukundaki geleneksel (klasik) “*kamu düzeni anlayışında*”, genel ahlâk kuralları, kamu düzeninin ahlâka; bilhassa cinsel ahlaka ait bir türü olarak kabul edilmektedir. Ancak sosyal ahlâk (örneğin evliliğin kurulmasındaki gibi alanlarda) ve ekonomik ahlâk (örneğin, rekabet, ücret gibi alanlarda) anlayışlarının da varlığı modern bir kamu düzeni anlayışı doğurmuştur. Buna göre, genel ahlâk kuralları, kamu düzenini oluşturan öğelerden biridir. **Malinvaud**, sh.181; **Schmidt-Szolewski**, sh. 205 vd; **Bonncase**, La notion juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitant, sh.91; **Senn**, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, Etudes Geny, I, sh.53; **Mourgeon**, De l’immoralite dans ses rapports avec les libertes publiques, 1974, sh.247. Ancak toplumun temellerini oluşturan bir sosyal ahlâk (morale sociale) da söz konusu olduğundan, genel ahlâk kuralları, ahlakilikten daha çok kamu menfaatin yanında yer alarak kamu düzenini oluşturan unsurlardan biri kabul edilmektedir. **Fenouillet**, Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l’ordre public philanthropique! Melanges Catala, Paris, 2001, sh.487; **Farjat**, L’ordre public economique, Dijon, 1963; **Lagarde**, Recherches sur l’ordre public, Paris, 1957; **Malaurie**, Les contrats contraires a l’ordre public, Paris, 1951; **Hauser et Lemouland**, Rep.Civ.Dalloz V, Ordre public et bonnes mœurs, **Julliot de la Morandiere**, L’ordre public en droit prive interne, Etudes Capitant 1939; **Ripert**, n.22 vd. Ayrıca kamu düzeni ve genel ahlâk kuralı arasındaki ilişki hakkında bkz. aşağıda § 5, II.

⁴⁴ İlk olarak 1578 *Francfort Reformu*; konuyla ilgili iki özel hükmü kaleme almıştır. (Bu hükümler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 21; dipn. 40. Genel ahlâka aykırı sözleşme “*gegen die guten Sitten*” terimi ilk olarak 1579 tarihinde ‘Statuta de Peina’ da kullanılmıştır. **Schmidt-Szolewski**, sh. 27. Hüküm daha sonraları genel bir düzenleme şekliyle 1610 *Pfalz bey Rhein* (2. Bölüm, XXVI. Başlık,

Zamanla Almanya’da genel ahlâk kuralları, “sözleşme özgürlüğünün bir sınırı” şeklinde düzenlendi ve bu yapı XX inci yüzyılda⁴⁵ Alman Medenî Kanun⁴⁶ sistematigi içinde de yerini aldı. Ancak bu sistem içinde öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, Alman hukukunda kamu düzeni (*Ordre public*), sözleşmelerin içerik denetiminde kullanılan ayrı ve bağımsız bir kıstas değildir⁴⁷. (§ 5, II) Bu durum, *Simitis* gibi kimi yazarları, genel ahlâk kurallarının kapsamı araştırılırken, kavramı kamu düzenini de kapsayacak şekilde geniş yorumlama sonucuna kadar götürmüştür⁴⁸.

§ III) ; 1622 *Baden-Durlach* (4. Bölüm, 29. Başlık, 3.fıkra) ; 1685 *Prusse* (4. Kitap, madde IV, § I) ve 1710 *Baden et Hochberg* (4. Bölüm, 29. Başlık, 2. fıkra) kanunlarında da kullanılmıştır. **Zufferey-Werro**, sh. 21.

⁴⁵ Bu şekliyle yeni metinler artık Romalı hukukçuların kanunlaştırmalarını taklit eden Ortaçağ alışkanlıklarından da ayrılmaktadır. **Reichard**, sh.9. Öte yandan, Fransız Medenî Kanunundan yaklaşık yüz yıl sonra yürürlüğe giren Alman Medenî Kanunundaki bu gecikmenin sebebi; Almanya’da ulusal kanunların hazırlanması karşısındaki yoğun muhalefetin Alman Medenî Kanununu hazırlanmasını da geciktirmesidir. Zira Almanya’da tarihçi okulun etkileri hakim olmuştur. *Savigny* tarafından temelleri atılan bu yaklaşımın kaynağı, hukukun kanun yoluyla değil, halkın ruhundan gelen örf ve âdet yolu ile doğduğu, kanun yapmanın gelenekleri dondurmak suretiyle hukukun gelişimine mani olacağı iddiası idi. O dönem bu görüş hakim olduğundan Medenî Kanun hazırlanamadı, ancak 1871 savaşıdan sonra Alman siyasi birliğinin sağlanması ile çalışmalara başlandı ve 1896 tarihinde kabul edilen kanun 1900 yılında yürürlüğe girdi.

⁴⁶ 2 Ocak 2002 tarihinde değişikliğe uğrayan Kanun kapsamında genel ahlâk kuralları ile ilgili hükümler aynı şekliyle muhafaza edilmiştir. Buna göre, Alman hukukunda sözleşmenin geçerlilik şartlarını; butlan yaptırımına tabi olan; sözleşme ehliyetine sahip olma; irade ile beyan arasındaki uygunluk; sözleşmenin emredici kurallara (§ 134) ve genel ahlâka uygunluğu (§ 138) ile şekle ait şartlar oluşturmaktadır. Bu konuda bkz. **Pedamon** sh. 67 vd; **Witz**, sh.197 vd; **Ferrand**, sh. 233 vd. Ayrıca, 26 kasım 2001 tarihli kanunla BGB’ye giren § 397 ve 309’da belirtilen genel işlem şartlarına ait hükümlerin de sözleşmenin içerik incelemesinde ayrıca göz önünde bulundurulduğunu da belirtmekte fayda vardır. Bu konuda bkz. **Atamer**, sh.143 vd.

⁴⁷ Aslında Alman Medenî Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında, sosyalist milletvekilleri, kamu düzeni kavramını kanuna sokmak yönünde öneri vermişlerdir zira, genel ahlâk alanındaki bir içtihadın, dolaylı olarak herhangi bir sınıf adaletini gerçekleştirmesinden çekinmekte idiler. Ancak buna rağmen kamu düzeni kavramının çok belirsiz ve mahkeme salonlarında her tür kanunlaştırma tartışmalarına ortam yaratacak nitelikte olması nedeniyle kanuna alınmadı. Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, sh.121 dipn.26’da belirtiler yazarlar.

⁴⁸ Yazar, genel ahlâk anlayışının Alman hukukunda özel olarak, kamu düzeni ile aynı anlama sahip olduğunu çünkü hukuki ahlâkın, sosyal ve ekonomik şartlara uygun olarak toplum içinde varolması gerektirdiğini belirtmektedir. **Simitis**, *Gute Sitten und Ordre Public*, Marburg, 1969, sh.168 vd. Bu anlayışın Türk ve İsviçre hukukuna uygunluğu hakkında bkz. aşağıda § 5, II.

Alman Hukukunda, genel ahlâk kurallarını ifade etmek için iki farklı terim kullanılmaktadır: “*die Sittlichkeit*” ve “*gute Sitten*”. Bu iki kavram arasındaki farkları, ilk kez ortaya koyan, meseleyi özellikle dilbilim ve sesbilim bakımından incelemeyen *Jhrering* olmuştur. Yazara göre “*Sittlichkeit*” (*morale*), davranışlardan bağımsız olarak, geneldir ve mutlak bir kapsamı vardır. Oysa “*Sitte*” (*moeurs*) yer ve zaman bakımından toplumlar ile gruplara bağlı, sınırlı bir uygulama alanına sahiptir⁴⁹. İşte ortaya konulan bu farklılık, Alman doktrininde “*gute Sitten*” ifadesinin yorumu ve kapsamı hakkındaki tartışmaların da başlangıç noktası olmuştur.

Görüşlerden ilkinen⁵⁰ göre; “*gute Sitten*” teriminin yorumu yapılırken kelimelerin lafzından, yola çıkarak sonuca ulaşılmalıdır. Buna göre, her toplumda uygulanma sıklıkları sebebiyle normal ve olağan kabul edilen davranışlar, sosyolojik anlamdaki gelenekler (*usage*) vardır. O halde “boni mores”i karşılayan “*gute Sitten*”

⁴⁹ Öte yandan “*Sittlichkeit*” kavramına aykırı bir durum, “*Sitte*” (*moeurs*) ve dolayısıyla bu kuralların kapsamındaki geleneklere (*usage*), aykırı bir durum ile ilişki içinde olabilir. Ya da bu durumun aksine, bazı durumlarda “*Sitte*” ile gelenekler bazı durumlarda “*Sittlichkeit*” yani ahlâkîlik kavramına da yardımcı olmaya yarayabilir. **Jhering**, *Der Zweck im Recht*, II, sh.28,57,256; **Opréa** sh. 88 vd. Ahlâk kuralı (*morale*), genel ahlâk kuralı (*mœurs*), gelenek (*usage*) kavramlarıyla ilgili bkz. aşağıda § 1, IV, 4 ve yine § 3, I, B. Ayrıca bkz. **Simitis**, sh.12 vd; **Lehr**, *E: Traite Elémentaire de Droit Civil Germanique*, C. II, Paris, 1892.

⁵⁰ Doktrinde özellikle bu görüşü savunan ve açıkça Sosyolojik okul etkisindeki üç yazar bulunmaktadır. Bunlardan **Hölder**’e göre: “Eğer bir sözleşmenin varlığı, iyi geleneklere (bon usage) aykırı ise, genel ahlâka aykırıdır. Yani ahlâk kuralları (morale-Sittlichkeit) kapsamında bir aykırılık yetmez bunların uygulanan geleneklere de aykırı olması gerekir. O halde iyi geleneklerden, anlamamız gereken, toplu halde yaşam için önemli kabul edilenlerdir.” (**Hölder**, *Kommentar zum allgemeinen Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, München, 1900-1909, sh.304) **Leonhard**’a göre: “Sosyolojik anlamda gelenek (usage) kavramı, hukuk ve ahlâk (moral) ile olan ilişkisine göre incelenir. Alman Medenî Kanunu § 138’de iyi gelenekleri hedef alır ve bunlar ahlak kuralları (morale) ile aynı olabilir. Bu durumda sadece iyi geleneklerin varlığı genel ahlâka aykırılığı engellemez” (**Leonhard**, *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, sh. 375) Ve son olarak **Endemann**’a göre ise: “Detaylı ve objektif bir ahlâk kuralının eksikliği halinde, onun yerini alabilecek ve iyi geleneklere uygun olanların genel ahlâka uygun olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü kanun, ahlâk (moral) kurallarına değil, geleneklere göndermede bulunur zira sözleşmelerde genel ahlâk kurallarının içeriğini oluşturan da bu ortaya çıkan kullanımlarıdır” (**Endemann**, *Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches*, I-II, Berlin, 1905-1920, sh. 435) Yazarların görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Opréa** sh. 89-91.

ifadesinin aslında hayatın akışı içinde toplum tarafından benimsenen iyi gelenekleri (*bon usage*) ifade etmesi gerektiğinden; “*Sitten*” teriminin Kanundaki kullanımı isabetli değildir⁵¹. Ancak bu görüş taraftarı yazarlar, ahlâk kuralı kavramı ile ilişki kurmamaları ve değişkenlik gösteren geleneklerden hareketle, kamu düzenine ait bir hukuk kuralı yaratma çabaları sebebiyle eleştirilmişlerdir. Zira kanunların hem birey davranışları karşısında toplumun gelişiminin aynası olmak; hem de belli bir toplumda ve zamanda var olan ihtiyaçlara ya da zorunluluklara paralel olarak o davranışı günlük sosyal hayata uyarlama görevleri vardır.

İkinci görüşü savunan yazarlara göre ise⁵² Alman doktrinde “*gute Sitten*” terimi, yalnızca ahlâk kurallarını ve dolayısıyla bir yönüyle toplumdaki ideal ahlâkı ortaya koyar⁵³. Böylece genel ahlâk kavramının kapsamını “halk arasında fiilen tanınmış olan ve toplumdaki ahlâk anlayışına uygun” kurallar oluşturur. İşte bu noktada ahlâk kuralları ile, genel toplumsal hayat akışı içinde sıklıkla tekrarlanan

⁵¹ Eleştiriler hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Opréa** sh. 94 vd.

⁵² Bu yazarlardan, *Jacobi*’ye göre: “hakim pratik ahlâkı ve ülkesinde tanınan ahlâk kurallarını dikkate almalıdır”. (**Jacobi**, *Recht, Sitte und Sittlichkeit*, *Iherings Jahrbücher*, XLI, sh. 104) *Staudinger*’e göre: “kanun bu terim ile, etik olarak ahlâk kuralı ile tür ilişkisi bulunan geleneklere atıfta bulunmaz.” (**Staudinger**, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, I-II, München, 1925-1929, sh. 572) *Oertmann*’a göre: “ ‘Gute Sitten’ terimi, iyi geleneklerin (*bon usage*) önünde bir ifadedir. Aslında mesele “*Contra bonos mores*” teriminin kötü tercümesinden kaynaklanmaktadır. Burada her şeyden önce ahlâk kurallarına (*moral*) bir aykırılık bulunmak zorundadır” (**Oertmann**, *Kommentar zum BGB I-II*; 1927-1928 sh. 485.) *Enneccerus*, *Kipp* ve *Wolf*’un belirttikleri ortak görüşe göre ise: “Genel fikir, genel ahlâk kavramı ile hayat akışındaki gelenekleri (*usage*) anlamamak gerektiğidir. Ancak genel ahlâk ve Mahkemeler tarafından sürekli kullanılan bir terim olarak görgü duygusu (*convenance*), ahlâk duygusundan farklıdır.” (**Enneccerus/Kipp/Wolff**: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I-II, Marburg, 1928-1930, sh. 479). Yine aynı görüş taraftarı diğer yazarlar, **Kuhlenbeck**: *Von den Pandekten zum BGB*, II, Berlin, 1899; **Steinbach**, *J: Recht, Sitte und Sittlichkeit*, DJZ, 1899; **Lehr**, **E**: *Traite Elémentaire de Droit Civil Germanique*, C. II, Paris, 1892; **Vogel**, *Der Begriff des gegen die guten Sitten Verstossenden Rechtsgeschäfts nach*. Bu görüşler için bkz. **Opréa**, sh. 91 vd.

⁵³ **Opréa** sh. 88. Her ne kadar “iyi geleneklere aykırılığı” ifade etse de, “*gegen die guten Sitten*” tabirinin gelenekleri tamamen Roma Hukuku etkisi altındaki gelişimin bir sonucu olarak hukuk sistemine yerleşmiştir. Ancak Alman dili örf ve âdetler ile ahlâk kurallarını birbirinden ayırmaktadır. Bu ayırım *Bade*, *Saxe* gibi bazı eyaletlerdeki mahkeme kararlarında açıkça “*Sittlichkeit*” terimini kullanmasıyla da kendini göstermiştir (**Vogel**, **P**: *Der Begriff des gegen die guten Sitten Verstossenden Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1906, sh.18). Görüş hakkında detaylı bilgi ve gerekçeler için bkz. **Opréa**, sh. 100 vd.

sosyolojik anlamdaki gelenekleri (usage), birbirine karıştırmamak gerekir. Mesele dilbilim, Alman Medenî Kanununun ilgili hükümleri (§138, §817, §826) ve içtihatlar bakımından incelendiğinde de, ifadenin belli bir yerde ve zamanda uyulan asgari ahlâkiliği kapsadığı görüşü güçlenmektedir⁵⁴. Bu sebeple şu anda Alman doktrininde baskın olarak kabul edilen bu görüşe göre genel ahlâk kuralları (*gute Sitten*), doğru ve hakkaniyete uygun düşünen tüm insanların gözünde kabul edilir olan duyguları kapsar⁵⁵. Dolayısıyla kavram, toplum veya tarafların ait oldukları grup içinde tamamen baskın olan sosyal ahlâka bir tür göndermede bulunur.

Yukarıda bahsedilen bu iki görüş arasında bir uzlaşma sağlamak amacıyla ortaya atılan üçüncü görüş taraftarı yazarlara göre⁵⁶ ise, “*gutte sitten*” ile ifade edilmek istenen, aslında hem ahlâk kurallarını hem de gelenek ve âdetleri kapsayan

⁵⁴ Buna göre a) *Dil bilim bakımından*: Alman dili üzerinde Roma hukukunun etkisi büyüktür. Ulusal birlikten sonra dili sadeleştirme çabalarına rağmen, özellikle Latince terimlerin çevirileri muhafaza edilmiştir. Roma hukukunda hukuk, örf âdet ve ahlâk kavramları ayrı tutulsa da çoğu kez sınırları kesin hatlarla çizilememiştir. Mesela bir dönem *mores* kelimesi Roma’da örf ve adeti de kapsar olarak kullanılmıştır. Bu sebeple sorun, kesin hatları belirlenmeyen kavramların Latin toplumlarının hukuk diline geçmesinin bir sonucudur. Alman hukuku, alışkanlık ile ahlâk kuralını birbirinden ayırır. b) *İlgili kanun metinleri bakımından*: Madde metinleri (§138, §817, §826) incelendiğinde ve özellikle gabinli tüm sözleşmelerin ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olduklarını düzenleyen özel hükmün varlığıyla (§ 138 f.2), beraber genel ahlâk kurallarına uygun davranma konusunda genel bir uygulama kuralı ihtiyacı doğmaktadır. Ki bu genel kuralın sosyolojik anlamda geleneklere (usage) aykırılık oluşturmaması yetmeyecektir. c) Nihayet son olarak *mahkeme kararları* detaylı olarak incelendiğinde kavramın hukuk düzenin temel değerlerini içine alan ve sosyal ahlâka atıfta bulunan bir kimliğinin olduğu açıkça görülmektedir. Örneğin, Alman Federal mahkemenin 15 haziran 1906 tarihli kararı, RG, 63, sh.390, yine 26 Haziran 1922 tarihli kararı, RG, 105, sh.419 gibi. Konu ve kararlar hakkında bkz. **Opréa**, sh. 100-107. Yine BverfG, 7 Şubat 1990, ZIP 1990, sh: 573, 575; BGH 6 Aralık 1989, NJW, 1990 sh.911, **Pedamon** sh. 82 vd,

⁵⁵ **Pedamon**, sh. 82, **Weitz**, sh.218 vd; **Ferrand**, sh.249. Örnek olarak bkz. BGH 29.09.1977, BGHZ, 69 sh. 295,297; BGH 09.07.1953, BGHZ 10, 228,232. Ayrıca bu konularda bkz. **Kötz**, Die Ungünstigkeit von Verträgen wegen Gesetzes-rund Sittenwidrigkeit, RabelsZ 58 (1994), sh.209; **Mayer-Maly**, Was leisten die guten Sitten? Acp 194 (1994), sh.105 vd.

⁵⁶ Bu yazarlardan **Planck’a** göre, ideal ahlaklılığa değil, toplumdaki ahlâk kurallarına aykırılık olabilir. Yani ahlâk üzerindeki herhangi bir anlayışa değil, ortak toplum bilincine gönderme yapılmalıdır. (**Planck**, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin, 1897-1900, sh. 190.) **Dick’e** göre: “Genel ahlâka aykırı olan sözleşmeler, Alman toplum hayatında ve hak ve nesafetle düşünen herkesçe tutarlı kabul edilen ve toplum menfaatlerini ihlali sonucunu doğurarak zarar veren ahlak kurallarına aykırıdır.” (**Dick**, Der Verstoß gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis, XXXVIII, sh.105). Ayrıca aynı görüş taraftarı diğer yazarlar için bkz. **M. Saleilles**, De la Déclaration de Volonté, Paris, 1901 **Busch**, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin, 1929; **Opréa**, sh. 92 vd.

genel bir ifadedir. Buna göre teorik olarak bir sistem yaratmak yerine toplum vicdanı içinde varolan ahlâk kuralları benimsenmelidir. Böylece ilk görüşten farklı olarak, yerine getirilmesi gereken fiilleri, gelenekler (*usage*) içinde değil, toplumun ortak bilincinde (vicdanında) ararlar ve ikinci görüş taraftarlarının ortaya attığı ideal ahlaki benimsemezler⁵⁷. Bu yazarlar “görüşlerinin genel bir ilke biçimine kavuşamaması ve karışık olması gerekçeleriyle” eleştirilmektedirler. Zira, hakimin geleneklere (*usages*) göre değil, ahlâk kurallarının kapsadığı kamuoyu görüşüne göre karar vermek mecburiyetinde olduğunu söylemek, bu anlayıştan istenen ve genel ahlâk kurallarından beklenen objektifliği ortadan kaldıracaktır⁵⁸.

Alman hukukunda, genel ahlâka aykırılığın sözleşmeler üzerindeki etkisi iki hüküm ile düzenlenir. Bunlardan ilki, genel ahlâka aykırı sözleşmelerin batıl olduğunu hükme bağlayan BGB § 138; diğeri ise, genel ahlâka aykırı bir sonuç elde etmek amacıyla verilenlerin iadesi düzenleyen BGB § 817’dir⁵⁹.

4) İsviçre Hukuku

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu öncesinde “genel ahlâk kurallarıyla” ilgili iki farklı hukuk sisteminin etkisi görülmekteydi. Buna göre, tamamen Fransız

⁵⁷ **Opréa**, sh. 93.

⁵⁸ Zira böyle bir durum, artık başkaları tarafından hissedilen duygulara, inançlara yani tali bir takım unsurlara göre yol gösterecektir. Soyutlama yöntemi ile uygulanacak kurallarda, farklı olayların izlerinin ve değerlendirmelerinin kullanılması ile beraber artık objektiflik söz konusu olamayacaktır. Eleştiriler hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Opréa** sh. 95 vd.

⁵⁹ Genel ahlâka aykırılığın sözleşme özgürlüğünün bir sınırı ve sonucu olmasının yanı sıra; ahlâk kuralı kavramı, “ahlâka aykırı fiiller ile verilen zararlardan doğan sorumluluğu” düzenleyen BGB § 826’da olduğu gibi, Alman Hukuk sistemi içinde daha farklı düzenlemeler ile de karşımıza çıkmaktadır Örn: Alman Anayasası (*Grundgesetz*) m.2; Medenî Kanunun Yabancılar Uygulanması Hakkında Tatbikat Kanunu (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*); Haksız Rekabete Kanunu (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) m.1. Daha detaylı bilgi ve metinler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 34.

Medenî Kanununun tesiri altında gelişme gösteren Fransız kantonlarında, CCF.m.6'da olduğu gibi⁶⁰; kanunun genel uygulanmasıyla ilgili genel ahlâk kurallarına göndermede bulunulmakta ve “genel ahlâka aykırı sebep içeren sözleşmelerin batıl oldukları” hükme bağlanmaktaydı. Buna karşılık büyük Alman kanunlaştırmaları etkisinde gelişme gösteren Alman kantonlarında ise, bu tür bir genel hüküm içermeden “genel ahlâka aykırılık sadece sözleşmenin konusuyla⁶¹” sınırlanmakta idi.

Ardından, Kantonlardaki bu düzenlemeler temel alınarak oluşturulan, 1881 tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanunu m.17'de⁶² “sözleşmenin konusu imkansız, hukuka aykırı veya genel ahlâka aykırı bir şey olamaz” hükmü getirildi; ancak kanunda bu tür sözleşmelerin hangi yaptırımlara tabi olacakları belirtilmemekteydi⁶³.

Borçlar Kanununda 1911 yılında yapılan değişiklikle hem söz konusu madde CO.m.20

⁶⁰ Kanunun uygulanmasında CCF.m.6 ve m.1131 hükümlerine paralel genel ahlâk kurallarına atıf yapan kanunlara örnek olarak Cenevre, Vaudois, Valaisan, Tessinois Medenî Kanunları verilebilir. Buna karşılık Fribourg ve Neuchatel Kantonları CCF.m.6 hükmüne kanun metinlerinde yer vermemişlerdir. Ayrıca bu genel düzenlemeler dışında özel olarak genel ahlâka aykırılığı hükmüne bağlayan maddeler de kanunlarda yer almakta idi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 28.

⁶¹ Sözleşmenin konusunda genel ahlâka aykırılığı düzenleyen hükümler; Zürih MK. § 955; Grisons MK, §320, Schaffhouse MK § 888 ve Argovie MK § 627. Sözleşmelerin sebebindeki genel ahlâk kurallarına aykırılık sistemini benimsemeyen Alman kantonlarında genel ahlâk kuralları her zaman kesin olarak açıklanmamıştır, çünkü aykırılıklar bazen hukuka aykırılığı da kapsar; örn: Bernois MK. § 684 veya Lucernois MK § 527 olduğu gibi. Ayrıca genel ahlâk kurallarına aykırılık; bazı kanunlarda uygulama halleri sayılarak belirtilmiştir: Kumar ve bahis, sigorta, ömür boyu satım veya hayattaki kişinin miras satım sözleşmeleri alanları gibi örn: Bernois MK.m.685; Lucernois MK. § 528. Ayrıntılı bilgi ve kanun metinleri için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 28.

⁶² 1881 tarihli Eski CO.m.17 ve bu kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Reichard**, Etude sur Les Contrats Immoraux; Lausanne, 1914, sh.51 vd. Ayrıca CO.m.17 hükmü hakkında bkz. aşağıda § 5, III.

⁶³ İçtihatlar, bu boşluğu daha başından itibaren, herhangi bir durumla ahlâk kurallarını ihlal eden sözleşmelerin tamamını butlan yaptırımına tabi tutarak doldurdular. Mahkemeler kararlarında, her zaman Roma hukuku ve Avrupa kanunlaştırmalarında, “ahlâk kuralının” üst bir kural olduğunu, hukuk düzeni ile ayrılmaz olduğunu ve bu kuralın ihlalden geçen tüm sözleşmelerin kabul edilemez olduğunu göz önünde bulundurdular. Örn: ATF 10/1884, sh.566; ATF 15/1889 sh.415; ATF 18/1892 sh 328; ATF 19/1893 sh. 381; ATF 25/1899 II 877; ATF 29/1903 II 126; ATF 30/1904 II 417; ATF 34/1908 II 686 **Zufferey-Werro**, sh. 49.

şekline kavuştu⁶⁴; hem de günümüz CO. m.19'u karşılayan bir hüküm içermeyen 1881 tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanunun eksikliği tamamlanarak⁶⁵ sözleşme özgürlüğü kuralı açıkça hükme bağladı.

Genel ahlâk kurallarıyla ilgili İsviçre Borçlar Kanunu ve Medenî Kanununda terim birliği bulunmadığından, bazı maddelerde “*gute Sitten ve bonnes moeurs*”, bazılarında ise “*unsittlich ve immoral*” ifadeleri kullanılmaktadır⁶⁶. Kanunların Almanca ve Fransızca metinleri arasında da yer alan bu farklılıklar⁶⁷ sebebiyle İsviçre doktrininde genel ahlâk kurallarının (*moeurs-Sitten*) ortak bir tanımı yapılamamaktadır⁶⁸.

⁶⁴ Önce, 1905 yılındaki tasarinın 1034 üncü maddesinde, ardından da 1909 tasarısının 1035 inci maddesinde bazı ufak değişikliklerle metne alınan hüküm, konusu imkansız, hukuka veya genel ahlâka aykırı sözleşmelerin batıl olacağının belirtilmesi ve maddeye kısmi butlanla ilgili ikinci fıkranın eklenmesinin ardından, madde numaralarının tekrar düzenlenmesiyle günümüz CO.m.20 hükmü halini almış ve bir daha düzeltilmemiştir. Bu aşamalar ve tasarılar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 50 vd. Kanunun Almanca metninden daha açık şekilde anlaşıldığı üzere; İsviçre’de genel ahlâka aykırılık sözleşmenin konusuyla ilgili olarak vurgulanmaktadır. Bu durum, CO. m.20 metninin sadece içerikleri genel ahlâka aykırı olan sözleşmelere değil, amaçları genel ahlâka aykırı olan sözleşmelere de uygulanabilir olması sonucunu doğurmaktadır. Zaten genel ahlâka aykırı sözleşmeler herhangi bir görünüm ile ortaya çıkabilirler. Bu bazen konuları bazen ise amaçlarıdır. **Aubert**, sh.12. (§ 6 ve § 7)

⁶⁵ Sözleşmenin konusuyla ilgili sorunların hangi ölçülerde kanunu rahatsız edeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için (CO.m.19’a dönüşen) 1905 tasarısının 1035 inci maddesi “kanuna karşı gelen sözleşmeler” açıklamasını taşımakta idi. Ardından 1 ocak 1912’den itibaren özel hukuk alanında Federal kanunların düzenlenmesiyle, önceden kantonlarda varolan bütün kanun metinlerinin yorumlanması ihtiyacı doğdu. Böylece emredici ve tamamlayıcı kuralları ayırmaya yarayan kantonlara ait hükümler ortadan kaldırılarak, aynı rolü yerine getirecek bir Federal kural yaratıldı. **Zufferey-Werro**, sh. 62 vd.

⁶⁶ Örneğin; CO.m.19, m.20, m.41/II, m.230, m.326’de “*gute Sitten ve bonnes moeurs*” terimlerini kullanan kanun koyucu; CO.m.66, m.157, m.163 hükümlerinde “*unsittlich ve immoral*” terimleri kullandığı görülmektedir.

⁶⁷ Örneğin, kanun koyucu İsviçre Medenî Kanunu 52/III üncü; 57/III üncü, 78 inci ve 88 inci maddelerinin Almanca metinlerinde “*boni mores*” karşılığı olan “*gute sitten*” terimi yerine, gayri ahlâkılık karşılığı olan “*unsittlich*” terimini kullanılırken; aynı kanun maddelerinin Fransızca metinlerde ise tamamen farklı olarak “*moeurs*” ifadesini kullanmıştır.

⁶⁸ Bu konuda özel olarak bkz. **Mayer-Mal**, Die guten Sitten als Massstab des Rechts, JUS 1986, sh.596 vd. Ayrıca İsviçre Federal mahkemesinin bu konudaki içtihat ve doktrin görüşlerini ortaya koyduğu ATF II 295 vd; JdT 1986 I 445 2 ve ATF II 337, JdT 1986 I 165. Ayrıca kavram hakkında **Kramer**, Berner Kommentar, art.19-20, n.168 vd.

Klasik doktrine göre genel ahlâk kuralları, belli bir yerde ve belli bir zamanda uyulan asgari ahlakiliği ifade eder. Bunlar hakim tarafından belirlenmesi gereken standart asgari ahlâk kurallarıdır⁶⁹. Bu görüşe göre hakim sahip olduğu dünya görüşünden sıyrılarak ahlâk kurallarının koruyucusu ve toplumun öğreticisi gibi bir görev üstlenecektir. Günlük hayattaki uygulamaların, durumların ve olayların genel ahlâka aykırılığına ancak bu şekilde hükmedilebilir⁷⁰. Sosyolojik görüşe yakın yazarlara göre ise; genel ahlâk kuralları (*bonnes moeurs, Gute Sitten*), bir toplumda ya da başka bir yapılanmada (örneğin bir grupta) genel olarak tanınmış ve benimsenmiş ahlâk kuralları (*morale, Sittlichkeit*) ile o topluluğa ait alışkanlıkların bütünüdür⁷¹.

Öte yandan, *Zufferey-Werro* bu iki düşüncenin birleşiminden oluşan karma bir görüşü ortaya atar. Yazara göre, genel ahlâk kuralları kavramının anlamı; hakim önünde bulunan ve iki adımla aşabileceği bir meseledir. Buna göre, öncelikle objektif veriler ışığı altında, sözleşmenin içinde kurulduğu toplum tarafından tanınan ve benimsenen töreler sosyolojik bir temelde araştırılır. İkinci basamakta ise, bunlar arasından, hukuk düzeni tarafından korunmaları beklenen ve ahlâk kuralları ışığı altında iyi olanlar seçilir. Böylece, bu iki aşamalı oluşum, hakime farklı hukuk dışı

⁶⁹ Fransız hukukundaki ampirik eğilimin yansıması olan bu görüş taraftarı yazarlar; **Von Tuhr/Peter**; sh.256; **Engel**; sh.49 vd; **E.Bucher**, N.272, art 27 CC; **Guillod/Steffen**, (Commantaire Romand), N.62, art 19-20; Diğer yazarlar ve görüş hakkında bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 95 vd; **Thévenaz**, sh.89 vd.

⁷⁰ **Thévenaz**, sh.89. Hakim bu kuralları uygularken kişisel ve iç dünyaya dönük, hiçbir sosyal yaptırımı olmayan, ancak, “*dürüstlük prensibini*” içeren davranış kurallarına yönelik bir hakka sahip olarak meseleyi çözecektir

⁷¹ Fransız hukukundaki idealist eğilime yakın olan yazarlar ve görüşleri hakkında bkz. **A.Bucher**, sh.120; **Gillieron**, RDS 1979 I 252; **Zufferey-Werro**, sh. 92 vd; **Thévenaz**, sh.89 vd.

değerlerden hareketle hukuki ve tek bir genel ahlâk kuralı kavramı geliştirme imkanı tanımaktadır⁷².

İsviçre’de Federal mahkemenin kararlarında benimsediği ve baskın olarak kabul edilen görüş klasik görüştür⁷³. Öte yandan Yüksek mahkeme, İsviçre Borçlar Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, kanunun “*bonnes moeurs*” veya “*moeurs*”e atıfta bulunduğu durumlar için bu iki kavramın da eş anlamlı olduğu ve aynı kavram olarak kabul edilmeleri gerektiğini benimsemektedir⁷⁴. Bu anlamda, genel ahlâk kuralları (*bonnes mœurs*) kavramını oluşturan, belli bir zamanda “dürüst ve makul” kişilerin *ortak görüşür (opinion moyenne)*⁷⁵.

İsviçre Borçlar hukukunda genel ahlâka aykırılığın sözleşmeler üzerindeki etkisi CO’nun 19 uncu ve 20 inci maddelerinde; genel ahlâka aykırı sonuç elde

⁷² Yazarın görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.96 vd. Ayrıca kavramlar hakkında bkz. aşağıda § 3, I, B.

⁷³ İsviçre Federal mahkemesi genel ahlâka aykırı sözleşmeleri, toplumdaki baskın ahlâk değerlerine aykırı olan sözleşmeler olarak tanımlamaktadır. Yani, bir yandan ahlâk ilkeleri diğer yandan da toplumsal değerlere aykırı olan sözleşmeler söz konusudur ATF 115 II 232, 235 = JdT 1990 I 66 Bu anlamda, bazı yazarlara göre, aslında genel ahlâk kuralı kavramında, ahlâk kurallarının bir yan anlamı bulunmaktadır. **Guillod/Steffen**, sh.134. Aksi görüş **Zufferey-Werro**, sh.81.

⁷⁴ İsviçre doktrininde, kanun metinleri arasındaki bu farklar göz önünde bulundurularak, “*moeurs*” teriminin kullanılmış olmasına özel bir anlam verilmemektedir. **Simonius**, Fransızca metindeki “*moeurs*” teriminin “*bonnes moeurs*” anlamında olduğunu, Almanca metindeki “*gute sitten*”, İtalyanca metindeki “*buoni costumi*” denilmesinin de bunu gösterdiğini ileri sürmektedir. **Simonius**, sh.797 vd Yine kanun metinlerinde farklı kavramlar yer almasının doktrin ve uygulamada önemli olmadığı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Deschenaux/Steinauer**; sh.93; **A.Bucher**, sh.120; **Thévenaz**, sh.89 vd. Ayrıca, **Hatemi**, s.67. Aksi görüş için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.81 vd. Yazar, bu iki kavramın eş anlamlı kullanılmadığını, terimlerin bölünemeyeceğini ve bu terimi ayrı bir kavram gibi belirlemek gerektiğini savunmaktadır. Bu anlamda “*mœurs*” ile ifade edilmek istenen, günlük hayattaki kullanımından farklı olarak, bir toplumdaki özel alışkanlıkların tümüdür. Sosyal olayların objektif olarak meydana çıkışını temel alan sosyolojik bir kavramdır ve iyiye yada kötüye göndermede bulunmaz. Buna karşılık “*bonnes moeurs*” ile ifade edilmek istenen, sosyolojiden ve ahlakilikten ortaya çıkan ve hukukun taraf iradeleriyle rahatsız edilmesine izin vermemek için hukuk üstü değerlere yaptığı atıftır. Başka bir deyişle göndermede bulunulan bu hukuk üstü değerleri, sosyolojik olarak belirlemeye yarayan, sözleşme özgürlüğünün sınırı niteliğindeki genel bir hükümdür.

⁷⁵ **Engel**, sh. 283. Böylelikle genel ahlâk kurallarındaki sınır çok yüksek seviyelere çıkartılmamaktadır. ATF 109 II 15 = JdT 1983 I 601. Engel bu anlamda genel ahlâk kurallarının, toplum yapısına uygun tüm öğelerin birleşiminden oluşan; belli bir yerde ve zamanda sosyal hayat akışı içinde gözlemlenerek asgari ahlâk dengesini kuran temel kurallar olduğunu söylemektedir.

etmek amacıyla verilenlerin iadesi 66 ıncı maddesinde ve şu anda İsviçre’de güncel olarak tasarı çalışmalarını kapsamında değışikliğı tartışılan⁷⁶ sorumluluk hukuku alanındaki etkisiye 41 inci maddede hükme bağlanmaktadır⁷⁷.

B) Türk Hukuku

Hukuk sistemimizde genel ahlâka aykırılığın sözleşmeler üzerindeki etkilerini, 1926 yılında kabul edilen Türk Borçlar Kanunundan önce ve sonraki düzenlemelere göre ikiye ayırarak incelemek gerekir. Buna göre, özel hukuktan doğan borç ilişkilerinin İslam hukuku esaslarına göre düzenlendiğı 1926 yılı öncesinde, hukuka aykırılık dışında ayrıca bir (genel) ahlâka aykırılık kavramı söz konusu değildi. Gerek hukukun gerekse ahlâkın tek ve ilahî bir kaynağı bulunduğundan, Mecelle döneminde hukuka veya (genel) ahlâka aykırı sözleşme ayırımına gitmeye de ihtiyaç yoktu⁷⁸. Zira, İslam hukukunu esas alan toplumlarda,

⁷⁶ İsviçre Borçlar Kanunu ve ilgili kanunların Sorumluluk Hukuku (*Responsabilité Civile*) alanı ile ilgili bölümünü kapsayan Widmer-Wessner tasarı çalışmasında genel ahlâka aykırı davranışlarla kasıtlı olarak bir başkasına verilen zararların tazminiyle ilgili olan bu hüküm, tasarıda yer almamaktadır. Hükümün tasarı çalışmalarındaki karşılığı olan 46 ıncı maddesinde, kişilerin davranışlarının, *emredici bir hükme, hukuk düzeninin bir yasağına, dürüstlük kurallarına ya da sözleşmeden doğan bir ödevde aykırılık taşıması* halinde, hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. aşağıda; §5, VII. Ayrıca Öntasarı ve gerekçeleri hakkında bkz. **Widmer-Wessner**: “*Révision et Unification Du Droit De La Responsabilité Civile, Rapport Explicatif, art. 42 AP, 2000, sh.62 vd*; Yine tartışmalar için bkz. *Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la révision et unification du droit de la responsabilité civile, 2004, sh. 83 vd*. Ayrıca İsviçre’deki Berne, Fribourg, Geneve, Lausanne ve Neuchatel Üniversitelerinin ortak çalışması sonucu çıkarılan bu reform çalışmasıyla ilgili detaylı makalelere ulaşmak için bkz. **Foex-Werro**: *La réforme du droit de la Responsabilité Civile, 2004*.

⁷⁷ Bu hükümler dışında başta kişiliğın korunmasıyla ilgili CC.m.27 hükmü olmak üzere özel hukuku alanında pek çok farklı düzenlemede yine ahlâk kurallarına atıfta bulunmaktadır. Örneğın: CO.m.163/f.2; m.230/f.2; m.420/f.2; CC.m.28/f.2; m.52/f.3; m.57/f.3; m.78; m.88/f.2; m.482/f.1; m.519/f.1; m.521/f.2 gibi.

⁷⁸ Çünkü ahlâka aykırılık ile hukuka aykırılık aynı kaynaktan gelen kurallar bütününe yani Şeriat’e aykırılık (gayrimeşruluk) olarak birbiriyle örtüşen iki kavramdı. **Hatemi**, sh. 68 vd. Öte yandan belirtmek gerekir ki; 1869-1876 tarihleri arasında yedi yılda tamamlanan Mecelle-i Ahkamı Adliyye’de, medenî hukuk ilişkilerinin tümü düzenlenmemekte, özellikle aile hukuku ve miras hukuku ilişkileri Mecelle dışında bırakılmaktaydı. **Velidedeoğlu**, C.I, sh.64-67

(genel) ahlâk kurallarına uygunluk, aslında daha genel ve üst bir kavram olarak İslam dinine uygun bütün davranış tarzlarını ifade etmektedir⁷⁹.

“Genel ahlâk kurallarına aykırılık” kavramının özel hukuk ilişkileri içindeki ilk görüntüsü, Batı kanunlaştırmalarının tesiriyle hukuk ikiliğinin yaşandığı Tanzimat döneminden sonra olmuştur⁸⁰. Bu ikili hukuk sistemi ve Mecellenin artık değişen hayat şartları ile ekonomik ilişkileri karşılamadaki yetersizliği, Osmanlı döneminde kendini göstermeye başlamış; o kadar ki, Birinci Dünya Savaşı sırasında Borçlar Kanunu hazırlamak üzere komisyonlar dahi kurulmuştur⁸¹.

Ancak, milli ve yenilikçi bir kanunun şekillenmesi Cumhuriyet döneminde sonuç vermiş böylece, Mecelle hükümlerini yürürlükten kaldıran Tatbikat Kanunu (m.43) ve İsviçre Hukukundan iktibasla alınan 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 743 sayılı Türk Medenî Kanunu 4 Ekim 1926’da yürürlüğe girmiştir. Bugün ise, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Yeni Türk Medenî Kanunu ve halen değişikliği gündemde olan 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri yürürlükte bulunmaktadır.

⁷⁹ İslam dinine uygun bir tarzda hareket eden kişiye “adil” veya “mürüvvetli” bir kişi denirdi ki, mecelle bu kişileri, iyilikleri kötülüklerden üstün olan kimse olarak tanımlardı. ‘Mürüvvet insanı iyiliğe sevk eden, nefis terbiyesidir ki insan kadrini düşürücü şeylerden kaçınmalıdır.’ Yine Mecelle’de yapılması insan değerini küçülten davranış ve mesleklerin bazıları sayılmıştır. Mesela rakkas eden (dans edip oynayanlar), maskaralar (halka bir alay konusu olan insanlar), türkücü, tufeyli (dalkavuk), hokkabaz, gibi. Yine haram yemek, yalancılıkla tanınmak, uygunsuz kıyafetle dolaşmak, insan ve hayvanlara küfretmek. **Sevig**, sh.610-611. Ahlâkın ehliyetlere dahi temel olmasının kaynağı buradan gelmektedir. Günümüz Medenî Kanununda ve Borçlar Kanununda bu etkiyi taşıyan hükümler bulunmaktadır. Mesela MK.m.510’da mirasçılıktan çıkarma, BK.m.244 göre bağışlamadan dönme gibi.

⁸⁰ Örneğin, Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu m.1’de “adab ve intizam-ı umumiye”; m.64’de ise “adab-ı umumiyyeye mugayir” terimleri kullanılmaktadır.

⁸¹ **Saymen/Elbir**; sh.19; **Feyzioğlu**, sh.7.

Gerek kamu hukuku gerek özel hukuk alanında pek çok kanunda yer bulan ahlâk kavramının ifadesi üzerinde, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi terim birliği bulunmamakta; hatta zaman zaman aynı kanun metinleri içinde dahi farklılıklar görülmektedir. Örneğin, BK’nun 19 uncu, 20 inci, 65 inci maddelerinde “ahlâk (adab)” terimleri bir arada kullanılırken; Kanunun 344 üncü maddesinde, ahlâktan hiç söz edilmeyerek tek başına “adap” kavramı kullanılmaktadır.

İsviçre’de Kanunun Almanca ve Fransızca metinlerden kaynaklanan farklılığın, bize yansıma sebebi ise, İsviçre Borçlar Kanununun Türkçe’ye tercümesi sırasında kavramın (*contraire aux bonnes mœurs*) çevirisinin ne şekilde yapılması gerektiği hususunda görüş birliğine varılamamış olmasıdır. Çalışmalar sırasında “umumi ahlâka mugayir” ve “adaba mugayir” terimlerinden hangisinin kullanılacağı belirlenemeyince tercih yasama organına bırakılmak istenmiş ve tasarı her iki kavramda yan yana yazılarak Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sevk edilmiştir. Ancak, Meclis, madde metinleri üzerinde tartışma yapmadan, tasarıyı bütün olarak oylamak suretiyle kabul ettiğinden, iki kavram da kanun metninde yer almıştır⁸². Buna karşılık, 4721 sayılı Yeni Türk Medenî Kanunda yapılan değişiklikler ile Medenî Kanunun eski metnindeki bu uyumsuzluk sona erdirilmiş⁸³ ve aslında genel ahlâk kurallarını ifade eder biçimde “ahlâka aykırılık” kavramı ile metin içinde terim birliği sağlanmıştır. Aynı düzenleme Yeni Borçlar Kanunu tasarısında da

⁸² **Öktem**, İ: Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması, İzBD, 1937, S.1-9, sh.94 vd.

⁸³ Örneğin; EMK.m.23/II (MK.m.23/II); EMK.m.50/son (MK.m.54/son), EMK.m.462/II (MK.m.515/II) ve EMK.m.501 (MK.m.559)’da “*adab-ı umumiye*” terimi kullanılırken, EMK.m.45/II (MK.m. 47/II), EMK.m.499/III (MK.m.557)’de ise “*ahlâk*” terimi kullanılmaktaydı.

bulunmaktadır⁸⁴. Buna karşılık aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, aslında ifade edilmek istenilen aynı kavram olmasına rağmen, Türk hukukunda farklı mevzuat metinlerinde “ahlâka aykırılık” ve “genel ahlâka aykırılık” ifadeleri ayrı ayrı kullanılmaktadır⁸⁵. (§ 3, I ve II) Ancak ahlâk kuralları kavramının daha geniş olan anlamı ve hukuk sisteminde terim birliği sağlamak adına biz “*genel ahlâk kuralları*” ifadesinin kullanılmasını daha doğru bulmaktayız. (§ 3, I, B) Kaldı ki böylece kanun koyucunun ifade etmek istediği “genel ahlâkın” içeriğini oluşturan kurallar ile, kapsadığı hukuki menfaatlerin tespitinin de daha doğru ve kolay olacağı düşüncesindeyiz. (§ 3, II, B, 2 ve § 4, II)

⁸⁴ Yeni Türk Borçlar Kanunu tasarının 26 ncı maddesi yürürlükteki BK.nun 19 uncu maddesini karşılayacak şekilde şu biçimde ifade edilmektedir: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” Tasarıda yer alan hüküm 19 uncu maddenin ikinci fıkrasını metinden çıkartmaktadır. Gerekçede, söz konusu fıkranın birinci fıkrada yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını açıklamaktan ibaret olması sebebiyle gereksiz görülerek metne alınmadığı belirtilmektedir. Tasarının 27 inci maddesinin ilgili ilk fıkrası ise: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler batıldır...” şeklinde kaleme alınmaktadır.

⁸⁵ Örnek olarak bkz. Anayasa’nın 24, 28, 135, 141 inci maddeleri; MK’nun 23, 47, 54, 56, 89, 101, 182, 340, 515, 557 inci maddeleri; BK’nun 19, 20, 65, 155, 161, 226, 319 uncu maddeleri; TTK’nun 57 inci ve 1277 inci maddeleri; İşK’nun 24, 25, 26, 71 inci maddeleri; TCK’nun 54 üncü maddesi ile yedinci bölüm başlığı altında genel ahlâka aykırı suçlar (m.225- m.229); İYUK’nun 18 inci maddesi; HUMK. m. 149; CMUK, m. 182, m.187; DernK’nun 3 üncü maddesi; BsnK’nun 3 üncü maddesi; TKHK’nun 16 ncı maddesi gibi.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK İLE

İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§ 2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI KAVRAMI

I- Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı

Temelini tabi hukuk doktrininden alan *özgürlük* kavramı, aslında yüzyıllardır felsefi, toplumsal, siyasal ve hukuksal olarak anlamını bulmaya çalışan bir ifade ya da tabi hukukçuların deyimiyle etik bir varsayımdır⁸⁶. Bugün her ne kadar düşünsel tartışmalar özgürlüğü, tam ve kesin olarak açıklama imkanı yaratamamaları da⁸⁷, kavram genel olarak iki anlamda kullanılır. Buna göre, olumlu anlamda özgürlük, belirli bir emrin, baskının, engelin ya da kuralın yokluğunu yani “bağımsızlığı”;

⁸⁶ “Tabi hukukçulara göre, özgürlük, temelinde etik bir varsayımdır ve Rousseau’nun da Toplumsal Sözleşme adlı eserinde belirttiği gibi, eşitlikle beraber, tabiatın temel özelliklerinden biridir. Çünkü insan hürdür. Bu doğrultuda, özgürlük, sosyal düzenden ilham alan bir ödev şeklinde kabul edilen, tabiat kanunlarının parçasını oluşturur. Ancak, özgürlük aynı zamanda, onun için savaşılmaması da gereken somut bir değerdir. Özgürlük burada artık, stoacılar da olduğu gibi, içsel (deruni) veya ahlâki bir özgürlük değil; bağımsızlık içinde, bir benzerinin veya bir iktidarın egemenliği altına girmeden yaşamak hakkıdır. Bununla birlikte özgürlük, sınırsız olmayacaktır. Bu nedenle, diğerlerine saygılı olmak, başkalarına zarar vermemek adına, “özgürlük sorumluluğundan” bahsedilmekte ve ortak toplumsal menfaatlerin devamı için özgürlükler gerekli özverilerle sınırlanmaktadır. (örn: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m.4) Zira özgürlük, her şeyden önce, dahil olunan toplumunki değil, insanınkidir.” **Thèvenaz**, sh. 45. Bu konuda bkz. **Auer**, Der Mensch und das Recht, in Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Bad Homburg vor der Höhe 1966, sh.475 vd; **Cassani/Treverso**, Liberté et droit naturel dans l’œuvre de John Locke, Fribourg, 1993, sh.14 vd. Bu noktada **Rousseau**’un özgürlük görüşünü de kısaca anımsamak gereklidir: Toplumsal sözleşme adlı eserinde insanın özgür olduğunu ifade eden Rousseau (ki burada bahsedilen o dönem kölelik var olduğundan bağımsızlık anlamındaki bir özgürlük, yani olumlu anlamda bir özgürlüktür) her bireyin sözleşme ile topluma girerken tabi özgürlüğünü yitirdiğini ancak medenî özgürlük (yani hürriyet-erkinlik) kazandığını ve kişinin irade yönünden özgür olduğunu belirtmektedir. Rousseau’ya göre hiç olmazsa irade konusunda indeterminizm vardır. Bu konuda bkz. **Hirş**, sh.135.

⁸⁷ Bu anlamda, **Montesquieu**’un “hiçbir kelime yoktur ki, özgürlük kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli biçimlerde yansımış olsun” şeklindeki ifadesi gerçekten kavramın tam, kesin ve net bir tanımını vermenin ne kadar zor olduğunu ortaya koyan güzel bir örnektir. **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, 1972, sh.3; **Mumcu**, (İnsan Hakları), sh.15.

olumsuz anlamda özgürlük ise bireyin davranışlarını kendi kişisel iradesiyle belirleyebilmesini yani “seçebilme iktidarını” ifade eder⁸⁸. İşte bu ikinci anlamıyla, özgürlük iradeye bağlıdır ve buradaki irade topluma ait genel bir irade değil bireyin kendi kişisel iradesidir. Ancak unutmamak gerekir ki, onu seçimlerine ve ortaya koyacağı davranışlarına yönlendiren iradesi; her zaman duygularının ve bilinçli yada bilinçsiz hareketlerinin etkisi altında kalmaya mahkumdur. Zaten genel ahlâk kurallarını, tıpkı hukuk kuralları gibi birey iradesinin bir nedeni yapan da bu olmuştur⁸⁹.

Buna göre, özgürlüğe sahip olan her bireyin hukuki ve bilhassa borç ilişkilerini, dilediği gibi düzenleyebilmesini ifade eden irade özgürlüğü⁹⁰ üç temel ayak üzerinde durur. Bu ayaklardan ilki ekonomiktir. Kapsamı geniş ya da dar, her hukuk düzeninde irade özgürlüğü kabul edilmekle beraber; özellikle, serbest piyasa ekonomisinin hakim olduğu liberal hukuk düzenlerinde kural geniş yer bulmaktadır.

⁸⁸ Olumlu anlamda özgürlük kavramı kişinin fiziksel, manevi yada toplumsal bazı etki ve baskılardan kurtulmasını ifade eder. Ancak bu durumda tam anlamıyla bir yokluk mümkün değildir. Çünkü her insan, insan olması sıfatıyla az çok bu tür baskılar altındadır. O halde olumlu anlamda özgürlükleri göreceli, yani kişinin hangi etkilerden kurtulduğu sorusuna verilen yanıt olarak algılamak gereklidir. Olumsuz anlamda özgürlük ise, seçiminin kişinin kendi iradesine bağlı tutulmasıdır. Nietzsche’nin ifadesi ile, bireyin kendi hareketlerini, kendi iradesiyle seçtiği tarzda yapabilmesi gerçek özgürlüktür. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hırş**, sh.129 vd.

⁸⁹ Öte yandan yine akılda tutmak gerekir ki, her ne kadar hukuki açıdan mutlak bir özgürlükten söz etmek mümkün değilse de; özgürlüklerin birey açısından somutlaşması her zaman toplum düzeniyle ilgili bir meseledir. Bu sebeple özgürlük sadece hukuksal değil aynı zamanda siyasal bir kavramdır. Bu konuda ayrıca bkz. **Mumcu**, (İnsan Hakları), sh.16 vd.

⁹⁰ İrade özgürlüğü (özerkliği) kelimesi fransızca’da “*autonomie (de la volonté)*” sözcüğü ile ifade edilmektedir. Terimin latince kökeni ise, *autos* (kendisi tarafından, kendisinden) ve *nomos* (kanun) kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Buna göre “*Kendi kanunları ile yönetilen kişi özgür (özerk yani autonom) kabul edilir.*” **Cabrilac/Frison-Roche/Revet**, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2003, eserin içinde ; **Mathieu-Izorche** ; *La liberté Contractuelle*, sh.605, dipn.3. Engel ise irade özerkliğini şu şekilde tanımlamaktadır : «*Kavram, bireyin kendi davranışlarının sınırlarını yine kendi kendine bulmasını ifade eder.*» **Engel**, sh.94.

Zira liberal hukuk düzenlerinde kanun koyucu kişilere hareket edebilecekleri pek çok alan bırakır ki sözleşme özgürlüğü de bu alanlardan biridir⁹¹.

Özgürlüğün iki ayağı ise ahlâki ve felsefî temellere dayanır⁹². Çünkü, bireyler sözleşmeleri kendi özgür iradeleri ile ortaya koyarlar. Bu sebeple tarafların iradelerine uygun olan bu sözleşme, aynı zamanda onların menfaatlerine de uygun olacaktır. Zira, herkes kendi çıkarını en iyi ve en doğru şekilde hür seçimiyle koruyabilir⁹³. Zaten hiç kimse menfaatlerine uygun olmayan bir durumu yaratmak istemeyecektir. Üstelik sözleşme taraflarının her ikisinin de irade özgürlüğüne sahip olması, bu anlamda eşit konumda bulunduklarını da ifade eder ki; taraflar arasında adil menfaat dengesini sağlayan da budur. O halde, sözleşmeye dayalı tüm haklar adildir, ya da Kant'ın ifadesiyle; “*Bir kimse, başkası için bir şeye karar verdiğinde;*

⁹¹ Özel mülkiyet ve özel girişim haklarının tanınmadığı otoriter-sosyalist hukuk düzenlerinin aksine, irade özgürlüğünün geniş yer aldığı liberal hukuk düzenlerinde, bu yönüyle sözleşme özgürlüğü ilkesi yürürlükteki ekonomik düzen hakkında da geniş bilgi vermektedir. Bu konuda bkz. **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, Band.I, Allgemeiner Teil, München 1987, sh.41; **Flume**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichenrechts 2.Band, Das Rechtsgeschäft, Heilderberg, New York 1992, sh.17; **Eren**, sh.267; **Baumann**, Das Schuldanerkennntnis, Berlin, 1992, sh.60 vd; **Emmmerih**, Auseinandersetzung einer Formwidrig vereinbarten, JUS, 1991, sh.690 vd; **Schmidt**, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, Berlin, 1985, sh.1 vd; **Altaş**, sh.44, dipn.7. Ayrıca sözleşme özgürlüğü ile demokratik ya da totaliter politik rejimler arası ilişki için bkz. **Merz**, Privatautonomie heute-Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970 sh.33.

⁹² Sözleşme özgürlüğünün ahlâki gerekçeleri hakkında **Hippel** şu ifadeyi kullanmaktadır: “Eğer bir insan durmadan yönetilirse, bu yönetim yol gösterici ve iyi niyetli olsa dahi; hiçbir insan büyüyemez ve gelişemez. Bu da sonuç olarak her bireyi, “özgür olmak ve kendi kendini yönetmek” olan temel menfaatlerinin aksi bir sonuca götürür.” **Zufferey-Werro**, sh.8. Yazarın bahsettiği ilgili eser: **Hippel**, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen, 1936, sh.79.

⁹³ İşte tam bu anlamda bireyin yapacağı seçim olumlu anlamda özgürlüğün ifadesidir. Zira felsefi olarak, bir kişinin yapacağı seçim için birbirinden farklı üç kavram kullanılır: 1-*Elindelik (cüz'i irade-libre arbitre)*: iradenin kişinin istediği şekilde belirlenmesidir ki buna keyfi irade de denir. Birey tamamen serbesttir ve dilediğini yapar. Ancak felsefi yönden böyle bir durum yoktur. 2-*Yadgerekircilik (indeterminizm)*: ruhun özgür olduğunu ve herhangi bir doğa kanununa bağlı olmadığını, dünyanın ve hayatın hiçbir nedene bağlı olmadan tamamen özgür olduğunu ifade eder. (ki karşı görüş olarak ileri sürülen determinizm bütün olayların neden sonuç ilişkisi içinde geliştiğini savunmaktadır) 3-*Erkinlik (hürriyet- liberté)*: kişinin tam bir vicdan ve bilinçle seçim serbestliğinin bulunmasıdır. Zaten ayırtetme gücü ve akli yetileri esas alarak hukuk ve sözleşme özgürlüğü için önemli olan (ve yukarıda anlam bulan) seçim de işte budur. Bu konularda bkz. **Hırş**, sh.132 vd.

her zaman bazı adaletsizlikler yapması mümkün iken, kararı kendisi için verdiğinde bütün adaletsizlikler bertaraf olur.”⁹⁴

İrade özgürlüğü, bireyin hem bağımsız olduğunu, hem de kendi kurallarının egemenliği altında bulunduğunu, bu sebeple eğer borç altına gireceği bir durum yaratmak istiyorsa ancak kendisinin karar verebileceğini ifade eder. Böylece kişi, özel hukuk ilişkilerinde, kendi kendinin kanun koyucusu (*son propre législateur- der Selbst-Gesetzgeber*) haline dönüşür⁹⁵. İşte bu kuralın etkisiyle, XVII inci ve XVIII inci yüzyıllarda, hukuk ve devletin temelini sosyal sözleşme kavramına dayandıran tabii hukukçular, verilen sözün kendiliğinden ahlâki bir değere sahip olduğuna değinmişlerdir⁹⁶. Bu görüşe göre, sözün doğruluğu akıl yoluyla da kanıtlanabilir,

⁹⁴ **Ripert**, sh.38. Günümüzde irade özgürlüğü doktrini temelini Kant’dan almaktadır. Kant’ın ifadesiyle “*Birey, özünden gelen, yani tüm duygusal sebeplerin dışında kalarak, evrensel tek ahlâk kanunu ile, kendi kararını verdiği sürece iradesinin saf özelliği olabilecektir*”. Özel hukukta, özgürlükler sebep üzerine kurulu ve sınırlıdır. Bu yönde kategorik emperatife (koşullu olmayan emire) göre: “*öyle hareket et ki senin hareketlerinin yasa, aynı zamanda başka insanların hareketleri için de bir ilke ve yasa olsun*” prensibi geçerlidir. “*Ortak kanunlarla düşünen, makul insanlar arasındaki sistematik bağ*” şeklinde tanımladığı pratik aklın (kamusal vicdanın) öncüsü olan Kant, aynı zamanda şunu da ifade etmektedir: “*Düşünen her insan, pratik aklı (kamusal vicdanı) çevreleyen yasaların kanun koyucusu gibi kabul edilmelidir*”. **Engel**, sh.94-96. Yazar “Ahlâk Metafiziği” adlı eserinde, üç prensibi açıklar. Bunlar, hareket noktası olan kudretin evrenselliği prensibi, insanlık prensibi ve irade özgürlüğüdür. Kant’a göre, bütün emirler bizzat iradeden gelmektedir. Bu sebeple irade kanun koyucudur. Fert ahlâkı, kanunun hem koyucusu, hem tabi süjesidir. **Sevig**, sh.553 vd. Öte yandan irade ahlaki yasalara da karşı gelebilir ki işte buna irade özgürlüğü denilmektedir. Bir başka değişle (ahlâki veya etik) norma aykırı davranmak irade özgürlüğünün kanıtı sayılacağı gibi, kendiliğinden belirmesi de yine bir irade özgürlüğü delilidir. **Güriz**, (Felsefe), sh.84 vd; **Kılhoğlu**, sh.116 vd. Ayrıca irade özgürlüğünün felsefi gelişimi ve konu hakkındaki teorik tartışmalar ile Aristo, Hobbes, Kant ve Yeni Kantçıların görüşleri hakkında bkz. **Kılhoğlu**, sh.112 vd.

⁹⁵ İrade özgürlüğü prensibi, taraflara kişisel ilişkilerinde kendi kanunlarını yapabilme imkanı vermektedir. FMK.m.1134’de açıkça düzenlenen bu özellik ile, bizzat sözleşmenin kurucu unsuru olan birey iradeleri hukukun kaynağı halini alır. (FMK.m.1134; yasal olarak kurulan sözleşmelerin taraflar için kanun yerine geçeceği şeklinde düzenlenmektedir. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*) Başka bir değişle, şüphe halinde sözleşme, *lex contractus*, kanun rolünü üstlenir. Bu konuda bkz. **Schönle**, *Les fondements constitutionnels de la liberté Contractuelle, Présence et Actualité De La Constitution Dans L’ordre Juridique, Mélanges Offerts a la Société suisse des Juristes pour son Congrès, 1991 à Genève*, Genève, 1991, sh.64 vd. Ayrıca, **Cabrillac/Frison-Roche/Revet**, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2003, eserin içinde **Mathieu-Izorche**, *La liberté Contractuelle*, sh.605-618.

⁹⁶ Sözleşmenin bağlayıcılığını ahlâka dayandıran ve sözün bağlayıcı etkisi olduğunu savunan hukukçular ahlâk kavramına önem ve öncelik tanımışlardır. Sözleşmeye uyumun sebebinin oluşturan

zaten hukukun tanınması ve uygulanmasının asıl nedeni verilen sözün taşıdığı bu ahlaki güçtür⁹⁷.

Bahsettiğimiz felsefî kaynağı bir yana, Borçlar hukuku alanında irade özgürlüğünden doğan üç temel hukuk ilkesi vardır. Bunlar sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin bağlayıcı etkisi (*la force obligatoire du contrat*) ve sözleşmenin nisbiliği ilkeleridir (*effet relatif du contrat*)⁹⁸. İçlerinden sözleşme özgürlüğünün, irade özgürlüğü kuralı ile çok yakın; hatta zaman zaman eş anlamlı gibi kullanılması dikkat çekicidir⁹⁹. Aslında sözleşmenin tanımı içinde kendiliğinden ortaya çıkan bu durum, iki özgürlüğün birbirinden ayrılmasını da güçleştirir. Madem ki bir sözleşme, “karşılıklı ve birbirine uygun olan ve bu uyumdan hukuki sonucu yaratan irade

diğer görüşler, birey çıkarlarına veya toplumda geçerli güven ve itibar duygularına dayanan anlayışlarda anlam bulmaktadır. Ancak, kişileri sözleşmeye uymaya zorlayan temel neden ne ahlâk, ne çıkarların korunması, ne de toplumdaki itibar düşüncesi değildir. Bunlar kişileri sözleşmeye uymaya yönelten psikolojik nedenlerdir. Zorlayıcı ve temel olan neden ise hukuk düzenidir. **Güriz**, (Felsefe), sh.89 vd.

⁹⁷ Bu döneme hakim olan rasyonalist felsefe ve hukuk dünyasındaki yansımaları oluşturan tabii hukuk düşüncesi Fransız İhtilali ile birlikte, sözleşme özgürlüğünün adeta kutsal bir nitelik kazanmasına yol açmıştır. Nitekim kural, FMK. m. 1134’de açıkça metne alınmıştır. Bu sebeple, teorik olarak, özgürlük ile borç; irade ile hüküm arasında hiçbir çelişki bulunmaması gerekir. **Engel**, sh.77; **Zufferey-Werro**, sh.8. Fransız ihtilalinden sonra, feodal toplum düzeninden endüstri toplumuna geçişle beraberse ferdiyetçi ve liberal prensipler hakim olmaya başlamış ve bu durum kanunları da derinden etkilemiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Cabrillac/Frison-Roche/Revet**, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2003, eserin içinde ; **Mathieu-Izorche** ; *La liberté Contractuelle*, sh.607 vd.

⁹⁸ **Schönle**, sh.64 vd. Ripert de irade özerkliğinin en önemli parçasını oluşturan sözleşme özgürlüğünün önemini vurgulamaktadır. Yazar, tabii hukuk doktrininin, toplumu aslında bireyler arasındaki bir sözleşme üzerine kurulu görmesi fikrinden hareketle; **Rousseau**’nun “Toplumsal Sözleşme” adlı eserinde belirttiği (Bölüm IV) “Sözleşme, insanlar arasındaki tüm güçlerin temelidir” görüşüne değinmektedir. **Ripert**, sh.37. Bu konuda ayrıca bkz. **Cabrillac/Frison-Roche/Revet**, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2003, eserin içinde **Mathieu-Izorche**, *La liberté Contractuelle*, sh.607 vd; **Rieg**, *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique*, Paris, 1967 ; **Coumanos**, *Du rôle de la volonté dans l’acte juridique*, Bordeaux, 1931; **Salle de la Marnière**, *L’évolution technique du contrat*, Paris, 1930; **Péritch**, *La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés*, *Revue Trimestrielle*, 1929, sh.6; **Morin**, *La loi et le contrat et la décadence de leur souveraineté*, 1927; **Ponceau**, *La volonté dans les contrats d’après le Code Civil*, Lyon, 1921; **Gounot**, *L’autonomie de la volonté*, Dijon, 1912; **Dereux**, *De l’interprétation des actes juridiques privés*, Paris, 1905.

⁹⁹ **Flume**, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichenrechts* 2.Band, *Das Rechtsgeschäft*, Heilderberg, New York 1992, § 1/8 a; **A.Bucher**, s.87; **Eren**, sh.269; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh.363. Eren’e göre iki kavramın birbirinin eş anlamlısı (sinonimi) gibi kullanılmasının sebebi, kişilerin özel borç ilişkilerini düzenlerken, hukuki araç olarak, daha çok borç sözleşmelerini kullanmalarıdır. **Eren**, sh. 269.

beyanlarının değişimidir”¹⁰⁰; ya da bir başka deyişle “... karşılıklı yönlendirilmiş iki irade beyanının birleşimidir”¹⁰¹; o halde özgürlük olmadan, ne irade, ne irade beyanı ne de sözleşme olamayacaktır¹⁰². Kaldı ki zaten, tarafların bir sözleşmeyle bağlı olmalarının temel nedeni, öncesinde sözleşmeyi istemiş olmaları ve iradelerini bu yönde kullanmalarıdır. Bu nedenle, kendi hukuki ilişkilerine iradelerini hakim kılabilirdikleri ölçüde, bireylerin irade özgürlüğüne sahip olduklarını söylemek yanlış olmaz¹⁰³. Çünkü hukuki ilişkilerini tamamlarken sahip oldukları özgürlük derecelerini ve sınırlarını belirleyen bizzat hukuk düzenin kendisidir¹⁰⁴. Bu anlamda aslında sözleşme özgürlüğü, kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin sonucu olarak, kişisel özgürlük ifadelerinden biridir (MK.m.23)¹⁰⁵. Tıpkı irade özgürlüğü gibi, XIX uncu yüzyılda artan liberal ve bireysel anlayışlarla beraber sözleşme özgürlüğü kavramı da değişime uğramış ve kavram daha önemli sınırlamalara tabi olarak, hukuki olduğu

¹⁰⁰ **Zufferey-Werro**, sh.7. Yazar bu tanım için şu esere atıfta bulunmaktadır: **Gauch/Schluep**, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 1983, sh. 203.

¹⁰¹ **Opréa**, sh.58. Yazar bu tanım için şu esere atıfta bulunmaktadır: **Crome**, System des deutschen bürgerlichen Rechts, I-II, Tübingen, 1912, § 89, sh.395. Ayrıca, Savigny de sözleşmeyi “iki veya daha fazla kişinin aralarında hak ve hukuki yükümlülük doğuracak biçimde iradelerinin birbirine uygun olarak açıklanması” şeklinde tanımlamaktadır. **Güriz**, (Felsefe), sh.110.

¹⁰² Zaten, şahsiyet olarak, kişiliğinden ayrı iradesi, hakları ve borçları bulunan insanın; hakları doğurmak, devretmek ve sona erdirmek için hukuki işlem yapabilmesi aslında; ona tanınan hürriyetin ve serbestliğin bir sonucudur ve bu durum kişinin en doğal hakkı kabul edilmelidir. **Zufferey-Werro**, sh.7. Bu nedenle her ne kadar sözleşme kavramı kişilerin iradeleri ile yarattıkları borçlara bağlanma özgürlüğünü ifade etse ve “özgürlük ile kişinin bağlanması” ifadelerinin birlikte kullanımı bir çelişki gibi görünse de; aslında bağlanmayı seçmek ya da seçmemek ile kişi hem özgürlüğünü kullanmakta da hem de her zaman taahhüdünün ölçüsünü belirleme imkanını elinde tutmaktadır. **Cabrillac/Frison-Roche/Revet**, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003, eserin içinde ; **Mathieu-Izorche** ; La liberté Contractuelle, sh.605

¹⁰³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh.363. HGK’nun T.20.3.1974, E. 1970/1053, K.1974/222 (YKD. 1977, S.1, sh.11-23)

¹⁰⁴ **Guggenheim**, sh.25. Örneğin bir kimsenin sözleşme özgürlüğü kapsamında açıkladığı irade beyanı ile bağlı kalması da artık bireysel özgürlükle değil, kişinin dışından kaynaklanan bir hukuk kuralından doğmaktadır. **Morin**, (Droits), sh.82

¹⁰⁵ **Engel**, (cent ans), sh.35.

kadar modern bazı ekonomik teoriler içinde de işlevini sürdürmeye devam etmiştir¹⁰⁶.

Borçlar hukukunun konusu olarak, kişiler arasındaki ilişkiler de temelde bireysel özgürlüklerle yönetilir. Bir başka deyişle, hukuk düzeninin bıraktığı yetki ile, aslında her hukuk süjesi kendi varlık şartlarını kendisi belirler¹⁰⁷. Bu yönüyle bizim hukuk sistemimizde de, irade özgürlüğünün doğal sonuçlarından biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, hem Anayasa ile (m.48/I)¹⁰⁸ hem de Borçlar

¹⁰⁶ Bu anlamda, Besson'un da eserinde açıkladığı üzere sözleşme özgürlüğü kavramıyla ilgili üç farklı teori bulunmaktadır. 1) *Klasik teori (Hak-adalet- değişimi teorisi) (La théorie classique de la justice de l'échange)* Bu teorinin esası dağıtıcı adalet ile eşitlik kavramları arasında adil "piyasa düzeni" anlayışı düzenlemelerinin yapılmasıdır. Teori iki unsurdan oluşur: sözleşmeden doğan uyumsuzlukları ortadan kaldırmada Devletin ilişkiye katılımını dışarıda bırakan *olumsuz* unsur ve sözleşme ilişkisine artan özgürlüğün dahil olmasına izni veren *olumlu* unsur. Aslında kavram, 19.yy'ın "bırakınız yapsınlar" anlayışını takiben hile ve zorlamalara karşı özgürlüğü koruyan genel bir hukuk anlayışı ile ilgilidir. Ancak kişilerin *seçim serbestliği* sözleşme hukuku tarafından sınırlanmakta ve bu durum iki büyük zorluğu doğurmaktadır: tarafların eşitsizliği ve sözleşme ilişkilerini tıkayan sosyal ve ekonomik baskı. 2) *Modern sözleşme teorileri:* Bunlardan ilki *Piyasa işlev bozukluğu ve etkinlik teorisidir (La théorie du dysfonctionnement du marche et de l'efficience)* Bu anlayışa göre, sözleşme hukukunun görevi, piyasadaki işlev bozuklukları halinde, müdahaleler ile sınırlamalar getirilmesidir. Böylece piyasadaki rekabet ortamı içinde özerkliği ve inisiyatifi elinde bulunduran zenginler için en güçlü teminat sağlanırken; tarafların değişim eşitliği de garanti altına alınmaktadır. Serbest piyasa sayesinde daha düşük fiyata ulaşılabilir. Böylece ayırım yapılmadan dengenin sağlanması hızlandırılır. İkinci modern teori ise *Sosyal piyasa teorisidir. (La théorie du marché social)* Bu teoriye göre ise, ortak bir menfaat biçiminde açıklanan sosyal bir piyasa anlayışı hakimdir. Buna göre, modern sözleşme hukuku, yeniden gözden geçirilen, farklı değer seçenekleri arasından özgürce seçim hakkı yaratan bir sözleşme özgürlüğü kavramı üzerine kurulmaktadır. Hukuk yine sözleşme özgürlüğünü tanıır ancak, kabul edilen seçenekler yeterli bir değer taşımadığında özgürlüğü sınırlamanın yollarını arar. Yani özgürlüğün olumlu alanı artık genel bir yoruma tabi tutulmaz, olumsuz alanı ise herkesin bağlanmakta serbest olduğu piyasadaki sözleşme ilişki türlerini sınırlamayı hedefleyen devlet müdahalesi ve baskılarını yumuşatır. Sözleşme hukukunun bu modern anlayışı, bilhassa sözleşme özgürlüğünün ayırıcı kullanımını yasaklayan, olgunlaşmış bir özerklik kavramı üzerinde gelişir. Bu konuda bkz. **Besson**, sh.148-156.

¹⁰⁷ **Merz**, sh.19. Ayrıca bkz. **Morin**, La Mise En Oeuvre Des Droits Dans La Perspective Du Droit Des Obligations, JDT 2002 III p. 81-82.

¹⁰⁸ 1982 Anayasası m.48 f.1'e göre "*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.*" (E:1996/5, K: 1996/26, T: 26.6.1996 (AMKD, S. 37, C. I, sh. 40-41) Aynı düzenleme, 1961 Anayasası m. 40'da "Temel Hak ve Ödevler" bölümünde yer almakta idi. Hükmün, 82 Anayasasında "Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler" bölümüne alınması eleştirilmekte; sözleşme özgürlüğünün önemini vurgulamak adına 61 Anayasasındaki düzenleme daha isabetli bulunmaktadır. Bu konuda görüşler için bkz. **Mumcu**, (İnsan Hakları), sh.298; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh.362; **Altay**, sh. 44; **Başpınar**, sh.13. Any.m.13 hükmü gereği, sosyal adalet ilkesinin, sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirdiği yönündeki görüş için bkz. **Tandoğan**, Tüketicinin Korunması, sh.12-13. Benzer Anayasa hükümleri, İsviçre Anayasası m.31/f.1'de (bkz. **Guggenheim**, sh.25) ve Alman Anayasası § 2/f.1'de de bulunmaktadır. (Alman Anayasasının ilgili hükmünde açıkça sözleşme özgürlüğünden bahsedilmemesine rağmen, içtihatla

Kanunumuzun ilgili hükümleri ile (m.19-m.20) teminat altına alınmaktadır. Kanunda özel olarak tanımlanmayan sözleşme özgürlüğü kavramını doktrin açıklamaya çalışır. *Birey iradesinin hür ifadesi*¹⁰⁹ olarak görülen ilke genel anlamı ile “*Kanunen sınırlanmayan ve engellenmeyen hukuki imkanlar çerçevesinde, kişilere borç sözleşmelerini yapma özgürlüğü yönünde hak verilmesi*”¹¹⁰ şeklinde anlaşılır. Özel olarak ise, dar anlamı ile sözleşme özgürlüğü, *tarafların sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilme*¹¹¹; geniş anlamı ileyse, *fertlerin özel hukuk ilişkilerini hukuk sisteminin sınırları çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleyebilme yetkilerini* ifade eder¹¹².

bu hükmün ekonomik alanda bilhassa sözleşme özgürlüğünü koruduğu kabul edilir. 23 Nisan 1986 tarihli karar için bkz. BvertGE, C.73, sh.261-270, NJW, 1987, sh.827) Ayrıca Alman ve Fransız Hukuklarında sözleşme özgürlüğü kuralının Anayasal olarak temel hak ve özgürlüklerden kabul edilmesi hakkında bkz. **Fromont**, sh. 338 vd; **Schapp**, Grundrechte als Werteordnung, Juristenzeitung, 1998, sh.913; **Autexier**, Introduction au droit public allemand, Paris, 1997, sh.123; **Diederichsen**, U: Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, Juristische Ausbildung, 1997, sh.57; **Capitant**, D: Les effets juridiques des droits fondamentaux, Paris, 1997, sh.263; **Singer**, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, Juristenzeitung, 1995, sh.1133; **Pieroth/Schlick**, Grundrechte, Staatsrecht II, Heidelberg, 1993; **Bleckmann**, Staatsrecht II-Die Grundrechte, Carl Heymanns Verlag, Köln 1989, sh.175; **Hesse**, Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg 1988; **Stern**, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, tome III/I, Allgemeine Lehren der Grundrechte Beck'sche Verlag, München, 1988, sh.1511-1595.

¹⁰⁹ **Rieg**, sh.217.

¹¹⁰ **Altaş**, sh.44. Yazar bu konuda şu yazarlara atıfta bulunmaktadır: **Schlehtriem**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Tübingen 1994, sh.21 vd; **Wolf**, Vertragsfreiheit-eine illusion? Festschrift für Max Keller, Zürich, 1989, sh.360.

¹¹¹ Türk Borçlar Kanununda da esas alınan dar anlamıyla sözleşme özgürlüğü kavramıdır. **Başpınar**, sh.16. Yazar burada, sözleşme özgürlüğünün dar anlamı ile sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü ifade etmesi hakkında şu yazarlara atıfta bulunur. **Kramer**, Berner Kommentar, C. VI, I, 2, 1, Kommentar zu Art. 19-20 OR. Berne, 1990, n. 17; **Fikentscher**, Schuldrecht, 8. Auf, Berlin, 1992, sh.81,83; **Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil C.I, Bern, 1996, n. 813; **Medicus**, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Auf. Heidelberg, 1990, sh.179; **Blomeyer**, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auf. Berlin, 1957, sh.81. Ayrıca bkz. **Tercier**, sh. 104 vd; **Engel**, sh. 97 vd; **Guillod/Steffen**, (Commantaire Romand), sh.122 vd.

¹¹² **Rieg**, sh.216; **Engel**, sh.98; **Zufferey-Werro**, sh.8; **Esener**, sh.193; **Oğuzman/Öz**, sh. 19; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 362; **Eren**, sh. 19; **Kılıçoğlu**, sh. 52; **Aybay**, sh. 36; **Uygur**, C.I, sh. 945 vd; **Karahasan**, sh.265 vd; **İnan**, sh.122. Ayrıca bu konuda 4.HD'nin T.26.10.1978, E.1977/13113, K.1978/12134 sayılı kararında şu ifade kullanılmaktadır: “...*Genel olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler; diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu imkan, Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özgürlüğü kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır*” (YKD, 1979, S.5, sh.634-635)

Bu anlamda Borçlar Hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi¹¹³, kendinden doğan farklı alt özgürlükleri yani *kısmi özgürlükleri*¹¹⁴ bünyesinde barındıran genel ve kapsamlı bir çerçeve hukuk kuralı niteliğindedir. Bu kısmi özgürlüklerin ilki “sözleşme yapma özgürlüğünü”; ikincisi “sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünü” ve nihayet üçüncüsü ise “şekil özgürlüğünü” ifade eder¹¹⁵.

Buna göre, *sözleşme yapma özgürlüğünün* kapsamında iki alt özgürlük vardır¹¹⁶. Bunlardan ilki olan “sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü”, kural olarak bir kimsenin dilediği sözleşmeyi yapabilmesini ve istemediği bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamamasını ifade eder¹¹⁷. Çünkü, hukuk düzeni önünde eşit durumda

¹¹³ Sözleşme hukukunun aslında, sözleşme özgürlüğü kuralının hakimiyeti altında olması ile ilgili bkz. **Engel**, sh.94; **Zufferey-Werro**, sh.7 vd; **Schönle**; Les Fondements constitutionnels de la Liberté Contractuelle, in Présence et Actualité de la Constitution dans l’ordre Juridique, Genève, 1991; **Keller/Schöbi**, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, in, Das schweizerische Schuldrecht, Bâle-Francfort sur le Main 1988, sh.92 vd; **Merz**, Privatautonomie heute-Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970; **Huber**, Die Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin, 1966; **Fischer**, Der Begriff der Vertragsfreiheit, Zürich, 1952; **Simonius**, Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts, RDS, 1952, sh.237; **Yung**, Eugène Huber et L’esprit du Code Civile Suisse, Mémoire Publiées par La Faculté de droit en Genève, 1948, sh.27 vd; **Oftinger**, Die Vertragsfreiheit in Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich, 1948, sh.315; **Scherrer**, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, Bale 1948.

¹¹⁴ Sözleşme özgürlüğünden doğan alt özgürlüklerden her biri, sözleşme özgürlüğünün bir yönüyle ilgilidir. Dolayısıyla bu alt özgürlüklerden her birine *kısmi özgürlükler* denir. ATF 80 II 39 Bu konuda bkz. **Engel**, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, sh. 184. Ayrıca ATF 129/2003 III, sh. 35, 42 = JdT 2003 I sh. 127, 133.

¹¹⁵ Bu konuda bkz. **Engel**, (évolution) sh.8 ; **Tercier**, sh. 109; **Gauch/Schluép/Jäggi**, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner, Zürich, 2003, sh.79 vd; **Guillod/Steffen**, (Commantaire Romand) sh. 127 vd; **Engel**, sh. 98 vd; **Guggenheim**, sh. 27 vd; **Zufferey-Werro**, sh.10; **İnan**, sh.138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 363; **Eren**, sh. 27; **Kılıçoğlu**, sh. 52 vd. Ayrıca ATF 129/2003 III sh. 35, 42 = JdT 2003 I sh. 127, 133. Öte yandan Rieg, sözleşme özgürlüğünü; “İnikat serbestisi” (yani bireyin akit yapma ve karşı tarafı seçme serbestisi) ve “Düzenleme serbestisi” (yani içeriği belirleme serbestisi) şeklinde ikiye ayırarak incelemektedir. Bu konuda bkz. **Rieg**, sh. 216 vd. Yine sözleşme özgürlüğünün kapsamıyla ilgili mümkün olan bütün ihtimaller için bkz. **Schmidt**, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin, 1973, sh.34 vd; **Schnyder**, Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Fribourg, 1960, sh.69 vd.

¹¹⁶ **Oğuzman/Öz**, sh. 19; **Ataay**, sh.234; **Özsunay**, sh. 52.

¹¹⁷ Çok basit anlamıyla kişilerin “istememe özgürlükleri de vardır.” **Carbonnier**, sh. 42. Bu anlamda herkes bir sözleşmeyi kurmakta ya da kurmamakta özgürdür. Kimse sözleşme kurmaya zorlanamaz. ATF 80/1954 II sh. 26, 39-44 = JdT 1955 I sh. 136, 142-146; **Engel**, sh. 98; **Guggenheim**, sh.27. Ayrıca yazarın belirttiği üzere, Lorenz, kişilerin sözleşme yapıp yapmamak konusundaki serbestilerini, yazılı olmayan bir Borçlar Hukuku prensibi olarak adlandırmaktadır. **Lorenz**,

olan bireylerin (Any.m.10) borç ilişkilerini serbestçe düzenleyebilme özgürlükleri vardır. Kişiler, belli bir sözleşmeyi kurmakta veya kurmamakta özgürdürler. Kimse bir başka kişiyi sözleşme yapmaya zorlayamayacağı gibi bu konuda ona karşı baskı da yapamaz¹¹⁸. Yapılmak istenen sözleşme gerçekte kişinin aleyhine sonuçlar doğurup açıkça onu zarara sokuyor olsa; yada tam aksine yapılmak istenmeyen sözleşme kişinin gerçekten lehine bir durum yaratacak olsa dahi, bireyin bu özgürlüğüne müdahale edilemez. Sözleşme yapmayı kabul etmek kadar, bir sözleşme ilişkisine girmemek de yasal ve hukuka uygun bir hakkın kullanımıdır. Bu kapsamdaki ikinci özgürlük olan eden “*sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü*” ise; kural olarak herkesin sözleşme ilişkisini kurmak istediği kişiyi seçebilme hürriyetinin ifadesidir. Bir başka deyişle, hiç kimse istemediği bir kişiyle sözleşme yapmak zorunda değildir¹¹⁹ ve bu durum sözleşmenin tarafları için karşılıklıdır¹²⁰. Çünkü taraflardan her biri seçme özgürlüğünü kullanırken aslında bir yanıyla da diğer tarafın aynı özgürlüğünün konusunu oluşturmaktadır. Bu özgürlük, sözleşme ilişkisi kurulmadan önce, icabın kime karşı yapıldığı belli olmayan durumlarda, yani aleni icaplarda dahi geçerlidir çünkü bu durumda kişi; sadece sözleşme ilişkisine

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, C. II, § 812-822 BGB, Berlin, 1986, sh.37.

¹¹⁸ **Zufferey-Werro**, sh.10; **Gauch/Schluép/Tercier**, n.433. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 80/1954 II 26 = JdT 1955 I 136 tarihli kararında bu özgürlük ile genel ahlâk kuralları arasındaki ilişkiyi özel olarak açıklamaktadır.

¹¹⁹ Bir sözleşme ilişkisine girmeyi, ret etmek kural olarak hukuka aykırılık yaratmaz. Ancak bu ret, incitici, aşağılayıcı, onur kırıcı veya daha genel olarak kişilik haklarına aykırılık gibi sebepleri içinde barındırıyorsa elbette ki hukuka aykırı olacaktır. Örneğin, A, B ile sadece ırkından veya dininden dolayı bir sözleşme ilişkisine girmeyi istemiyorsa durum hukuka (ve aynı zamanda ahlâka da) aykırıdır. Kanaatimizce bu durumda kişi yine de sözleşme ilişkisine girmeye zorlanamayacak ancak yapılan davranış hem hukuka hem de genel ahlâka aykırılık yarattığından karşı tarafın zararının tazmini gündeme gelecektir.

¹²⁰ Bu anlamda İsviçre hukukunda, sözleşme ilişkisine girilecek kişiyi belirlemek adına, baskı araçları kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı tartışması yapılmıştır. Sonuç olarak bu tür vasıtaların, CO.m.29 ve m.30’a *a contrario* olarak ve CC.m.28 ve CO.m.41/f.2 sınırlarında kalmak şartıyla, hukuka uygun olacakları sonucuna ulaşılmıştır. İsviçre Federal mahkemesinin de bu görüşe bağlı, toplu iş sözleşmelerine katılma konusunda kararları bulunmaktadır. ATF 75/1949 II sh.305, 312-313 = JdT 1950 II sh.162, 169-170; ATF 86/1960 II sh.365, 370 = JdT 1961 I sh.164,168; **Engel**, sh.98-99.

gireceği tarafı bizzat seçme hakkından ve özgürlüğünü kullanmaktan vazgeçmektedir¹²¹.

Şekil özgürlüğü prensibi ise, kanun veya taraf iradeleriyle (BK.m.16/I) özel bir şekle tabi tutulmadıkları müddetçe şekil serbestliği ilkesinin varolduğunu (BK.m.11/I) yani şeklin sözleşmeler için bir geçerlilik şartı olmadığını ifade eder¹²². Gerçekten de, usul hukuku bakımından ispat meselesi bir yana bırakıldığında, belli bir hukuki işleme yönelen tarafların, iradelerini ortaya koyarken kural olarak, şekle tabi olup olmamayı özgürce seçebilme hakları vardır.

Öte yandan sözleşme hukukuna temel olan “*Düzenleme özgürlüğü*” ise¹²³ öncelikle “*sözleşmenin içeriğini belirleme*” özgürlüğünü kapsar. Aslında en temel anlamıyla, sözleşme özgürlüğünün taraflara sağladığı da bu; yani, iradelerinin konusunu belirleyebilme imkanındır¹²⁴. Bu özgürlük tarafların, sözleşme içinde bulunması doğal kabul edilen her şeyi, sözleşmeye dahil edebilmelerini ifade eder. Çalışmamız kapsamında da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, taraflar, kanunun belirlediği sınırlar (BK.m.19-20; MK.m.27) dahilinde sözleşmenin içeriğini; örneğin sözleşmeye konu edimlerin kapsamını, niteliğini, süresini serbestçe tayin edebilirler.

¹²¹ **Zufferey-Werro**, sh.10. Öte yandan, Engel, aleni icabın, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüyle karıştırılmaması gerektiğini, bu durumda seçimin olmadığını söylemektedir: “Aleni icap da, doğal olarak herhangi bir kabule yol açacaktır ve sonuç olarak herhangi biriyle sözleşme ilişkisi kurulacaktır. Bu durumda seçim geçerli değildir.” **Engel**, sh. 102.

¹²² Bu konuda bkz. **Engel**, sh. 246 vd ; **Tercier**, sh. 130 vd; **Guggenheim**, sh.30; **Guillod/Steffen**, (Commantaire Romand) sh.131; **Zufferey-Werro**, sh. 11; **Pédamon**, sh. 96 vd; **Ferrand**, sh. 274 vd; **Altaş**, sh.47; **Tuğ**, sh.9 vd; **Eren**, sh. 239 vd; **Oğuzman/Öz**, sh.116; **Kılıçoğlu**, sh. 70 vd;**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop**, sh. 395.

¹²³ Oysa aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukukunda *sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus)* geçerli olduğundan, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kapsamı da oldukça daralmaktadır. Bu yüzden borçlar hukuku alanında tip özgürlüğü ilkesinin egemenliği ile taraflar, kanunda belirlenen tipik sözleşmeler yanında, bu sözleşmeleri değiştirebilir, birleştirebilir ya da kanunda belirlenmeyen isimsiz sözleşmeler yaratabilirler. **Gauch/Schluep/Tercier**, sh. 68; **Engel**, sh. 84; **Guggenheim**, sh.29; **Zufferey-Werro**, sh. 10; **Porret/Perregaux**, sh.17, **Rieg**, sh. 216 vd.

¹²⁴ **Engel**, (évolution), sh.8.

Yine tarafların, düzenleme özgürlüğü kapsamında *sözleşmenin tipini belirleme özgürlükleri* de vardır. BK.m.182 ve devamında belirtilen sözleşme türleri dışında, kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerle de taraf iradelerinin ortaya konulması mümkündür¹²⁵. O halde, mesela taraflar sözleşmenin yapısını, türünü, edimlerinin sayısını da diledikleri şekilde düzenleyebileceklerdir. Nihayet son olarak düzenleme özgürlüğü içinde yer alan son özgürlük ise, tarafların daha önceden kurulan sözleşmelerde değişiklik yapmaları yada aralarındaki ilişkiye son vermelerini ifade eden, “*Sözleşmeyi Değiştirme ve Ortadan Kaldırma özgürlüğüdür.*”¹²⁶ Dolayısıyla bütün olarak düzenleme özgürlüğü, aslında sözleşme yapma özgürlüğünün varlığına bağlıdır. Bir başka deyişle, sözleşme yapma serbestisinin bulunmadığı yerde, kişilerin sözleşme konusu üzerinde bir etkide bulunabilmeleri imkansız ya da tamamen sınırlıdır¹²⁷.

¹²⁵ Türk hukukunda bu durum açıkça hükme bağlanmamaktadır. Ancak İtalyan hukukçular bir adım öteye giderek, İtalyan MK.m. 1132/f.2’de sözleşmenin tipini belirleme serbestisini açıkça yasal düzenleme şekline sokmuşlardır.

¹²⁶ Böylelikle tarafların sözleşmenin tamamını veya bir kısmını değiştirmeleri, düzeltmeleri ya da sona erdirmeleri mümkündür. Taraflar sözleşmeyi sona erdirmeye karar verdiklerinde, ilk sözleşmeyi geçersiz kılacak ikinci bir anlaşma yapmaktadırlar. (contrarius actus) **Zufferey-Werro**, sh. 11. Yazara göre, sözleşmeyi sona erdirmeye yada ortadan kaldırma özgürlüğünden (*liberté de résoudre – liberté de résilier*) bahsetmek yanlıştır. (Aksi görüş **Gauch/Schluép/Tercier**, n.433) Çünkü sözleşmeyi sona erdirmeye ya da ortadan kaldırma hakları, taraflardan birine yada diğerine bağlı olarak, ya bireysel ya da kanun veya özel durumları içeren sözleşmeler tarafından düzenlenmiş haklardır. Oysa, sözleşme özgürlüğü ortak bir özgürlük gibi belirlenmektedir. O halde, burada sadece sözleşmeye son verme özgürlüğünden bahsetmek gerekir. (*aufheben*) Bu bakış açısıyla, “*Aufhebungsvertrag*” kelimesinin Fransızca “*contrat résolutoire*” şeklindeki çevirisi eş değerlidir. Mesele hakkında bkz. **Engel**, sh. 79; **Zufferey-Werro**, sh. 11, dipn. 22; **Guggenheim**, sh.30.

¹²⁷ Buna karşılık tam bir sözleşme serbestisinin bulunduğu yerde de, sözleşmenin konusunu tayin yetkisi sınırlanmış olabilir. **Tunçomağ**, sh.240.

II- Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları Kavramı

A) Genel Olarak

İrade özgürlüğünün ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün en temel ve eski dayanağı; bireyin iradesini özgürce ortaya koymasından doğan tüm haklarının, aslında devlet ve hukuk düzeninden önce (*apriori*) varolduğu fikridir. Bu sebeple kanunlar yalnızca özgürlükleri doğrulamaya ve teyit etmeye yarar, onları yaratmaz¹²⁸. Ancak, bu görüş modern hukuk düzenlerinde kabul edilmemekte ve irade özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğü kurallarına tıpkı diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi bazı sınırlar getirilmektedir¹²⁹. Zira toplum içinde yaşayan insanlar için, hiçbir alanda sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün varolduğu düşünülemez¹³⁰. Kaldı ki, irade

¹²⁸ **Opréa**, sh. 49.

¹²⁹ Genel olarak diğer özgürlüklerden farklı olarak, sözleşme özgürlüğüne sınırlar getirmesinin ahlâki, sosyal ve hukuki nedenleri vardır. Zufferey-Werro eserinde, bu gerekçeleri özel olarak açıklamaktadır. Buna göre: *1-Ahlaki yönden*: Ahlâkta vicdan ne ise hukukta da sözleşme özgürlüğünün sınırları odur. Sınırlar özgürlüğü bir aldatmacaya yada oyalamaya götürmez. Çünkü onun bütünleyici parçalarıdır. Sorumlulukla bağlantılı olmadan özgürlüğe sahip olunamaz. Kaldı ki, sözleşme yapmakta özgür her insanın, özgürlüklerinin yok edilmesi tehdidi karşısında, kendi kendine takip etmesi gereken ahlâk kuralları bulunur. *2-Sosyal yönden*: Sürekli olarak bir insanın özgürlüğünün başkasının başladığı yerde bittiği belirtilir. Bir başka deyişle, toplumun varolmasının ilk şartı her bireyin şahsi faaliyetini gösterebilmek için ihtiyaç duyduğu özgürlük alanının teminat altına alınmasıdır. Bu kural, sözleşme ilişkilerinde somutlaşmaktadır: bir taraf diğerini ezmek için, onu tahammül edilmez borçları kabul etmeye zorlayarak, özgürlüğünü kendi menfaatleri lehine kullanabilir. Zaten bu bakış açısı günümüzde, “zayıf tarafı” korumakla ilgili olarak daha fazla önem kazanmaktadır *3-Hukuki yönden* ise: Borçlandırıcı etkisi bulunan bir sözleşmenin yerine getirilmesini sağlamak isteyen devlet, özel hükümlerle zorlayıcı unsurları yani yaptırımları belirler. Oysa devlet ancak, kendi menfaatlerine veya halkın çoğunluğunun menfaatine (kamu menfaatine) karşı gelen bir sözleşmeye teminat olabilir. Çünkü bunun aksi bireyin egoist menfaatlerini harekete geçirecektir. O halde hukuk düzeni, tarafların iradelerini korumak için kamu gücüne güvenilemeyen durumları ayırır. (ATF 84/1958 II 107 (112) = JdT 1958 I 531 (535) Kaldı ki bu durum 19.yy serbest rekabet piyasasında, Devletin aşırı müdahalesini sınırlayan liberalizmin kendi sonuçlarından biridir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro** sh. 11-12. Ayrıca sözleşme özgürlüğünün tarihi ve ahlaki temelleri ile sınırları hakkında bkz. **Engel**, Cens ans de Contrat Sous l’empire des dispositions Générales du code Fédéral des obligations, Basel, 1983, sh.15 vd ; **Trudel**, Des frontières de la liberté contractuelle, Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Boudoin, Montréal, 1974, sh.217-234.

¹³⁰ Çünkü birey iradesi, mutlak ve sınırsız şekilde kabul edilirse, irade sahibi olan için, toplumdaki diğer kişilerin menfaatlerini feda etmek durumuna düşeriz. Oysa, bireyin olduğu kadar toplumun da korunması gereken menfaatleri vardır. Zira, insan cemiyet içinde yaşamayı kabul ettiği andan

özgürlüğü aslında, ‘bireyin kendi kendini sınırlama ilkesi (autodetermination)’¹³¹ üzerine kurulduğuna göre, bu sonuç özgürlükler için zaten kaçınılmazdır.

Toplumda varolan her hukuk süjesinin özgürlüğü, bir yandan diğer kişilerin özgürlükleri ile, bir yandan da toplumsal yaşamı sağlayan kurallarla sınırlanır. Söz konusu sınırları oluşturan değerler ise, tabi hukuk doktrinine göre, hem diğer bireylere saygılı olmak, hem de ortak menfaatlerin devamı için gerekli fedakarlıklarda bulunmaktan geçer¹³². Kaldı ki kişilerin toplum içinde bir arada yaşamalarına imkan veren ve ortak yaşamın sürekliliğini sağlayan da zaten budur. Yine insan tabiatını tehlikeye sokan davranışlar karşısında, bazı özgürlük ihlallerinin kabul edilemez olduğunu da ilk kez tabi hukuk akımı hükme bağlamıştır. Bu nedenle, MK.m.27/2’e paralel olarak, BK.m.19/2’de de yer alan ve sözleşme özgürlüğüne

itibaren, diğerlerinin menfaatlerine de saygı göstermekle yükümlüdür. Kamunun menfaati söz konusu olduğu zamanlarda iradeye tanıdığımız hemen hemen mutlak olan serbestlik sınırlanır. Bu sebeple kanun koyucu iradeye bir serbestlik tanımakla beraber, ona bazı sınırlar da çizer. **Birsén**, sh.28. Kaldı ki aslında özgürlük toplumu düzenlemekteki en iyi araçtır çünkü uyum bireysel egoizmlerin toplamının sonucudur. Bu anlayış katılımcılarının aynı ortak menfaatlere sahip oldukları ve aynı engellere maruz kaldıkları eşitlikçi bir toplumu varsaymaktadır. Ancak bu bir ütopyadır çünkü liberalizm teorisi dahi özellikle XIX.yy’dan sonra küçülmeye başlamıştır. **Rieg**, sh.217. İsviçre hukukunda sözleşme özgürlüğü alanında yaşanan politik ve ekonomik değişimler ile Avrupa birliği hukuku ile son dönemde yaşanan etkileşimler hakkında bkz. **Engel**, La liberté contractuelle: Du peuple des bergers à l’Europe des humanistes, RDS, 1991 I 43, sh.43-49.

¹³¹ İrade özgürlüğünün, kişinin kendi kendini sınırlaması ilkesi üzerine kurulu olması hakkında bkz. Alman Anayasa Mahkemesinin 7 şubat 1990 tarihli kararı: BverfGE, C 81, sh.242; NJW, 1990, sh.1470, Juristenzeitung, 1990, sh.691. Ayrıca bkz. Commentaire de Hermes “Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?”, NJW, 1990, sh.1764; ve **Fromont**, “L’autonomie De La Volonté et Les Droits Fondamentaux en Droit Prive allemand, Le rôle de la volonté dans les actes juridique », Etude á la Mémoire de Prof. Alfred Rieg, Bruxelles, 2000, sh.341.

¹³² Diğer bireylere saygılı olma ve ortak menfaatlerin devamı için fedakarlıklarda bulunmak adına kimi yazarlar “Özgürlük Sorumluluğundan” bahsederler. **Cassani-Traverso**, “Liberté et droit naturel dans l’œuvre de John Locke, Fribourg, 1993, sh.90 vd. “Rousseau ise, ortak menfaatler doğrultusunda karar verme yetkisinin iktidara bırakılmasını şu şekilde açıklamaktadır: Özgürlük, bağımsızlık içinde bir benzerinin veya bir iktidarın egemenliği altına girmeden yaşamak hakkıdır. Her birey, bir sözleşme ile topluma girerken, doğal özgürlüklerini yitirip, medenî özgürlüklerini kazanır ve kamu iradesi dolayısıyla kanunların yapılmasına katılır. Böylece kendi kendini hukuk kurallarıyla bağlayarak, bu alanda hemcinslerinin baskılarından yine hukukun izin verdiği oranda kurtulmaktadır. Bu anlamda hukuk bir zincirdir. Ancak birey kendi koyduğu kanunlarla yani zincirlerle bağlandığından, başkasının değil kendi iradesinin emri altındadır.” **Thévenaz**, sh.46.

getirilen sınırların, XVII inci ve XVIII inci yüzyıllardaki tabi hukuk doktrini kaynaklı¹³³ olduğunu söylemek kanaatimizce de yanlış olmayacaktır.

Söz konusu sınırlar her ülkenin kendi pozitif hukuku tarafından belirlenir¹³⁴.

Belli bir konuya ait özel düzenlenmeler varolduğunda, hakim bu denetimi “*doğrudan kontrole*”; özgürlüğün sınırları genel hükümlerle çizildiğindeyse “*dolaylı kontrole*” sağlar¹³⁵. Bizim hukuk sistemimizde de, sözleşme özgürlüğü kural olmakla birlikte¹³⁶; doğal olarak bazı sınırlamaları ve istisnaları vardır. Bunlar aşağıda da inceleneceği üzere; sözleşme yapma özgürlüğü, şekil özgürlüğü ve sözleşmeyi düzenleme özgürlüğüne ilişkindir¹³⁷.

¹³³ Eski Yunan uygarlığı döneminde dahi varolan bu çok eski düşünce akımı, ancak XVII ve XVIII inci yüzyıllarda tabi hukuk okulu adını almıştır. Bu yüzden genel olarak fikir üç gruba ayrılarak incelenir: 1-*Tabiat felsefesine dayanan eski tabii hukuk anlayışı* 2-*Dini felsefeye dayanan ortaçağ skolastik tabii hukuk anlayışı* 3-*Akla dayanan yeni çağlar tabii hukuk anlayışı*. Bizim burada bahsettiğimiz de, insan zekasının özgürce işlenmesine engel olunan ortaçağ zihniyetinden kurtulduktan sonra, özgür bırakılan ve akla uygun kılınan tabi hukuk anlayışıdır. Bunun göstergelerinden biri olarak 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Bildirgesinin 4 üncü maddesindeki şu ifade örnek olarak verilebilir: “*Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmeye dayanır. Onun için, her insanın tabii haklarının sınırı, toplumun başka üyelerine aynı hakları sağlayan sınırlardır. Bu sınırlar ancak kanunla belirlenebilir.*”

¹³⁴ Genel olarak baktığımızda sosyal ve ekonomik sebeplerle, ülkelerin hukuk düzenlerinde sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların özellikle İkinci Dünya savaşından sonra arttığı ve böylece sözleşme serbestliği alanının daraldığı görülmektedir. **Moradière**, sh. 746. Bunun sebebi sözleşme yapanların ekonomik ve sosyal yönden birbirleriyle eşit olmamalarıdır. Hukuki eşitlik ilkesi, uygulamada sosyal ve ekonomik eşitliği sağlayamamakta, böylece kuvvetli olanlar, zayıf olanlara kendi iradelerini kabul ettirmektedir. Bu da irade özgürlüğünün ahlaki temellerini sarsmaktadır. **Eren**, sh.269.

¹³⁵ **Wessner**, Le consommateur final face aux contrats d’adhésion: le dispositif-insuffisant de la protection civile, Berne, 1985, sh. 60, 64.

¹³⁶ Örneğin, *Yarg. 14. HD, 30.5.1996 T, E. 1996/5380, K.1996/5380* sayılı kararında şu ifade kullanılmaktadır: “... *Türk Hukuk Sisteminde sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilmiş olduğu tartışmasızdır. (BK.m.19). Kural olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içerisinde kalmak, özellikle emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla düzenleyebilir ve sözleşme yapabilirler...*” (YKD, 1996, S:8, sh.1261-1262)

¹³⁷ Sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin olarak doktrinde kimi yazarlar, farklı sınıflandırmalarda bulunur. Örneğin, **Giger**, özgürlüğün *maddi ve şekli* iki sınırı bulunduğunu belirtir: *maddi sınırlar*; hukuka ve ahlâka aykırılık tarafından çizilir. Ahlâka aykırılık da kendi içinde dar anlamıyla ahlâka aykırılık ve kişilik haklarına aykırılık olmak üzere ikiye ayrılır. Buna karşılık *şekli sınır* ise, şekil kurallarına aykırılıktır. **Giger**, *Rechtsfolgen norm-rund sittenwidriger Verträge*, Zürich, 1989, sh. 7 vd; **Başpınar**, sh.19. Tandoğan sözleşme özgürlüğünü; *ilgililerin ihlallerine karşı sözleşmeyi koruyan sınırlar* (BK.m.19/II; MK.m.27 gibi); ile *kamu düzeni ve kamu menfaati gibi düşüncelerle toplum hayatının korunması yönündeki sınırlamalar* ayırımına tabi tutar. **Tandoğan**, (Nuillite), sh.21 vd. İnan ise, *kanuni ve fiili sınırlamalar* ayırımını kullanır. Buna göre; sözleşme

B) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandığı Haller

1) Sözleşme Yapma Özgürlüğü Bakımından Sınırlar

Sözleşme yapma özgürlüğü de, tıpkı diğerleri gibi, sınırsız bir özgürlük değildir. Dolayısıyla hem sözleşmenin karşı tarafını seçme hem de sözleşme yapıp yapmama alt özgürlüklerinin de istisnaları vardır. Örneğin bir kimse, hukuki ya da fiili tekele sahip kişi ya da kuruluş ile sözleşme yaptığında ya da önalım hakkında yeni malik ile hak sahibi arasında satım sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunduğu kişiler sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüklerinden bahsetmek artık mümkün değildir¹³⁸.

Yine bazı durumlarda kişilerin sözleşme ilişkisine girebilmeleri, taraflar dışındaki bir “*kişi ya da kurumun iznine tabi*” tutulmuş ya da tam aksine kanun tarafından yasaklanmış olabilir¹³⁹. Örneğin, devlet gücünden izin, ruhsat vs. alma mecburiyetinin bulunduğu, veya bir kimse yada mahkemenin rızasını almak gerektiği

özgürlüğünün kanuni sınırları; MK ve BK’da yer alan sözleşme yapma ehliyeti (MK.m.9-16, 49), sözleşmenin şekli (BK.m.11-16) ve sözleşmenin içeriğine (BK.m.19-21, MK.m.23) ilişkin iken; özgürlüğün fiili sınırları ise, genel işlem şartları, formüler sözleşmeler, kartel anlaşmaları, yığın sözleşmeleri gibi sözleşme şartlarına dairdir. **İnan**, sh.162. Öte yandan, Birsen, Genel hükümlerle getirilen sınırlamalar ile Özel kanunlarla getirilen sınırlamalar (**Birsen**, sh.30); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ise, Olumlu ve olumsuz sınırlamalar ayırımlarını kullanır. Buna göre, örneğin, bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu saymak, edimlerin kıymetini bazı kayıtlara bağlı kılmak ve bazı sözleşmelerde kamu organlarının iznini almak olumlu sınırlalar iken; sözleşmeyi hükümsüz saymak ve yasaklamak olumsuz sınırlamalardandır. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 364.

¹³⁸ **Engel**, sh.102 vd; **Tandoğan**, (Özel I), sh.9; **Eren**, sh. 284.

¹³⁹ Örneğin, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 15 inci maddesi gereği, kiralayan kanunun 7 inci maddesinin b,c ve d bendlerinde yazılı sebeplerle kiracının kira sözleşmesine son verdiğinde, mücbir sebep olmaksızın 3 sene süreyle taşınmazı bir başkasına kiraya veremez. Yine Avukatlık Kanunu m.38; İş Kanunu m.67, m.68, m.78 örnek olarak verilebilir.

hallerde¹⁴⁰ artık bu yönde bir özgürlüğün varlığından söz edilemeyecektir. Bu durum genellikle toplumun ekonomik yapısını etkileyen alanlarda görülmektedir. *Savatier*, bu tür ön izin alınması gereken sözleşmelerden bahsederken, şu ifadeyi kullanmıştır: “ sözleşmeyi oluşturacak olan, ... kanun koyucunun öngördüğü izni ile birleştirilen taraf iradeleridir. Bu durum (izin) sözleşmeye, üçüncü bir tarafmış gibi dahil olmaktadır”¹⁴¹.

Özgürlüğe getirilen ikinci sınır ise, kanundan ya da sözleşmeden doğan “Sözleşme yapma mecburiyeti” halleridir. *Engel*, bu durumu “yasal sözleşme yapma ödevi” şeklinde ifade eder¹⁴². Sözleşmeden doğan yükümlülük örneği olarak, taşınmaz satım vaadi ile kefalet vaadi¹⁴³; aynı şekilde sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları verilebilir. Buna karşılık özel hukuk bakımından kanundan

¹⁴⁰ Örneğin, MK.m.194 gereği, eşlerin aile konutu ile ilgili devir ya da tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin işlemlerinin diğer eşin rızası olmadan geçersiz olması. MK.m.199’da “tasarruf yetkisinin sınırlandırılması” konusuyla ilgili, hakim iznine bağlı sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması; MK.m.229’da edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin birinin bir üçüncü kişiye karşılıksız kazandırmaya ilişkin tasarruflarının diğer eşin rızasına tabi tutulması gibi. Bu örnekler hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, sh.54. Resmi makamlardan izin alınması gereken durumlara örnek olarak, gecekondü bölgesindeki taşınmazların satımıyla ilgili İmar ve İskan Bakanlığının iznine ihtiyaç yaratan 775 sayılı Kanun ile maden ruhsat ve sertifikalarının devriyle ilgili Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının (Maden İşleri Genel Müdürlüğü) iznine bağlanmasıyla ilgili 3213 sayılı Maden Kanunu verilebilir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 365 vd; **Sirmen**, (sözleşme), sh.467. Ayrıca Fransız ve Alman hukukundaki örnekler için bkz. **Rieg**, sh.221 vd.

¹⁴¹ **Rieg**, sh.221. Gerçekten izin alınması gereken kişi ya da kamu gücü, tarafların arasına girmekte ve bu durum zaman zaman sözleşmenin şekillenmesini geciktirebilmekte hatta engel dahi olabilmektedir. Yazarın bahsettiği kısım için bkz. **Savatier**, “Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d’aujourd’hui, Paris, 1948, N. 58.

¹⁴² **Engel**, sh.99. Ayrıca bkz. aynı yazarın, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, sh. 185.

¹⁴³ Her iki örnek de aynı zamanda birer ön akitir. Hukuki nitelikleri tartışmalı olan ön akitlerin genel olarak, sözleşme yapma özgürlüğünün sınırını oluşturup oluşturmadıkları ise doktrinde tartışmalıdır. Ancak genel ve baskın görüş bu durumu sözleşme yapma mecburiyeti hallerinden biri olduğu yönündedir. **İnan** sh. 218 vd; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 120 vd; **Oğuzman/Öz**, sh. 148 vd; **Eren**, sh. 280 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 142 vd; **Besson**, sh.160. Buna karşılık, ön akdi sözleşme yapma özgürlüğünün bir sınırı olarak kabul etmemek gerektiğini, çünkü bu vadin de serbest irade ürünü olduğunu; borçlanma iradesinin her zaman ve gerekli olarak ifa etme iradesi taşımadığını, savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu konu hakkında M.Molitor’un görüşleri ve eleştiriler için bkz. **Rieg**, sh.220 vd.

doğan en tipik örneği, satıcılar ile hizmet sunanlar açısından sözleşme yapma mecburiyetini hükme bağlayan TKHK'un 5 inci maddesi oluşturmaktadır¹⁴⁴.

Öte yandan, açıkça bir kanun hükmü bulunmamakla beraber, özellikle *kamu hizmeti veren kurum ve kuruluşlar ile imtiyaz yoluyla bu hizmetleri yürüten işletmeler* açısından da, işin niteliği gereği bir sözleşme yapma mecburiyetinin varlığı kabul edilir. Çünkü bu hizmetler, toplum ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla, kamu yararına yapılan ve tüm vatandaşların eşit faydalanma haklarının bulunduğu “kamu hizmetlerindendir”¹⁴⁵. O halde, örneğin, ulaşım yollarının, posta, su, elektrik, doğalgaz idarelerinin kendilerine yapılan talepleri kabul etme zorunlulukları vardır. Çünkü söz konusu hallerde, sözleşme yapma mecburiyeti geçerli olmazsa, bireyler arasında eşitsizlik ve adaletsizlik doğacaktır ki, bu durum hukuk düzeninin, belirli hizmetleri imtiyaz yoluyla veya kamu hizmeti niteliğiyle herkesin yararına düzenlemesi fikrine aykırıdır. *Von Tuhr'un* aksine Yargıtay bu tür ilişkileri özel hukuk ilişkileri olarak kabul etmekte ve sözleşmeleri “*iltihaki sözleşmeler (contrat*

¹⁴⁴ Maddeye göre, üzerinde “numunedir” veya “satılıktır değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir her hangi bir yerinde teşhir edilmesi, onun stokta bulunduğu anlamına gelir. Satıcı teşhir ettiği malların satışından kaçınmaz. Satılmadığı halde satılmış gibi gösteremez. Hizmetlerin satışından haklı bir sebep olmaksızın kaçınmaz. TKHK. m.5'in sözleşme yapma zorunluluğu ile bağlantısı hakkında bkz. **İnceoğlu**, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5.maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, M.K.Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, sh.391-429. Ayrıca, özel hukuk bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun kanun ile öngörülmesi aslında çok fazla karşılaşılan bir durum değildir. Bu duruma örnek olarak BK.m.583 ve m.627; KTK.m.91; Avk.K.m.37 ve m.48 hükümleri verilebilir. Ayrıca 6570 s. Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 11 inci maddesinin sözleşmenin sözleşme yapma mecburiyeti getirip getirmediği hususunda ve durumun özellikleri hakkında bkz. **İnceoğlu**, sh.395 vd.

¹⁴⁵ **Saymen-Elbir**, sh. 187; **İnan**, sh.214; **Merz**, (condition générale) sh. 194 vd; **Guggenheim**, sh.30; **Engel**, sh. 101 ve (évolution) sh. 11; **Besson**, sh.160 vd; Ayrıca bu konuda özel bazı örnekler için, bkz. **Thilo**, Notre jurisprudence sur les monopoles de fait des services industriels, communaux; JdT 1960, sh.260 vd; **Ruffy**, L'obligation de transporter en droit postal, ferroviaire et aérien suisse, Lausanne, 1964; **L'Huillier**, Le règlement de transport dans ses rapports avec le Code des Obligations, Mélanges Roger, Montreux, 1964.

d'adhésion)” içine dahil etmektedir¹⁴⁶. Bu noktada iltihaki sözleşmelerin daha çok kamusal makamlarla akdedilen sözleşmeler için kullanıldığını; buna karşılık standart bir sözleşme çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde müşterinin fiili durum gereği aynen kabul etmek zorunluluğu bulunan hallerin “*genel işlem şartları*” ile ifade edildiğini hatırlamak da fayda vardır¹⁴⁷. Zira bu anlamda genel işlem şartları iltihaki sözleşmelerle aynı yönde bir istisna oluşturmazlar¹⁴⁸.

Yine *güdümlü ekonomik sistemlerde*, özellikle ülkelerin ekonomik yönden bunalımlı olduğu ve sosyal dengesizlikler sebebiyle ihtiyaçların karşılanmasının güçleştiği olağanüstü zamanlarda, bazı mal veya hizmetler yönünden de sözleşme yapma mecburiyeti düzenlenebilir. Kamu yetkililerinin bu mecburiyeti getirmekteki amaçları, Larenz’e göre, bir taraftan az bulunan malların stoklanmasına engel olmak,

¹⁴⁶ YİBK, 5.4.1944 T, 4.12.1944 E’lı kararı, YİBK II, sh.312, 313; YHGK 11.5.1977 T. 4-1976/480 E’lı kararı (YKD 1978, 8/1255) Von Tuhr’a göre ise bu durumlarda mal ve hizmeti sağlayanlar ile bunları talep eden ve yararlanan kişiler arasındaki ilişki kamu hukukundan doğan bir ilişkidir. **Von Tuhr**, sh. 261 vd. Ayrıca bu konuda bkz. **Tandoğan**, (Tüketicinin Korunması), sh.24; **Wessner**, Les contrats d’adhésion: Quelle protection pour la partie réputée la plus faible?, RDS 1986 I sh. 161 vd; **Nordmann**, Le contrat d’adhésion: abus et remèdes, Lausanne, Fribourg, 1974; **Tercier**, sh.169 vd.

¹⁴⁷ İltihaki sözleşmelerde, sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi genel olarak mümkün değildir. Buna karşılık genel işlem şartlarında müşterinin değişiklik yapmasında hukuken bir engel bulunmamasına rağmen fiili durum gereği aynen kabul etmek zorunda kalmaktadır. Bu konuda bkz. **Merz**, Le Contrôle Judiciaire Des Conditions Générales Du Contrat En Droit Suisse, SJ 1975, sh.193, 194. Yargıtay’ın bu yöndeki kullanımları için örnek olarak bkz. Doğalgaz abonman sözleşmelerinde bakanlığın belirlenen üst sınırı aşan tarifeler uygulaması durumu ile ilgili *Yarg.13. HD, 18.3.1996 T, 1996/1734 E, 1996/2495 K*, (YKD 1996, sh.746, 749) Söz konusu kararda Yargıtay, hem iltihaki sözleşmeleri hem de genel işlem şartlarını ayrı ayrı açıklamaktadır.

¹⁴⁸ Örneğin bir sigorta sözleşmesi yada bir banka kredi sözleşmesi söz konusu olduğunda burada hizmeti sunan kişi bakımından bir sözleşme yapma mecburiyetinin varolduğunu söylemek elbette ki mümkün değildir. Ancak genel işlem şartlarının yürürlük denetimleri bir yana, özellikle içerik denetimleri yönünden, bilhassa BK.m.19 sınırında düzenlenmeleri gerekeceği ve hakkın kötüye kullanımı ile (MK.m.2/II) sınırlanmaları gerektiği çok açıktır. Bu kontrole “açık denetim” adı verilmektedir. **Guggenheim**, sh.41. Bu konuda özellikle genel işlem şartlarının ahlâka aykırılık taşımasıyla ilgili bkz. **Atamer**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999, sh.151-162. Ayrıca bkz. **Dessemontet**, Le contrôle judiciaire des conditions générales: Caruzzo/Oberson La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne, 1988, sh.57 vd; **Merz**, (condition générale) sh.193 vd; **Tercier**, sh.160 vd; **Pédamon**, sh.88-96; **Engel**, sh.126; **Neumayer**, Les conditions générales des contrats-contrats d’adhésion, Recueil des travaux suisses au VIII. Congrès international de droit compare, 1970, sh.153 vd; **Rieg**, sh.242 vd.

diğer yandan zirai üretimin toplum tüketimine düzenli şekilde dağılımını sağlamak, ve nihayet mülkiyet hakkı sahiplerinin kullanmadıkları yada onlar için faydasız halde bulunan alanları bu dönemlerde kendilerine saklamalarına engel olmaktadır¹⁴⁹. Bu durumlarda, sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılmasından çok, gerçekten ortadan kaldırılmasının söz konusu olduğu da söylenebilir¹⁵⁰.

O halde yasal hükümlerle kişilere bir sözleşme yapma mecburiyeti getirilmeyen durumlarda; kural olarak bireylerin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, kendilerine sunulan hukuki ilişki tekliflerini, gerekçe dahi göstermeden ret edebilme imkanları vardır. Ancak, geçerli bir sebebi bulunmaksızın, sadece başkasına zarar vermek amacıyla sözleşme ilişkisine girmeyi ret etmek de *genel ahlâk kurallarına aykırı* niteliği gereği; genel ve dolaylı bir sözleşme yapma mecburiyeti halini ortaya koyacaktır¹⁵¹. Özellikle tekel durumundaki işletmeler ve otel, lokanta, tiyatro gibi umuma açık yerlerin işletilmeleri söz konusu olduğunda, sözleşme yapma

¹⁴⁹ Bu sebeple özellikle ikinci dünya savaşı sırasındaki uygulamalar ile açıklanan, güdümlü ekonomi politikalarında, esas olarak iki yönlü bir plan üzerine yapı kurulur: Bunlar konut ve tüketim mallarının düzenli, toplum yararına olarak, eşit ve mümkün olduğunca adil şekilde dağılımıdır. **Rieg**, sh.229. Türk hukukunda bu duruma örnek olarak, 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu (bu kanun 1960 yılında 5/322 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır), 25.10.1983 tarihli 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu m.8 ve m.9 verilebilir. Ayrıca başka örnekler için bkz. **İnan**, sh.215, dipn.283.

¹⁵⁰ Bir kimse sözleşme yapma mecburiyetine dayandığında dahi, belli bir irade açıklamasını dile getirmesi gerekirken, güdümlü ekonomi içinde sözleşme ilişkisinde, birey kendini re'sen; *Durand'ın* ifadesiyle “Yasal temelli sözleşme ilişkisi” içinde bulunmaktadır. *M.Morel* bu durumu, “sözleşme şeklini almış yasal bir statü” olarak adlandırılır. **Rieg**, sh.231.

¹⁵¹ Alman Yüksek Mahkemesi ilk olarak, 1901 tarihinde, genel ahlâka aykırı bir şekilde zarar veren kimse bakımından bu zararın tazmini konusunda bir sözleşme yapma mecburiyetinden bahsetmiştir. RGZ 48-114 (129) Ayrıca 13.1.1955 tarihli BB 55-139. Kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Rieg**, sh.232 vd. Dürüstlük kurallarına aykırılık görüşünü savunan yazarlara göre ise bu durum, genel olarak hukuka aykırılık oluşturacağından, BK.m.41/f.1 hükümleri geçerli olacaktır. Örneğin Alman hukukunda, **Nipperdey** (Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena, 1921, sh.54 vd.), Fransız hukukundan **Grossen** (La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, Fribourg, 1968, sh.121 vd. **Oğuzman**, sh.518, dipn.156a) gibi. Alman hukukunda baskın olarak kabul gören bu görüş, Fransız, Türk ve İsviçre hukuklarında çok taraftar bulmamıştır. Bu durumlarda hakkın kötüye kullanımı değil, gerçekte üçüncü kişiye karşı işlenmiş olan bir kusur söz konusu olduğundan, m.41/f.2 anlamında bir haksız fiil söz konusudur. Dolayısıyla sözleşme yapmaktan kaçınma sebebiyle tazminat borcu doğmalıdır. **Rieg**, sh.223 vd.

mecburiyetinin olup olmadığı; eğer varsa hukuki dayanağının ne olacağı tartışılmaktadır. Umuma açık yerlerin işletilmesinde sözleşme yapmaktan kaçınmanın hukuki dayanağı hakkında; sözleşme ilişkisini ret etmenin; aleni icaba uygun olmadığı (BK.m.7)¹⁵² ya da dürüstlük kurallarına aykırılık sebebiyle hakkın kötüye kullanımı yaratacağı (MK.m.2)¹⁵³ yönünde görüşler bulunmakla beraber baskın görüş, davranışın genel ahlâk kurallarına aykırılık sebebiyle (BK.m.41/2) haksız fiil oluşturduğu yönündedir¹⁵⁴. (§ 5, VI) Bu görüşe göre özetle, tekel durumundaki işletmeler ister fiili, ister hukuki tekel olsun, sözleşme ilişkisinden kaçınmak, başkasına zarar vermek amacıyla meydana gelmişse, davranış genel ahlâk kurallarına aykırılık sebebiyle bir haksız fiildir. (BK.m.41/II) Bilhassa bireyler açısından hayati önem taşıyan mal ve hizmetler bakımından, örneğin bir yerdeki tekel niteliğine sahip

¹⁵² Bazı yazarlara göre özellikle otel, tiyatro, lokanta gibi umuma açık yerlerde BK.m.7/f.3 anlamında aleni icap bulunduğundan, müşterilerin başvurusuyla sözleşme kurulur. **Eren**, sh.275; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh.365; **Tunçomağ**, sh.245; **Feyzioğlu**, sh.277. Ancak bu görüşün kabul edilebilmesi için öncelikle semeni gösterecek bir malın teşhiri gerekir ki bu da her zaman mümkün olmamaktadır. O halde en fazla bir icaba davetin varlığından söz edilebilecektir. **Oğuzman/Öz**, sh.146; **Tandoğan**, (Özel I), sh.11. İcaba davet söz konusu olduğunda sözleşmenin kurulmama imkanı her zaman vardır. Öte yandan icabın varlığında ise, artık zaten sözleşme yapma özgürlüğü değil, icabın bağlayıcılığı meselesi söz konusu olmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. **İnceoğlu**, sh.401-402. İsviçre Federal Mahkemesi ise, önüne gelen bir meselede, CO.m.7/f.3 çerçevesinde şunu belirtmektedir: “...ahlâk kurallarına saygı, kanun koyucu tarafından kaleme alınmış bir kuralın sonuçlarının, istediği ölçülerde açıkça değişebilmesi yönünde bir araç olarak kullanılmamaktadır. İcabin kabul borcu, çok istisnai durumlarda, icabın ya haklı sebepleri bulunmadan ret edilmesi ya da karşı taraftaki kişinin hayati menfaatlerini tehlikeye sokması hallerinde mümkündür. ATF 80/1954 II sh:26, 37 = JdT 1955 I sh.136, 142; **Engel**, sh. 101.

¹⁵³ Bu görüş taraftarı yazarlara göre, umuma açık yerler ve bilhassa tekel durumundaki işletmeler açısından dürüstlük kurallarından kaynaklanan bir icabı kabul borcu söz konusudur **Saymen/Elbir**, sh.187; **Oğuzman/Öz**, sh.147. Bu durumda özellikle tekel durumundaki bir işletmenin haklı sebep olmadan sözleşmeden kaçınması hakkın kötüye kullanımı kabul edilecektir. Kabul beyanı yapılmadıkça sözleşme kurulmuş olmayacağından, dürüstlük kurallarına aykırılıktan kaynaklanan sözleşme yapma borcuna aykırı hareket eden kişi BK.m.96 vd. göre tazminle yükümlü tutulacaktır. Aynı görüşler için bkz. Alman hukukunda; **Nipperdey** Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, Jena, 1921, sh.54 vd, Fransız hukukunda; **Grossen**, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, Fribourg, 1968, sh.121 vd; **Dabin**, Le droit subjectif, Paris, 1952, sh.277-278; (301-302).

¹⁵⁴ BK.m.41/II hükmüyle ilgili bkz. aşağıda § 5, VII. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rieg**, sh.225 vd; Alman ve Fransız hukuklarında meselenin karşılaştırması için sh.229. Ayrıca, İsviçre Federal mahkemesinin de, fiili tekel durumunda sözleşme yapmaktan kaçınmanın genel ahlâka aykırı bir davranış sayıldığı yönünde kararları bulunmaktadır. Örn. ATF 80 II 26 vd. 37; ATF 80/1954 II sh:26, 37 = JdT 1955 I sh.136, 142; **Engel**, sh. 101. Yargıtay ise özellikle fiili tekel durumları için, hem dürüstlük kurallarına hem de genel ahlâk kurallarına aykırılık bulunduğunu belirtmektedir. Örnek olarak bkz. *YHGK 10.12.2003 T, E.2003/4-693, K.2003/740*.

ekmek fırını ya da eczane sahibi yönünden sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kaçınılmazdır¹⁵⁵. Buna karşılık tiyatro, restoran, sinema gibi herkese açık yerler bakımından, o bölgede tek olsalar dahi, kişilerin hayati çıkarlarının ihlali söz konusu olmayacağından herhangi bir sözleşme yapma zorunluluğun doğması da beklenilemez¹⁵⁶. Ancak günümüzde serbest piyasa ekonomisi ile birlikte bir yandan mal ve hizmetlerin herkese açık sunumu ve çeşitliliği; diğer yandan da bilhassa haksız rekabet ve kartellerle ilgili yasal düzenlemeler, uygulamayı oldukça daraltmıştır. (Örn. RKHK m.6 gibi)

2) Şekil Özgürlüğü Bakımından Sınırlar

Türk hukukunda, şekil özgürlüğü kural, şekil zorunluluğu istisna olduğundan kural olarak taraflar, sözleşme ilişkilerini diledikleri biçimde yapabilirler. Ancak hukuk düzeni, tıpkı diğer özgürlüklerde olduğu gibi, kamu menfaati gerekçesiyle bu özgürlüğü de sınırlamaktadır¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre doktorlar bakımından bu durum biraz daha farklıdır, çünkü aynı zamanda, mesleki yasal düzenlemelerin de ihlali söz konusu olabilir ve olağanüstü bir durum dışında bütün doktorların, tehlike durumundaki bir hastaya eğer diğer tıbbi yardımlar sağlanamıyorsa, derhal yardım etmek zorunluluğu vardır. **Engel**, La responsabilité civile du médecin, n.863. Böyle bir durumda da, yapılan davranış ahlâka aykırılıktan çok hukuka aykırılık doğuracaktır. (BK.m.41)

¹⁵⁶ Bu durum özellikle İkinci dünya savaşı sonrası Almanya’da çok tartışılmıştır. Sorun tekel durumunu belirlemedeki yorum farklarından doğar. Mesela, *M.Nipperdey’e* göre (Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena, 1920; sh. 55); zorunluluk özel yasal hükümlerle düzenlendiği durumlar dışında, ancak, tekel durumunun “genel ahlâka aykırı kullanımı” söz konusu olduğunda varolabilir. Yine *Larenz* ve *Bülck*, tekel durumunu daha geniş yorumlamaktadırlar. Bazı edimleri sağlamakta tek bir işletme olmak değil, “tedarik ödevi olup olmadığının bilinmesi” kıstas alınmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rieg** sh.225 vd.

¹⁵⁷ Her özgürlükte olduğu gibi şekil özgürlüğünün de kendine özgü sınırları vardır. Şekil özgürlüğünü sınırlamadaki özel amaç; kurulmak istenen hukuki işleme taraf olanların korunması; genel amaç ise, kamu menfaati ve üçüncü kişilerin menfaatlerini korumaktır. Borçlar Kanunundaki şekil kurallarının çoğu özel koruma amacıyla konulmaktadır. **Altaş**, sh.49. Şekil özgürlüğü hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Tuğ**, sh.9 vd. Ayrıca, **Eren**, sh. 239 vd; **Oğuzman/Öz**, sh.116 vd ; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 99 vd; **İnan**, sh. ; **Ataay**, sh. 236 vd; **Kılıçoğlu**, sh.70 vd. Ayrıca, **Tercier**, sh.130 vd; **Engel**, sh.246 vd; **Gauch/Schluep/Tercier**, n. 488 vd. **Guggenheim**, (Commantaire Romand), sh. 57 vd.

Buna göre, bazı hukuki işlemler, gerek geçerlilik, gerekse ispat yönünden kanun koyucu veya bizzat taraflarca şekil şartına bağlanabilir. Eğer bir sözleşme öngörülen şekle uygun yapılmadıkça geçerlilik kazanamıyor ise, yani bir geçerlilik (sıhhat) şekli söz konusu ise artık tarafların sözleşme özgürlüğünden bahsetmek de mümkün olmayacaktır. (BK.m.11/f.II). Bu hüküm Borçlar Kanunu sistemimiz içinde şeklin ispat bakımından konulmuş bir şart olmadığını, sözleşmenin geçerliliği bakımından emredici bir hüküm olduğunu göstermektedir¹⁵⁸.

Geçerlilik şekli, ya alacağın temliki (BK.m.163/I), kefalet (BK.m.484), bağışlama taahhüdü (BK.m.238/II) veya taşınmaz satımı (BK.m.213) gibi kanun koyucunun belirlediği, “*kanuni (yasal) şekildir*”. Ya da kanunen şekle tabi olmayan ancak taraf iradeleri ile herhangi bir şekilde yapılacakları kararlaştırılan “*iradi (rızaî, ihtiyari) şekil*” söz konusudur. BK.m.16/I hükmü gereği, bu şekle uygun olmadan yapılan sözleşme, tarafları borç altına sokmayacağından madde, iradi şeklin sözleşmenin geçerlilik şekli olduğuna dair kanuni bir karine getirmektedir¹⁵⁹. Böylece, kanun veya taraf iradeleriyle öngörülen şekil mecburiyeti halleri dışında örneğin örf ve âdet hukuku veya hakimın yarattığı hukukla bir şekil şartı getirmek

¹⁵⁸ **Saymen/Elbir**, sh. 201; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 101; **İnan**, sh. 166; **Altaş**, sh.10. Öte yandan, hukuk düzeni şekli hukuki işlemin ispatını kolaylaştırmak ve mümkün kılmak için öngörmüş ise, şekil, “ispat şekli”dir. Ancak ispat şekline uyulmaması dahi, hukuki işlemin geçerliliğini etkilemeyecektir. Çünkü, usul hukukunun bu kuralı, kanunların, yani maddi hukukun şekil kurallarından tamamen bağımsızdır. **Tunçomağ**, sh. 151; **İnan**, sh.167.

¹⁵⁹ Taraflar şekli aralarında ispat şekli olarak da kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, ispat şekli olduğunu iddia eden taraf iddiasını ispat edecektir. Zira ispat şekli olarak kararlaştırılan bir iradi şekil, sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır. **İnan**, sh.169 vd. Kaldı ki, taraflarca getirilen şekil kuralının varlığı, zaten genel ispat kuralına göre, ‘kendi lehine haklar çıkaran’ tarafça ispat edilmelidir. Örneğin, taraflardan en az birisi, kararlaştırılan şekil kuralı yerine getirilmeden ifade bulursa, bu ifa şeklin geçerlilik şartı olmadığına karinedir. **Altaş**, sh.71.

mümkün değil iken; kanun koyucu açık bir yetki vermemiş ise, tüzük veya yönetmelikle de şekil şartı konulamaz¹⁶⁰.

Kanunen ya da taraf iradeleri ile sözlü, adi yazılı veya resim yazılı geçerlilik şekline tabi kılınan bir sözleşme, bu şekillere uygun olarak yapılmaz ise, geçerli değildir¹⁶¹ ve geçersiz olan bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak da kural olarak genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaz¹⁶². Buna karşılık *özellikle taşınmaz satımındaki* şekle aykırılık hallerinde, meselenin hakkın kötüye kullanımı (MK.m.2/II) yasağı ile aşılması yönünden doktrin ve Yargıtay'ın farklı görüşleri bulunmaktadır¹⁶³. Ancak dürüstlük kuralları ve buna bağlı hakkın kötüye kullanımı, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmek zorundadır. Dolayısıyla, kuralın uygulanması yönünden, kesin ve net kriterler belirlemek mümkün değildir¹⁶⁴. (§ 5, V)

¹⁶⁰ **Altaş**, sh.48; **Eren**, sh.240.

¹⁶¹ Burada sözleşmenin geçersizliğinin hangi yaptırıma tabi kılınacağını ortaya koyan, doktrinde şu görüşler bulunmaktadır: Butlan görüşü, kendine özgü geçersizlik görüşü, yokluk görüşü, eksik borç görüşü ve fiili sözleşme görüşü. Bu görüşler hakkında bkz. **Guggenheim**, (Commentaire Romand), sh. 61 vd; **Eren**, sh.259-265; **Kılıçoğlu**, sh. 88 vd; **Oğuzman/Öz**, sh.126 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, sh. 101 vd; **Engel**, sh. 259 vd ; **Tercier**, sh. 135; **Altaş**, sh. vd; 89 vd; **Tuğ**, sh.128 vd.

¹⁶² Örnek olarak bkz. Yarg. 15.HD, 15.11.2001 T,E.2001/3091, K.2001/5233.

¹⁶³ Yargıtay üç halde sözleşmenin batıl olduğu iddiasını hakkın kötüye kullanımı olarak kabul etmektedir: Bir kimse 1) şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olduğunda; 2) sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce sözleşmeden kurtulmak istemesi *ahlaki duyguları* rencide ediyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksul kaldığı için değil, aksine sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullanıyorsa; ve nihayet 3) taahhütlerini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse. Bu durumlarda artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı anlamını taşır. Bu durumda savunma yasal korunmadan yoksun kalır. *Yarg. HGK. 6.6.1979 T, E. 1978/4-190, K. 799; Yarg. 4. HD. 5.5.1958 T, E. 3355, K. 2984; Von Tuhr*, sh. 232 vd; **Tandoğan**, (Özel I), sh. 238 vd; **Kılıçoğlu**, sh. 96 vd; **Aral**, sh. 181 vd.

¹⁶⁴ Nitekim Yargıtay da, dürüstlük kurallarının uygulanmasında kesin sınırlar koymanın mümkün olmadığını belirterek bu yönde bir içtihadı birleştirme kararı oluşturmak yoluna gidilemeyeceğini belirtmiştir. YİBK. 3.11.1980 T, E. 1980/3, K.1980/2. Dolayısıyla İsviçre hukukunda Meier-Hayoz, Merz, Spiro gibi kimi yazarların somut kriterler belirlemek yönündeki çabaları da yetersiz kalmaktadır. Bu konuda bkz. **Deschenaux**, sh. 179.

Bu kapsamda bazı yazarlar, *taraflarından birinin, şekle aykırılığı bizzat yarattığı* ve daha sonra şekle aykırılık itirazında bulunduğu durumları, BK.m.41/II hükmü çerçevesinde değerlendirmekte ve böylece genel ahlâka aykırı fiile sözleşmenin geçersizliğine sebep olan tarafın, karşıdaki kişinin menfi zararını tazminle yükümlü olacağını kabul etmektedirler¹⁶⁵. Ancak bu mesele doktrin ve içtihatlar yönünden, hakkın kötüye kullanımı yasağı ile aşılmakta ve bu nedenle şekle aykırılık itirazının dinlenemeyeceği kabul edilmektedir¹⁶⁶. Diğer yandan Yargıtay, taşınmazın temlikine ilişkin edim ifa edilmeksizin, taşınmazın devrinin (ferağını) imkansız hale getirilmesi durumunda hakkın kötüye kullanımı esasını benimsemekle beraber, davranışı BK. m.41/II düzenlemesine göre *genel ahlâka aykırı* kabul etmekte ve böylece, şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğunun kabulü ile ifa menfaatinin (olumlu-menfi zararların) tazminine imkan tanımaktadır¹⁶⁷.

3) Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Sınırlar

Sözleşmenin konusunu ve tipini belirleme, değiştirme ya da ortadan kaldırma serbestisini ifade eden düzenleme özgürlüğü kural olmakla beraber, mutlak ve sınırsız

¹⁶⁵ **Feyzioğlu**, Medenî Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medenî Kanun 50.Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul, 1978, sh. 183. Ayrıca İsviçre hukukunda Merz, Oser/Schönenberger, gibi kimi yazarların aynı yöndeki görüşleri yönünden bkz. **Deschenaux**, sh. 182. Hatta yazarlar, BK.m.41/II hükmünün yanında culpa in contrahendo sorumluluğuna da gidilebileceğini belirtmektedirler.

¹⁶⁶ Türk ve İsviçre hukukları yönünden genel olarak kabul edilen görüş bu yöndedir. **Tandoğan**, (Özel D), sh. 238; **Oğuzman/Öz**, sh. 129; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, sh. 107; **Kılıçoğlu**, sh. 106. Ayrıca **Engel**, sh. 264; **Deschenaux**, sh 178 vd; **Tercier**, sh. 135, **Guggenheim**, (Commentaire Romand) sh. 62 vd; ATF 116 II 700, JdT 1991 I 643.

¹⁶⁷ Örnek olarak bkz. Yarg.13. HD. 24.3.1995 T, E.1995/2203, K.1995/2905; Yarg. 13. HD, 2.12.1991 T; E. 1991/7217; K. 1991/10901; Yarg. 13.HD, 30.1.1992 T,E, 1991/8879, K.1991/645; Yarg. 13. HD, E. 24.1.1992 T, E.1991/8698, K.1992/486, Yarg. 13.HD. 17.4.1984 T,E.1984/761, K.1984/2930. Diğer yandan İsviçre’de Merz, Oser/Schönenberger, gibi kimi yazarlar, şekle aykırılığın bizzat yaratılması durumunda da, sözleşme geçerli sayılmadığından, sadece sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan müsbet (olumlu) zararın tazmininin mümkün olabileceği görüşündedir. Bu konuda ve aksi yöndeki yazarın görüşleri hakkında bkz. **Deschenaux**, sh. 182-183.

bir hürriyeti ifade etmemektedir. Buna göre, bir yandan Anayasanın 13 üncü maddesi temel hak ve özgürlükler yönünden düzenleme özgürlüğünün sözleşme özgürlüğü ilkesine paralel olarak çerçeve sınırlarını belirlemekte¹⁶⁸; diğer yandan MK'nun 23 üncü, BK'nun ise 19 ve 20 inci maddeleri sözleşme içeriğinin genel sınırlarını ortaya koymaktadır. Bu sınırlar; sözleşmenin içeriğinin hukuka (§ 5, I), kamu düzenine (§ 5, II), genel ahlâk kurallarına, kişilik haklarına (§ 5, III) aykırı ya da imkansız olmamasıdır.

Sözleşmenin içeriği kavramının kapsamıyla ilgili ise aşağıda daha detaylı şekilde inceleyeceğimiz üzere (§ 6, I) doktrinde iki farklı görüş vardır. Buna göre; *dar anlamıyla sözleşmenin içeriği*; taraflarca kararlaştırılan edimlerin tamamını, yani tarafların karşılıklı hak ve borçları ile ulaşmak istedikleri amacı ifade eder. Bir başka deyişle, sözleşme ilişkisi içinde, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösteren geçerli normlar bütünüdür. *Geniş anlamıyla sözleşmenin içeriği* ise; tarafların sözleşme ilişkisi içinde kararlaştırdıkları her şeyi kapsar ki, buna tarafların dolaylı ortak amaçları da (§ 7, II) girecektir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Anay.m.13/f.2'de genel sınırlar yanında özel sınırların da öngörülebileceği hükme bağlandıktan sonra, aynı maddenin 3.fıkrasında, belirtilen genel sınırlamaların tüm temel hak ve özgürlükleri kapsadığı belirtilmektedir. Maddede bu sınırlama sebepleri dışında “milli egemenlik”, “milli güvenlik”, “genel asayiş”, “genel sağlık”, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”, “kamu yararı”, “cumhuriyet” gibi sebepler de sayılmaktadır. **Eren**, sh.285.

¹⁶⁹ *Dolaylı ortak amaç*, sözleşmenin dar anlamda içeriğinde yer almayan ancak tarafların sözleşme ile ulaşmaları mümkün olan, taraflarca ortak olarak istenen ve takip edilen amaçtır. Ortak amacın geniş anlamda sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi için her iki tarafça bilinmesi ve istenmesi gerekir. **Başpınar**, sh.59. Yazar bu konuda şu örneği vermektedir: Kürtajın her türünün yasak olduğu bir ülkede hamile bir kadının çocuk düşürmek amacıyla eczaneden ilaç satın alması durumunda, eczacının bu durumu bilmemesi halinde tarafların dolaylı ortak amacı söz konusu olmayacaktır. (Kürtajla ilgili bkz. ATF 129 III 209, JdT 2003 I sh. 623-629) **Schneider/Fick** ise, bu durumu şu ifadelerle açıklamaktadır: “Genel ahlâka aykırı sözleşmeler sadece sözleşmenin dar anlamı ile içeriği genel ahlâka aykırı olduğunda yoktur, aynı zamanda dolaylı olarak yasak olanı veya yasal bir şeye engel olduğunda da, kınanacak davranışlarla ahlâk duyguları rencide edilirse de vardır.” **Schneider/Fick**, sh. 60. Ayrıca bu konuda örnek olarak bkz. ATF 26 II, 142. **Gauch/Schluep/Tercier** ise bu konuyla ilgili şu açıklamayı yapmaktadır: “sözleşmenin konusu geniş anlamda, taraflarca takip edilen amacı da kapsayarak ele alınmalıdır. (ATF 50 II 501) Bu

Buna göre düzenleme özgürlüğünün sınırlarını, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz (§ 5) ve bu kısımda ayrıca üzerinde durmayacağımız; sözleşmenin imkansız olması, hukuk kurallarına, ahlâk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık oluşturmaları halleri çizmektedir.

Son olarak, sözleşmeyi değiştirme ve kaldırma özgürlüğünün ancak tarafların anlaşmasıyla mümkün olduğunu ya da bazı özel durumlarda taraflardan birinin talebi ve hakim kararı ile sözleşmenin hükümlerinin değiştirilebildiğini veya ortadan kaldırılabilirdiğini de vurgulamak gerekir. Nitekim, BK.m.365/f.2’de yer alan ve sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlara bağlı, borcun ifası dürüstlük kurallarına aykırılık yarattığında; sözleşmenin *uyarlanması* hüküm, bu anlamda diğer sözleşmeler yönünden de uygulanabilir bir hüküm olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁰

kategoriye girebilecek durumlar 2 tanedir: 1) Kendiliğinden genel ahlâka aykırı sayılan bir edime yönelen sözleşmeler; örn: boşanma amacıyla zinaya itmek (ATF 37 II 392); fuhuştan menfaat sağlamak (pretium stupri: ATF 39 II 89) 2) Ticari iyiniyete aykırı sözleşmeler; örn: açık arttırmada artırma/eksiltme amacıyla anlaşma (pretium de non licitando; ATF 82 II 23), hileyle terekeye el koyma girişiminde işbirliği yapmak (ATF 66 II 257), bazı şartlarda üçüncü kişinin haklarına aykırılık taşıması için sözleşme kurmak (ATF 102 II 340) **Gauch/Schluep/Tercier**, sh.72. Ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 220 vd.

¹⁷⁰Bu anlamda Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 143 üncü maddesine, Yürürlükteki Kanunda yer almayan “III. Aşırı ifa güçlüğü” kenar başlıklı yeni bir madde getirilmek istenmektedir. Hüküm şu şekildedir: “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır.” Böylelikle, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, “işlem temelinin çökmesi”ne ilişkin düzenlemenin kanun hükmü haline gelmesi amaçlanır. Buna göre, bütün koşullar gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; bununla birlikte, sürekli edimli sözleşmelerde ise, sözleşmeden dönme yerine, kural olarak fesih hakkını kullanabilir. Öte yandan BK.m.365 hükmü ise tasarıda 485 inci maddede ayrıca düzenlenmektedir. Ayrıca işlem temelinin çökmesi (emprevizyon teorisi) hakkında bkz. **Burcuoğlu**, Hukukta Uyarlama, MHAD 1996, sh. 59 vd; **Tunçomağ**, Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük, İHFM, 1967, sh. 884 vd; **Merz**, sh. 183; **Charpentier**, Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l’équilibre des prestations contractuelles, Cahiers de Droit mars 2004, sh. 69 vd ; **Fauvarque**, Le changement de

III- Sözleşme Özgürlüğünün Yaptırımı

A) Genel Olarak “Geçersizlik” Kavramı

Sözleşme özgürlüğü kuralı içinde, tarafların icap ve kabul şeklinde karşılıklı irade açıklamaları, geçerli bir sözleşme ilişkisinin doğması için yeterli değildir. Bir başka ifadeyle her icap ve kabulün bulunduğu yerde değil, geçerlilik koşullarının taşındığı hallerde sözleşme borç doğurabilecektir¹⁷¹. İşte bu geçerlilik şartları; sözleşme ehliyeti, hukuka, genel ahlâka uygunluk, ifa imkansızlığının bulunmaması, irade ile beyan arasındaki uyum ve geçerlilik şeklinin varlığı hallerinde şekle uygunluktur. Bu unsurlardan bir yada birden fazlasının bulunmadığı sözleşmelere geçersiz sözleşmeler denir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü kuralının da yaptırımı olan *geçersizlik (inefficacité)*, sözleşmenin, tarafların istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmediği haller için kullanılan üst bir kavramdır ve bu durumda, sözleşme kurulmuş olmakla birlikte, geçerli hüküm ve sonuçlar doğurması hukuk düzeni tarafından engellenir¹⁷².

circstances, Revue du contrat 2004/1, sh. 67 vd; **Tercier**, Quels fondements pour le contrat? Le Contrat dans tous ses états, Bern, 2004, sh. 209 vd; **Menard**, Imprévision et contrats de longue durée, Mélanges Ghestin, 2001, sh. 661; **Lecuyer**, Le contrat acte de prévision, Mélanges en hommage à François Terre, Paris, 1999, sh. 641 vd; **Engel**, sh. 528; **Schönle**, L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations, Fribourg, 1982, sh.413 vd; **Tercier**, La » clausula rebus sic stantibus » en droit suisse des obligations, JdT 1979 I sh. 194 vd.

¹⁷¹ **Kılıçoğlu**, sh. 60.

¹⁷² **Tercier**, sh. 99; **Von Tuhr**, sh. 229; **Eren**, sh.299. Öte yandan **Oğuzman/Öz** (sh. 136), **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, (sh.374 vd) ve **Eren**, (sh. 298) hükümsüzlük kavramını geçersizlik ile eş anlamlı olarak kullanmaktadırlar. Buna karşılık **Sirmen**, hükümsüzlüğü (etkisizliği) üst kavram olarak Yokluk ve Geçersizlik şeklinde ayırmakta ve hükümsüzlüğü “hukuk düzeninin bir sözleşme olarak öngördüğü olgular bütünü, yöneldiği hukuki sonuçları meydana getirme gücünden yoksun olması” olarak tanımlamaktadır. **Sirmen**, sh. 121b. Ayrıca geçersizliği hukuki işlemlerin oluşmasındaki bir sakatlık gibi gören klasik teori ile, bunu bir yaptırım olarak gören modern teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Güral**, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara, 1953; **Tandoğan**, La nullité, l'annulation et la résiliation

Borç sözleşmelerinde kural olarak tek bir kurucu unsur vardır ki o da irade beyanlarının birbirine uygun olmasıdır¹⁷³. Bir irade beyanının yalnız ya da diğer olgularla birlikte istenen hukuki sonuçları yaratabilmesi için, hukuk düzeninin öngördüğü geçerlilik unsurlarına sahip olması gerekir. Bu anlamda aslında sözleşmenin geçerlilik unsurları, hukuki işlemin kurucu unsurlarının geçerlilik unsurlarıdır ve geçerli olmayan bir irade beyanı hukuki işlemi de geçersiz kıldığından, bunlara hukuki işlemin, dolayısıyla sözleşmenin geçerlilik unsurları da denebilir¹⁷⁴. Bu sebeple geçersizlik, sözleşmenin kurucu unsuru olan; tarafların belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması durumundan yani *yokluk (inexistence)* yaptırımından da ayrılır¹⁷⁵. Çünkü ancak kurucu olguları mevcut olduğu için varlık kazanmış olan bir sözleşme, kanunda öngörülen geçerlilik şartlarının bulunmaması sebebiyle geçersiz olabilir¹⁷⁶.

partielles des contrats, Genève, 1952. Ayrıca geçersizlikle ilgili klasik yazarların (*Von Tuhr, Oser, Becker, Schapfer*) yine *Goutte, ve Guggenheim* ile güncel teoriler (*Piotet, Engel, Wendrich, Tandoğan gibi*) hakkında detaylı bilgi için bkz. **Rochat**, *Inefficacité du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobilier*, 2002, sh. 217 vd.

¹⁷³ Hukuk işlemin kurulabilmesi için gerekli olan “*Kurucu Unsurlar*” dar anlamda her zaman irade beyanı ya da irade beyanlarıdır. Bunun yanında bazı durumlarda irade beyanı dışındaki diğer kurucu unsurlara da ihtiyaç olabilir. Örneğin, evlenmede olduğu gibi resmi bir makamın katılımı ya da real sözleşmelerdeki gibi maddi bir olayın gerçekleşmesi. Bunun dışında, yasal temsilcinin izninde olduğu gibi, hukuku işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için gerekli olan unsurlara ise “*Tamamlayıcı Olgular*” denir. Bu konularda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 109 vd; **Sirmen**, (şart), sh. 8 vd.

¹⁷⁴ **Sirmen**, (şart), sh.11 vd.

¹⁷⁵ Yokluk ve geçersizlik yaptırımları arasındaki farklar için bkz. **Tercier**, sh.100; **Tandoğan**, (nullité), sh.22 vd; **Eren**, sh. 298 vd; **Oğuzman/Öz**, sh. 137, **Sirmen**, sh. 121b

¹⁷⁶ **Sirmen**, sh. 121b.

B) Geçersizlik Türleri: Eksiklik, İptal ve Butlan

Kanun koyucu bütün geçersizlik durumlarına aynı etkilere sahip sonuçlar bağlamaz. Bu nedenle doktrinde üst kavram olarak geçersizliğin farklı ayırımları yapılmaktadır¹⁷⁷. En temel ayırım ile geçersizlik üç türlü olabilir: *Eksiklik, iptal ve butlan*.

Eksiklik, (imparfait) kurucu olguları bulunan ancak tamamlayıcı olguları gerçekleşmediği için hüküm ve sonuçları başlangıçta meydana gelmeyen, askıda sözleşmelerdir¹⁷⁸. Tamamlayıcı olgulardaki bu eksiklikler giderildiğinde ise sözleşme, olgunun niteliğine göre ya başlangıçtan ya da olgunun gerçekleştiği andan itibaren tam olarak tüm hukuki sonuçlarını doğurur¹⁷⁹. Örneğin ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlıların yaptıkları ve yasal temsilci iznine bağlı işlemler yönünden izin ya da onamanın bulunmaması halinde sözleşme eksiktir ve onamanın verilmesiyle baştan itibaren geriye etkili olarak hukuki sonuçlarını doğurur. Buna karşılık şartlı işlemde hukuki etkinin bağlandığı gerçekleşmesi şüpheli olay durumunda ise (geciktirici şart), kural olarak şartın gerçekleşmesiyle eksiklik tamamlanır ve sözleşmenin hukuki sonuçları doğar¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Örneğin, **Eren** (sh. 299 vd) ve **Başpınar** (sh. 21 vd) eksiklik, iptal ve butlan şeklinde üçlü bir ayırım yaparken, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, (sh.374 vd) butlan ve yokluktan oluşan “Kesin hükümsüzlük” halleri ile işlemde eksiklik, mevcut hükümsüzlüğün ortadan kalkması, iptal kabiliyetinden oluşan “Askıda hükümsüzlük” halleri şeklinde ayırarak incelemektedir. Buna karşılık **Oğuzman/Öz** ise (sh.136 vd), yokluk, butlan, iptal kabiliyeti, noksanlık, kısmi hükümsüzlük ve sürekli akitlerde hükümsüzlük şeklinde altılı bir ayırım yapmaktadır.

¹⁷⁸ Hatta Tandoğan bu durumu *askıda geçersizlik*, Güral ise *tek taraflı bağlamazlık* olarak ifade etmektedir. Tarafların her ikisi de ya da tek bir taraf bazen askı zamanında da sözleşmeyle bağlı olabilir. **Tandoğan**, (nullité), sh. 38; **Güral**, sh. 194 vd. Ayrıca tek taraflı bağlamazlık yaptırımının bir iptal edilebilirlik türü olarak ele alınması yönünde de bkz. **Eren**, sh. 310.

¹⁷⁹ **Tandoğan**, sh. 38, **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 110, **Sirmen**, sh. 122a.

¹⁸⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 111, dipn.14, **Sirmen**, sh. 122a. Ayrıca bkz. **Sirmen**, (şart), sh.15 vd.

İptal (*iptal kabiliyeti/annulabilit *) ise, hem sözleşmenin geçerliliğini etkileyen unsurun giderilerek sözleşmenin geçerli hale getirilmesinin; hem de aynı unsur sebebiyle ilişkiyi kesin olarak geçersiz hale getirme imkanlarının bir arada bulunduğu bir yaptırım türüdür. Ancak burada sözleşme taraflarının yararını korumak için aranan geçerlilik unsurları bulunduğundan, kanun koyucu bu talep imkanını sadece taraflara bırakmış ve ileri s r lebilmelerini de zaman yönünden sınırlamıştır¹⁸¹. Örneğın, irade sakatlığı hallerinde BK.m.31 h k m  bir yıllık bir hak düşürücü süre belirleyerek bu sürenin bitimi ile sözleşmenin baştan itibaren geçerli bir sözleşme yapılmış gibi hüküm ve sonuçlar doğuracağını belirlemekte ve taraflara bu süre zarfında sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımaktadır.

 ptal edilebilir sözleşmelerin baştan itibaren geçerli olarak kurulan ve bu andan itibaren de hüküm ve sonuçlarını doğuran sözleşmeler olup olmadıkları ise tartışmalıdır. Bu yönde iptal yaptırımını “düzelebilir geçersizlik halleri” ile “bozulabilir geçerlilik” şeklinde ikiye ayıran yazarlar bulunduğu gibi¹⁸², sözleşmenin her zaman baştan itibaren geçerli olarak kurulduğu görüşünde olan yazarlar da vardır¹⁸³. Ancak her durumda sadece taraflara ait bu istenmeyen durum nedeniyle sözleşme doğrudan geçersiz sayılmamakta; hakim re’sen eksikliği dikkate alamamakta hak sahiplerinin bu yöndeki irade açıklamaları beklenmektedir¹⁸⁴. Bu

¹⁸¹ **Kılıçoğlu**, sh. 62. Ayrıca bkz. **Güral**, sh. 183 vd; **Tandoğan**, (nullit ), sh.34 vd.

¹⁸² Buna göre düzelebilir geçersizlik halleri, iptal hakkı sahibinin sözleşme ile baştan itibaren bağı olmadığı hallerdir. Eğer yasal süreler içinde bu hakkını kullanmaz ise sözleşme geçerli hale gelecektir. Hata, hile ve tehdit durumlarda olduğı gibi. Buna karşılık bozulabilir geçerlilik halinde ise, sözleşme baştan itibaren her iki tarafı da bağı ancak iptal hakkı süresi içinde kullanılırsa sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelir. Gabin  rneğinde olduğı gibi. **Sirmen**, sh.122. Aynı yönde **Oğuzman/ z**, sh.139 vd; **Von Tuhr**, sh.226 vd, **Tunçomağ**, sh. 180.

¹⁸³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alt p**, sh. 382; **Eren**, sh. 309, **Başınar**, sh. 22

¹⁸⁴ **Güral**, sh. 100, **Tandoğan**, (nullit ), sh. 35. Ayrıca bu nedenle iptal kavramı için “askıda geçerlilik” de denilmektedir. **Eren**, sh. 309; **Başınar**, sh.22. Diğ r yandan hakkın sadece taraflara tanınmış olması sebebiyle zaman zaman “*nisbi butlan*” terimi de kullanılmaktadır. **Tercier**, sh.

irade açıklamasının kural olarak tek taraflı yenilik doğurucu bir hak şeklinde kullanımı yeterli iken; evlilik ve ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi bazı durumlarda sözleşmenin dava yolu ile iptali de gerekebilir¹⁸⁵.

Butlan (Nullité) ise, kanun koyucunun mutlaka sözleşme ilişkisi içinde bulunmasını istediği ve bu nedenle zorunlu tuttuğu unsurların bulunmaması halinde, her zaman, her ilgilinin ileri sürebildiği hatta ileri sürülmesi dahi hakim in re'sen dikkate alabildiği geçersizlik türüdür. Bu unsurların diğer geçerlilik unsurlarından farkı ise, kamu düzenini ilgilendirmeleri ve sadece sözleşme taraflarının değil üçüncü kişilerin de sözleşmeye güvenleri açısından önemli olmalarından gelir¹⁸⁶. Dolayısıyla aslında kurucu unsurlarına sahip olan sözleşme, hüküm ve sonuçlarını doğurmadığı gibi, tarafların onaması yada edimlerin ifası veya butlana sebep unsurun ortadan kalkması ile de baştan itibaren (*ex tunc*) geçerli bir hale de gelemmez¹⁸⁷.

Butlan sebepleri her hukuk düzeninde farklı olarak belirlenir. Çünkü bu sebepler; her devlet düzeni tarafından belirlenen ve hukuki hayatın temelini oluşturan

101; **Akıntürk**, sh. 209. Bu terimi kullanan yazarlar butlan yaptırımını içinse “*mutlak butlan*” kavramını kullanmaktadırlar. Bu konuda bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 381; **Oğuzman/Öz**, sh. 137; **Kılıçoğlu**, sh.61.

¹⁸⁵ **Eren**, sh.309 vd, ayrıca **Eren**, Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966, sh. 137; **Akıntürk**, sh. 221.

¹⁸⁶ **Von Tuhr**, sh. 225; **Engel**, sh. 294; **Tercier**, sh.101; **Guillod/Steffen**, (Commentaire Romand), sh. 139; **Rieg**, sh. 336 vd; **Opréa**, sh. 172 vd; **Ripert**, sh. 42 vd; **Tandoğan**, (nullité), sh. 25, 26; **Güral**, sh. 45; **Kılıçoğlu**, sh. 61; **Sirmen**, sh. 121c;

¹⁸⁷ **Guillod/Steffen**, (Commentaire Romand), sh. 139; **Güral**, sh. 35; **Eren**, sh.301; **Kılıçoğlu**, 61; **Zufferey-Werro**, sh. 338. Öte yandan butlan ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanımı teşkil ederse, butlan ileri süren korunmaz. Bu nokta yokluk ile butlan arasındaki pratik farkı da belirler çünkü yokluk ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı gerekçesiyle engellenemez. Aynı şekilde batıl sözleşmenin geçerlilik şartları tamam olan bir sözleşmeye çevrilmesi (tahvil) mümkün iken, yoklukta bu imkan da bulunmamaktadır. **Sirmen**, sh. 121c. Buna karşılık genel ahlâk kurallarına aykırılık yönünden, tahvil yoluyla sözleşmenin geçerli bir hale getirilmesinin mümkün olmaması hakkında bkz. **Hatemi**, sh. 213 vd; ayrıca bkz. **Kaneti**, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul, 1972, sh.126 vd.

genel bir anlayış olarak kamu düzeni¹⁸⁸ ile (§ 5, II) sözleşme özgürlüğü ilkesinin çatışmadan doğar¹⁸⁹. Bizim hukuk sistemimiz yönünden de bu sebepler BK.m.19 hükmünde düzenlenmekte; hatta butlan sebepleri için, doktrinde “içerik sakatlığı sebepleri” terimi de kullanılmaktadır¹⁹⁰. Buna göre butlan sebepleri kimi yazarlara göre imkansızlık, hukuka, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık şeklinde beşe ayrılırken; kimi yazarlara göre ise, imkansızlık, hukuka ve genel ahlâka aykırılık şeklinde üçe ayrılır. Bu görüşteki yazarlar kişilik haklarına aykırılığı somut olaya göre hukuka ya da genel ahlâka aykırılık; kamu düzenini ise hukuka aykırılık içinde ele almaktadırlar¹⁹¹. (§ 5, I, II, III)

Çalışmamız kapsamına girdiğinden aşağıda da detaylı olarak ele alacağımız üzere butlan; (§ 8, I) sebeplerin sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına ilişkin olmasına göre tam butlan ve kısmi butlan olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre *tam butlanda* sakatlık, sözleşmenin bütününe ait olduğundan, sözleşmenin içeriğinin tamamen geçersiz olduğu haller; *kısmi butlanda* ise, sakatlığın sözleşmenin sadece bir kısmına ait olduğu, bu nedenle sakat olmayan diğer sözleşme kısımlarının, tarafların farazi iradelerine paralel geçerliliklerini koruduğu durumlar ifade edilmektedir.

¹⁸⁸ Gueinheim, sh.35.

¹⁸⁹ Piotet, De l’invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, RDS, 1957, sh. 99. Ayrıca bkz. Petitpierre, La partie générale du code des obligations: Un texte au service d’un système, Pour Un Droit Pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève, 2002, sh.79-89.

¹⁹⁰ Başpınar, sh. 24.

¹⁹¹ Aşağıda da detaylı olarak ele alacağımız bu ayrımlar için bkz. Başpınar, sh. 24. Diğer yandan Oğuzman ve Tekinay ise, butlan sebeplerini ayırt etme gücünden yoksunluk, emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık, imkansız olma, muvazaa ve geçerlilik şekline uygun olmama şeklinde sıralamaktadırlar. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.383 vd; Oğuzman/Öz, sh. 137. Ayrıca bkz. Güral, sh. 150 vd; Tandoğan, (nullité), sh.27 vd.

§ 3. AHLÂK VE GENEL AHLÂK KURALI KAVRAMLARI

I- Ahlâk Kuralı Kavramı

A) Genel Olarak

Toplum halinde yaşayan insanlar, her an birbirleriyle ilişki ve etkileşim içindedirler. Bu ilişki ve etkileşimin olmadığı bir sosyal çevrede, ne bireylerin ne de toplumların varlıklarını sürdürmeleri mümkün değildir. Çünkü, yaşanan karşılıklı ilişkiler “değerleri” ve “normları” yaratmaktadır¹⁹². Artık o toplumun yaşamında her şey bu değerlere göre algılanmaya ve kavranmaya başlayacaktır. Buna göre, ahlâki değerlerin ve kuralların temelinde de toplumsal ilişkiler ve etkileşimler yatar.

İnsan olmanın doğal sonucu olarak her birimiz, bir yandan içinde bulunduğumuz ortamı tanıyıp uyum sağlamaya, o ortamla ilgili bilgi edinmeye çalışırken¹⁹³; bir yandan da elde ettiğimiz verileri kendi iç dünyamızda değerlendirmeye çalışırız. İşte bu değerlendirme özelliğimiz, bizim tüm davranış ve eylemlerimizin temelinde, aslında her zaman değer yargılarımızın yattığını göstermektedir. Gerçekten de, birey olarak her birimizin kendine ait “değer yargıları” ve bu değer yargılarımıza bağlı iç dünyamızda yaptığımız muhakemelerden doğan “duygularımız” bulunmaktadır. Bir araya gelip, toplulukları ve toplumları

¹⁹² Değerler teorisi ve hukuk üzerine bir inceleme için bkz. **Grzegorzcyk**, La théorie générale des valeurs et le droit, Paris, 1982. Ayrıca bkz. **Kılıçoğlu**, sh. 48 vd.

¹⁹³ Felsefede norm kavramı açıklanırken, insanın tabiat kanunlarına göre oluşan sayısız olaydan belli bir alanda kendisi için uygun olanları seçmek isteğinin varlığından söz edilir. Bu seçimi yaparken bireyin iki değere ihtiyacı vardır. O alandaki en uygun *bilgiye* ve ölçü olarak kabul edeceği bir *amaca* yani *norma*. Ahlâk bakımından da, herkes için geçerli bir kural haline gelip hareket edilebilecek bir emir yaratılırken aynı değerlendirme yapılmaktadır. Bilgi kuramı hakkında bkz. **Mengüşoğlu**, sh. 47 vd; **Güriz**, (Felsefe), sh 8, 11.

oluşturduğumuzda ise, artık bireysel değer yargılarımızın görüntüsü değişmekte ve ortak bir vicdan; yani içinde bulunduğumuz toplumda hakkı, adaleti, görevi, sorumluluğu, doğruluğu ortaya koyan bir “*kamusal (sosyal) vicdan*” doğmaktadır. Dolayısıyla bir kimse yaptığı davranışların sonucunda vicdanen her hangi bir huzursuzluk ve pişmanlık duymuyorsa, hareketi kendi ferdi vicdanına ve ahlâk anlayışına uygun olacaktır. Bu sebeple vicdan aslında ahlâklı olmanın da ilk şartıdır. Diğer yandan, kamusal vicdan ise, toplumdaki ortak ahlâki değerlere göre meydana gelen bir ahlâk ölçüsüdür. Bu anlamda değerlerle ve değer kavramı ile ilgisi son derece açık olan toplumdaki ahlâk kurallarının idealinin de son noktada “kamusal (sosyal) vicdana uygun olmak” olduğunu ifade etmek kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Çünkü bir ahlâk kuralı kamusal vicdanda canlı, güçlü, duygu ve değer yargılarına uygun olduğu sürece devam edebilir.

Böylelikle her an değerlendiren bir varlık olan insan, toplum içindeki olayları, diğer bireylerin davranışlarını ve karşılıklı ilişkileri gözlemleyerek; bunların bazılarını iyi-kötü, haklı-haksız, ahlâklı-ahlâksız gibi ayırımlara tabi tutar. Bundan sonra, artık o olay (davranış, ilişki), basit bir tabiat olayı olmaktan çıkıp ahlâki (ve/veya hukuki) bir olay olma yoluna girer. Peki ama “yalan söylememek, hırsızlık yapmamak, dürüst olmak gibi pek çok ahlâk kuralının asıl kökeni, temeli nedir?¹⁹⁴”

¹⁹⁴ “*Ahlâk kurallarının temelinin ne olduğu*” (Örneğin yalan söylememenin temeli nedir?) sorusu yanıtını hukuk felsefesi içinde, tüm kuralların temelinin ikiye ayıran görüşler içinde aramıştır. Burada 2 temel fikir bulunur: 1) *Yaderklik (heteronomie)*: Kurallar birey olarak “dışımızda” bulunan otoriteler tarafından bize yüklenir. Bu otorite devlet, toplum, tanrı olabilir. (*Hobbes* bu durumun haklı ve doğru olduğunu totaliter devletlerde, devletlerin insan davranışlarını en son ayrıntısına kadar düzenleme yetkisiyle savunmaktadır) 2) *Özerklik (autonomie)*: Bireyin iradesi özerktir. Bu kurallar insanın dışından bir kuvvet tarafından ona yükletilmez, bireyin “içinden, vicdanından” doğar. (*Hobbes*’un görüşü de şu şekilde çürütülmektedir: Totaliter bir rejim etik kurallarını halka kabul ettirebilir ancak, bireyin etik alandaki olgunluğunu, insanın onur ve kişiliğini yok saydığından eninde sonunda tepki uyandırır. Sonunda özgür ve gerçek insanın onur ve saygınlığına erişmeyi başarır.) *Kant* hukuk ve ahlâk farkını bu ikili ayırımdan yapmakta; hukuk kurallarının kökenin

“Ahlâk kurallarıyla yaptığımız iyi-kötü, haklı-haksız, ahlâklı-ahlâksız gibi değerlerin asıl ölçüsü nedir?¹⁹⁵” “Kime veya neye göre iyiyi-kötüyü ararız?” “Acaba her zaman her yerde geçerli olan ahlâk kuralları yada mutlak değerler var mıdır?¹⁹⁶” “Varsa bunların ölçüsü nedir?¹⁹⁷”... gibi

Unutmamak gerekir ki ahlâk, sadece değer yargılarının yansıması olan belli nitelikteki toplumsal kurallar bütünüdür. Bu anlamının çok daha üstünde;

dışta, ahlâk kurallarının kökeninin ise insanın içinden geldiğini söylemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hırş**, sh.64 vd. Ayrıca bkz. **Akarsu**, I.Kant’ın Ahlâk Felsefesi, 1998, İstanbul, yine felsefi olarak ahlâk kuralları için bkz. **Kuçuradi**, Ahlâk ve Kavramları, Uludağ Konuşmaları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 19973, sh. 20-36.

¹⁹⁵ “Kural koyma ve değer biçmenin kökenini ne olduğu sorusu” felsefeciler arasında iki temel akım ile yanıtlanmaya çalışılmıştır. 1)Sezgicilik (apriorisme): Descartes, Leibniz, Spinoza, Kant gibi filozoflar tarafından benimsenen bu görüşe göre; vicdan her insanda vardır ve değer biçmenin kökeni vicdandır, ve vicdan a priori olarak sezgiyle elde edilir.2)Görgücülük (ampirisme): Locke, Hegel, Sepencer gibi filozoflar tarafından benimsenen bu görüşe göre; değer biçmede evrim vardır. Eski zamanlarla bugün arasında evrim oluşmuş ve değerler değişmiştir. O halde, vicdan a priori değildir, a posteriori’dir. Yani görgü sonucu uzun bir evrimden sonra oluşmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hırş**, sh.65 vd. **Güriz**, (Felsefe), sh 255 vd; **Mengüşoğlu**, sh. 268.

¹⁹⁶ Kuralların niteliğini inceleyerek her zaman her yerde her kural için geçerli bir ölçüt arayan felsefeciler iki farklı eğilim göstermektedir: 1-Biçimci düşünürler (formalistler): Kuralların içeriklerinden bağımsız, genel şekilde belirlenmesi gerektiğini düşünürler. Kuralların tümelliğini korumaya içerik dahil edilmemelidir. Böylece o kadar soyut ve genel bir kalıp halinde kalırlar ki herhangi bir içerik içine dahil olabilir. Kant’ın ünlü formülü “öyle hareket et ki, hareketine esas olan ilkenin genel bir ahlâk kanunu olmasını isteyebilesin” tamamen biçimci bir formüldür. Boş çerçeve bir kalıp herkes istediği gibi doldurabilir. Bu görüş özellikle ahlâk yönünden reddedilmektedir. 2-Özcülük (esasçılık) görüşünü savunanlar: Sadece kuralın biçimi değil, kuralla ilgili neden, konu, amaç gibi diğer hususlar da önemlidir. Ahlâk ve hukuk gibi alanlarda insan iradesi de büyük rol oynar. Çünkü insanın irade özgürlüğü vardır. Bu sebeple hareketlerine değer verebiliriz. Değerlendirmede de sonuçtan çok, iradenin nedeni, konusu, amacı önemlidir. Gerçekten kuralı koyan varlık (tanrı, kilise, devlet, başka egemenlik) kuralın nedenini ve amacını önsöz/gerekçe ile açıklayarak kuralla ruh vermeye çalışmaktadır. Bu görüş taraftarları hareketlerin sebebine göre (Entelektüalizm ve Hristiyan dininin etik düşüncesi), hareketin etik olarak onaylanıp onaylanmadığına göre (bireysellik ve tümelcilik), ve değer derecelerine göre (asli değerler ve tali değerler) şeklinde farklı ayrımlara giderler. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hırş**, sh.66 vd. **Mengüşoğlu**, sh. 265 vd.

¹⁹⁷ Hangi alanda olursa olsun mutlak olan, kendi kendine yeten bir değer olup olmadığı sorusu da yine felsefe bilimi içinde, insan davranışları için hedef olan amacı inceleyen ve sorgulayan etğin konusunu oluşturur. Felsefeciler davranışları amaçlarına göre ikiye ayırarak incelerler: 1-Sübjektif (özel) görüş: Burada iradelerin amacı belli bir sübjektif unsura göre değerlendirilir. Bu unsur ya haza ulaşmaktır (hedonizme); yada mutluluğa ulaşmaktır (eudemonisme). Her iki durumda da amaç bireysel bir ruh hali ve özel bir durumdur. 2- Objektif (nesnel) görüş: farklı alt dallarıyla daha objektif bir ölçüt bulmaya çalışan bu görüşün, kanun koyucunun kanun yaparken kamu yararını göz önünde bulundurduğunu savunan: yararcılık (utilitarisme); en yüksek amacın gelişme, yükselme ve olgunlaşma olduğunu düşünen: evrimcilik (evolutionnisme) ve ruhsal alan organik hayatın devamı olduğundan biyolojik kanunların ruhsal alanda da uygulanacağını düşünen: doğalcılık (naturalisme) gibi dalları bulunmaktadır. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hırş**, sh.67 vd. **Güriz**, (Felsefe), sh 60 vd; **Mengüşoğlu**, sh. 264 vd.

her ne kadar çalışmamızın asıl kapsamı dışında kalsa da, felsefi ve önemli bir disiplini de ifade eder. Çünkü ahlâk, bir yandan insanın kendisine karşı görev ve yükümlülüklerini belirlerken; diğer yandan farklı davranış ilkelerini önermekte ve buna uygun hareket edilmesini emretmektedir. İşte tam bu noktada bireysel görev ve yükümlülüklerimize esas aldığımız ahlâki ilkeler, diğer insanlarla ilişkilerimizde de bir ölçü olur¹⁹⁸.

Zaten “iyi-kötü, ahlâklı-ahlâksız, haklı-haksız” gibi değerlerin, toplumdaki önemine karşın, zaman içindeki değişkenliği, çağlar boyunca yukarıda sıraladığımız türde pek çok soruyu beraberinde getirmiş ve bu sorular da yanıtlarını “ahlâk felsefesi¹⁹⁹” içinde bulmaya çalışmıştır²⁰⁰.

¹⁹⁸ Geleneksel olarak düşünürler “Ne yapmamız gerekir?” sorusunun yanıtını ararken ahlâkı, *Teorik ve Pratik ahlâk ayırımına* tabi tutmuşlardır. Buna göre, ahlâka bir temel oluşturma amacını güden Teorik ahlâk, insanın hangi amaçlar için yaşaması gerektiğini, iyi ve kötünün, ödev ve yükümlülüğün belirlenmesi gibi sorunları incelerken; Pratik ahlâk ise, insanın ailesine, mesleğine ve öteki insanlara karşı olan ödevlerini belirleyerek ilişkilerini düzenlemeyi sağlar. **Kılhoğlu**, sh.138 vd. Bu anlamda, ahlâk felsefesi ahlakça özgürlük gerektirir. İnsan öncelikle kararlarını özgür düşüncesi ile vermeli, seçim ve itaat konusunda kendi kararını kendi vermelidir. **Akarsu**, sh. 74 vd; **Kızıl**, sh.116.

¹⁹⁹ Felsefeciler, tarih boyunca üç sorunun üzerinde durmuşlardır: Bilgi, Ahlâk ve Din. (Bunlara bir dördüncü olarak Kant’ın Metafizik görüşü ve “insan nedir?” sorusu da eklenebilir.) Aslında Hukuk Felsefesiyle ahlâk arasındaki ilişki, adalet kavramının, ahlâktaki iyi kavramıyla olan bağından kaynaklanır. Hukukun gerçekleştirmek istediği adil ortam, ahlâken iyidir. **Kızıl**, sh. 115; **Öktem**, sh.40. Öte yandan, *Felsefi Etik*le ilgili üç temel görüş bulunmaktadır: 1) *Eski Yunan Etiği*: Amaç mutlu olmaktır. Bütün insanlar mutluluk arar ama mutluluğun ne olduğu üzerinde görüş birliği yoktur. (*eudemonisme*) 2) *Kant’ın Etik Anlayışı*: Mutluluk çok değişkendir, biri için mutluluk olan diğeri için olmayabilir. Bu sebeple eylemlerin ahlâklılı olup olmaması da değişecektir. O yüzden ahlâkın temeli iyiyi istemedir: “öyle hareket et ki senin hareketlerinin yasası, aynı zamanda başka insanların hareketleri için de bir ilke, yasa olsun”. Ahlâk alanında bilgi aprioridir. (genel-zorunlu) Kant’ın Pratik akıl ve özgürlük üzerindeki yenilikleri de yine ahlâk felsefesi bakımından önemlidir. “Pratik aklın (vicdan) koyduğu yasaya göre hareket etmek özgür olmak demektir”. Mutluluk aranmaz, insan mutluluk peşinde koşarak onu elde edemez, ancak mutlu olmaya hak kazanmaya çalışabilir. Bunun için de, “iyiyi istemeye” dayalı hareket etmelidir. 3) *Değerler Etiği (Materyal Değer Ahlakı)* Kurucusu olan Scheler ahlâka değer kavramını yeniden getirir. Değerlerin aprioriliği duygusaldır. Üç değer vardır; Kişi değerleri, vital değerler, şeylerin taşıdığı değer. Yazar ayrıca bu değerleri de mutlak-göreceli; yüksek-aşağı değerler ayırımlarına tabi tutar. Daha fazla bilgi için bkz. **Mengüşoğlu**, sh.262 vd. Ayrıca, **Akarsu**, sh. 9 vd; **Kılhoğlu**, sh. 165 vd.

²⁰⁰ Her ne kadar konunun hukuk felsefesindeki tartışma boyutu çalışmamız kapsamı dışında olsa da; biz yukarıda her soruya eklediğimiz dipnotlarla bu problemlere tarih boyunca aranan yanıtlara yönelik görüşleri eklemeyi uygun bulduk. Bu konularla ilgili daha detaylı yanıtların bulunacağı kaynaklar şüphesiz meselenin felsefi tartışmalarının yer aldığı eserler olacaktır.

B) Terim Sorunu

Yukarıda da belirttiğimiz üzere (§1, IV, B), Borçlar kanunumuzun bazı maddelerinde “*ahlâka (adaba)* aykırılıktan”; bazılarında ise sadece “*âdap*” kavramından bahsedilmektedir (Örn. BK.m.19, m.344). Bu durum, Borçlar Kanununun hazırlanmasında metne hangi kavramın alınmasının daha doğru olacağı yönündeki, görüş ayrılıklarından doğmuştur. Yasama organına bırakılmak istenen tercih, kanunun bütün olarak görüşülüp kabul edilmesi neticesinde günümüz şekliyle yasalaşmıştır. Buna karşılık “*genel ahlâk*” terimi ise, Anayasa başta olmak üzere Uygulama Kanunun, Ceza Kanunu ve Usul Kanunları gibi pek çok kanun maddesinde kullanılmıştır²⁰¹.

Kanaatimizce ahlâk ve genel ahlak kavramlarına değinmeden önce doğrudan ya da dolaylı olarak birbirleriyle ilgili bazı terimlerin üzerinde durmak gerekir. Zira bunlar, genel ahlâkın kapsamını belirleyebilmek adına sınırları çizilmesi gereken değerlerdir. O halde her gün duyduğumuz “*alışkanlık*”, “*âdet*”, “*gelenek*”, “*görenek*”, “*töre*”, “*görgü*” kavramları aslında neyi ifade eder? Günlük dilde çoğu zaman birbirleriyle eş anlamlı olarak kullanılan bu terimlerin acaba hukuken farklılıkları var mıdır?

²⁰¹ Anayasamızın 28 inci ve 141 inci maddelerinde, Uygulama Kanununun 2 inci maddesinde, İdari Yargılama Usulü Kanununun 18 inci maddesinde ve Ceza Kanunumuzun yedinci bölüm başlığı (m.225-m.229) ile 54 üncü maddelerinde, HUMK. m. 149’da; CMUK, m. 182 ve m.187’de olduğu gibi.

Öncelikle sosyal hayatın sürekliliğini sağlayan toplumsal düzen kurallarının çok çeşitli olduğunu tekrarlamak gerekir. Buna göre toplumda yaşayan bireyleri bir arada tutan, muhtemel menfaat çatışmalarına ve düzen bozukluklarına engel olan hukuk kuralları, ahlâk kuralları, din kuralları ve diğer sosyolojik düzen kuralları vardır. Aslında genel ahlâk kurallarının içini dolduran da aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere kısmen bu kurallardır. Bu sebeple biz de, kavram kargaşasına sebep olmamak adına öncelikle bu terimlerin anlamlarını tespit etmenin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

Sosyolojik düzen kurallarının başında “*alışkanlıklar (habitudes)*” gelir. Alışkanlıklar, bir toplumdaki iç ve dış etkilerle davranışların tekrarlanması, hep aynı biçimde gerçekleşmesi sonucu beliren şartlanmış davranış modelleridir. Bunlar toplum tarafından henüz gelenek olarak değerlendirilmeyen ve çoğu zaman bilinçli yapılmayan hareketlerdir. Mesela İsviçre’de iki arkadaşın selamlaşırken üç kere, Türkiye’de ise iki kere öpüşmesi birer sosyal alışkanlık örneğidir. Genellikle toplumun ekonomik, sosyal, coğrafi, dini değerlerine göre zamanla toplum içinde belirginleşirler. Aslında ortak düşünce ve hayat tarzına sahip insanların bir arada yaşamalarından ibaret olan alışkanlıkların, hukuki anlamda kural nitelikleri ve dolayısıyla maddi yaptırımları yoktur. Ancak alışkanlıkların, davranışların değişerek, görgü kuralı veya gelenek haline dönüşmeleri yolundaki ilk basamağı oluşturduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

Görgü kuralları (bienséance/convenance); toplum içinde ortak yaşamı daha nitelikli kılmak adına, bireylerin ait oldukları çevreye, mesleğe, eğitime göre

değişebilen; yaptırımı olmayan ancak aykırılık halinde toplumsal manevi tepkilerle karşılaşılacak kurallardır. Tepkiler genellikle kişinin görgüsüz, saygısız, kaba olarak nitelendirilmesi sonucu o toplulukta ayıplanması veya topluluktan dışlanması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu anlamda aslında görgü kuralları da tıpkı sosyolojik anlamdaki gelenekler gibi, sosyal hayattan doğabilecek anlaşmazlıklara engel olarak ya da azaltarak bireylerin yan yana yaşayabilmelerini sağlarlar²⁰². Gelenekler kadar sık olmasalar da görgü kurallarının da, toplum içinde kullanım alanlarının çok yayılması ve bireyler tarafından benimsenmeleri sonucu hukuk kuralı halini almaları mümkündür. Örneğin, ilk başlarda sadece müşterinin memnuniyetinin bir işareti olarak ödenen *bahşişin* daha sonraları müşteri ile hizmet sunan kişi arasındaki sözleşmede belirtilerek servis ücreti şekline sokulması hatta işverenle işçi arasında tamamen ya da kısmen ücret (maaş) olarak kabul edilmesinde olduğu gibi²⁰³.

²⁰² **Roland/Boyer**, sh.28 vd. Ayrıca görgü kuralları hakkında bkz. **Rothschild**, Le bonheur de séduire, l'art de réussir, savoir-vivre aujourd'hui, Pocket, 1990; **Le Bras**, Le guide du savoir-vivre, Marabout, 2000; **Perreau**, Courtoisie, complaisances et usages non obligatoires devant la jurisprudence, RTDC, 1924, sh.481 vd; **Giraudet**, Le service d'amis en droit civil Français, Paris, 1990.

²⁰³ 4857 sayılı İş Kanunumuzda açıkça bir düzeleme olmamakla beraber kanunun 51 inci maddesinde yüzde usulü ücret düzenlenmekte ve dolaylı olarak bahşişlere de yer verilmektedir. Buna göre:"otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerler ile içki verilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satan yerlerden yüzde usulünün uygulandığı müesseselerde işveren tarafından *servis karşılığı veya başka isimlerle* müşterilerin hesap pusulalarına yüzde eklenerek veya ayrı şekillerde alınan paralarla *kendi isteği ile müşteri tarafından* işverene bırakılan yahut da onun kontrolü altında bir arada toplanan paraları işveren işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödemek zorundadır." Yine gelişmiş toplumlarda topluluk halinde bulunan ortamlarda sigara içmemek bir görgü kuralı iken bugün günümüzde 4207 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunla hukuk düzeni tarafından yasaklama getirilmektedir. Öte yandan protokol geleneğinin kanunlara işlemesi de yine temelde toplumlardaki görgü kurallarına dayanır. Protokol kurallarının bu özelliği hakkında bkz. **Roland/Boyer**, sh.29, ayrıca **Sevinç**, Protokol Bilgisi, Ankara, 2004. Ya da parktan çıkacak bir arabanın sürücüsünün yoldan geçen bir yayaya yol vermesi herşeyden önce bir görgü kuralı iken, eğer bir zarar doğarsa hukuk kuralının ihlali de söz konusu olacaktır. Bu konuda Fransız mahkemelerinin 1962 yılında verdiği bir karar için bkz. **Carbonnier**, (Sociologie), sh.308.

Gelenek (usage/coutume) kavramı ise²⁰⁴, sosyolojik ve hukuki olarak farklı anlamlar ifade eder²⁰⁵. Sosyolojik anlamda *gelenek (usage)* daha genel bir kavramdır. Belirli bir davranışsal norm ve değeri benimseyip aşıl原因an, gerçek ya da hayali bir geçmişle süreklilik gösteren ve genellikle yaygın biçimde benimsenen ritüeller ya da başka sembolik davranış biçimlerini ifade eder²⁰⁶. Hukuki anlamda *gelenek (coutume)* ise, bir toplulukta eskiden beri tekrarlanan, o davranışa bağlı kalma inancı doğuran, uyulmaması halinde yaptırımları bulunan kültürel davranışlardır. Gelenekler hukuk düzeni tarafından maddi yaptırıma bağlandıklarında; artık sosyolojik bir olay olmaktan çıkıp hukuk kuralı niteliğine bürünürler. Bu durum iki şekilde mümkün olabilir. Ya kanun koyucu açıkça atıfta bulunarak, gelenekleri objektif birer hukuk kuralı haline sokar²⁰⁷. Ya da gelenekler

²⁰⁴ Geleneklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Cornu**, Vocabulaire Juridique Paris 2003, sh. 243; **Lebrun**, La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Caen, 1932; **Ripert**, Les forces créatrices du droit, plus particulièrement, sh.96; **Carbonnier**, La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume in Annales Université de Poitiers, 1961, sh.72; **Fouchard**, Les usages, l'arbitre et le juge in Mélanges Goldman, sh.67; **Roland/Boyer**, sh.351 vd. **Perrin**, Utilité et limites de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé, Mélanges En l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg, 1977. sh.66; **Pache**, La coutume et les usages dans le droit privé positif, Lausanne, 1938, sh.21.

²⁰⁵ Sosyolojik anlamda gelenekler (usage), hukuki anlamda geleneklerden (coutume) daha geniş kapsamlıdır. İçinde sadece hukuki anlamdaki adetleri değil, alışkanlıkları da barındırır. Her iki kavram arasındaki farklar için bkz. **Pedaman**, Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial, RTDC, 1959, sh.335; **Leymarie**, Les usages en droit commercial, Bordeaux, 1970; **Farjat**, Réflexions sur les codes de conduite privée, Mélanges Goldman, sh.47; **Henaff**, Les usages en droit des obligations, notion et rôles, Bordeaux, 1993.

²⁰⁶ **Marshall**, Sosyoloji Sözlüğü, sh. 258-259. Bu anlamıyla gelenekler, daha genel ve sosyolojik bir olayı ifade etmek için anlam bulurlar. Dolayısıyla kapsamlarında; toplumda olağan ve normal kabul edilen, alışkanlıklar, gelenekler, gruplara özel davranışlar da girer. Ayrıca bkz. **Carbonnier**, (Sociologie), sh.307.

²⁰⁷ Bu durumda artık geleneklerden değil, hukuk kurallarından bahsedilir. ATF 94 II 157 = JdT 1969 I 538. Örneğin BK.m.257/I maddesinde “kiracı kirayı akit ile yahut mahalli âdet ile muayyen olan zamanda tediye mecburdur” Aynı şekilde, BK.m.72/I, m.590, m.156/II. Yine kişiler arasındaki hukuki ilişkilerde bazen taraf irade beyanlarının yorumlanmasını kolaylaştırmak için de kanun koyucu geleneklere göndermede bulunabilir: TTK.m.2/I. Bunu yanında geleneklerin zamanla kanun koyucu tarafından açıkça yasal düzenlemelere konu olduğu durumlarda zaten artık gelenekler değil hukuk kuralları söz konusudur. Bu duruma örnek olarak Çevre Kanunu verilebilir. Çevre temizliği bir gelenek iken, zamanla çevrenin kirlenmesinin toplum için vahim sonuçları ortaya çıkarılmış ve çevreyi kirleten öder ilkesinin bir hukuk kuralı olarak düzenlenmesi genel olarak kabul edilmiştir.

zamanla toplumda örf âdet hukuku kuralı halini alırlar²⁰⁸. Bizim için önemli olan ve aşağıda genel ahlâk kavramının kapsamında inceleyeceğimiz gelenekler ise, bu iki durumdan farklı; davranışa uyulması için bireyler üzerinde sosyal ve manevi baskı kuran geleneklerdir. Çünkü maddi yaptırıma bağlı gelenekler artık hukuk kuralı niteliği taşıyacaklarından, bu davranış modellerine aykırılık, genel ahlâk kavramı içine dahil olup olmadıklarına bakılmaksızın, hukuka aykırılık yaratır²⁰⁹.

Bu noktada önemle şunu vurgulamak gerekir ki, sosyolojik farklılıkları bir yana²¹⁰; *hukuk dilinde* gelenek, (anane), âdet (teamül), görenek ve töre terimlerinin hep aynı kavramı ifade etmek için kullanıldıkları görülmektedir²¹¹. Farklılık sadece, gelenek (yani âdet) olmuş olan davranışın örf âdet hukuku kuralı halini alıp almamasına göre göstereceği yaptırımın niteliğindedir. Dolayısıyla biz de çalışmamız kapsamında genel anlamıyla “*gelenek*” terimini, ve hukuk düzeni tarafından yaptırıma bağlanmaları halindeyse daha ayırt edici olması bakımından “*örf ve âdet kuralı*” kavramlarını kullanmayı uygun bulmaktayız.

²⁰⁸ Bir geleneğin örf âdet hukuku kuralı olabilmesi için geleneğin uzun süreli ve sürekli tekrarlanması (maddi unsur), kurala uyulmasının zorunlu olduğu yönündeki inanç (manevi unsur) ve kurala uyma zorunluluğunu hissettiren hukuki unsurun bulunması gereklidir. **Akipek/Akıntürk**, sh.89 vd; **Tekinay**, sh.67. Örf âdet hukuku kuralı söz konusu olduğunda; kanun koyucu ya açıkça örf ve adete hukuk kuralına göndermede bulunmuştur (örn: MK.m.653, m.684, m.737, BK.m.156, m.182, m.185, m.220, m.381 gibi), ya da kural MK.m.1 ve TTK.m.1 hükümleri gereğince asli birer hukuk kaynağı olarak, hakim önündedir. Ayrıca bu konuda bkz. **İşıktaç**, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul, 2004.

²⁰⁹ Örneğin, bir eşyanın bütünleyici parçası belirlenirken yerel âdetler esas alınmaz ise (MK.m.654) hukuka aykırılık doğacaktır. Oysa, ülkemizde reşit çocukların evlenmeden anne ve babaların onayını almaları kuralı bir gelenektir ve bu davranışa uymama herhangi bir şekilde hukuka aykırılık oluşturmaz. Burada söz konusu davranışın genel ahlâk kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği aşağıda detaylı olarak incelenecektir. Örneğin, bir kimseyle ailesinin onayını almadan evlenme şartı getirilerek yapılan bir anlaşmanın geçerliliği ne olabilir? Kişilik haklarına bir aykırılık yoktur. Acaba bu sözleşme genel ahlâk kuralına aykırılık oluşturabilir mi? (§ 5, III)

²¹⁰ Bu kavramların net bir ayırımını yapmak sosyoloji biliminde dahi çok sıkıntı yaratmaktadır. Kavramlar hala birbirleriyle iç içe ve net çizgilerle ayırlamadan kullanılırlar. Bu konuda bilhassa sosyolojik olarak bkz. **Dundes/Dundes Renteln**, Folk law: essays in the theory and practice of lex non scripta, New York, 1994; **Leiser**, Custom, law and morality; conflict and continuity in social behavior, New York, 1969; **Tönnies**, Custom. an essay on social codes, New York, 1961.

²¹¹ Hukuk düzeni içinde bu ve başka değişken kavramlar hakkında bkz. **Perelman/Elst**, Les notions à contenu variables en droit, Essai de Synthèse, Bruxelles, 1984.

Töre (mœurs) kelimesi ise konumuz itibarıyla üzerinde biraz daha durulması gereken bir kavramdır. Her ne kadar yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuk dilinde, gelenek, görenek, hatta zaman zaman adap kavramlarıyla ortak bir anlam içinde kullanılsalar da, töreler özellikle sosyolojik olarak özel bir anlam ifade ederler. Çünkü, hem “moral” (ahlâk), hem de “bonnes mœurs” (genel ahlâk) kelimeleri, latince töre, töreler anlamındaki *mos*, *mores* kelimelerinden gelmektedir. Genel ahlâk kavramı için belirleyici olan bu terim, sosyolojik olarak; toplum üyelerinin çoğunun inandığı, terbiye standartlarını sağlamakta esas olan ahlâki kurallar ve davranış biçimlerini anlatır²¹². Dolayısıyla töreler, aslında, içine âdetleri, alışkanlıkları, gelenekleri alan, daha geniş kapsamlı sosyolojik bir olayı ifade etmek için kullanılır. Böylece, ahlâk kurallarını gelenekselleştirir ve genel ahlâk kavramına çok yakın bir niteliğe bürünürler. Ancak yine de töreler genel ahlâk kuralları değildir. Çünkü töreler, toplumsal olayların meydana çıkışını objektif olarak ele alan sosyolojik kavramlar olmalarının yanında, “davranışın iyi veya kötü özelliği” hakkında bir ayırımda bulunmazlar²¹³. Oysa ki, genel ahlâk kurallarının oluşumunda davranışın toplumda yarattığı iyi veya kötü etki esastır. Dolayısıyla her ne kadar birbirine yaklaşan iki kavram özelliği de gösterebilirler, aşağıda da daha detaylı olarak inceleneceği üzere, genel ahlâk kavramları törelerin, yani ahlâk kuralları ile geleneklerin dürüst, makul, namuslu insan modeli süzgecinden geçirildikten sonra

²¹² **Marshall**, sh. 763-764. *Adap kuralları*, her ne kadar günlük dilde görgü kurallarını çağırırsa da aslında sosyolojik bakımdan *töreleri*, ifade ederler. O halde törelerin (mœurs) hukuk gözünde, kişisel hayat uygulamaları, alışkanlıkları ve bireyin varlık ve davranış hareketlerini kapsar. **Fenouillet**, sh.489. Ayrıca bkz. **Carbonnier**, (Sociologie), sh.307.

²¹³ Örneğin, günümüzde hala “töre cinayetleri” görülmektedir. Bunlar uzun yıllardan bu yana toplumun bir kesimi tarafından benimsenen bazı geleneksel değerlere aykırılık sebebiyle, kardeşin bile kardeşi vurabildiği toplumsal bir algılama yaratırlar. Davranışın hukuka aykırılığı (adam öldürme suçu niteliği) bir yana, bu kişiler için törelere uygun kabul edilen davranışın, genel ahlâk kavramıyla da örtüşeceğini söylemek elbette ki mümkün değildir.

ortaya konulmalarıyla ilgilidir. Bu bakımdan törelerin, sosyal düzen kuralı olmaktan ziyade, bir topluluktaki alışkanlıklar, gelenekler ve yerleşmiş ahlâki davranışlara uygun yaşam biçimini ifade ettiklerini söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

Aslında *ahlâk kurallarını ifade etmekle beraber*, dilimizde daha çok; kişilerin ruhsal gücünü ve maneviyatını ifadede kullanılan *moral kuralları* kavramı, Fransızca'da, “iyi olanı yapmak ve kötü olandan kaçınmak için takip edilmesi gereken insan davranış kurallarının bütünü” ifade eder²¹⁴. Ancak, tanım iyi ve kötünün insandan insana değişebilen özelliği sebebiyle daha çok “bir tanrı ya da insan idealine inanışla hayata geçirilen davranış kurallarının bütünü” şeklinde benimsenmektedir²¹⁵. Aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, *moral yani ahlâk kuralları* hem bireylerin sübjektif değer yargılarını içerir, hem de yüzyıllar boyunca bir arada yaşayan insanların tecrübeleriyle ortaya çıkardıkları ve toplumlardaki hareketlenmelerden, felsefi anlayışlardan öte bir geçerliliği olan tarihi bilgileri ifade eder. Bunlar hem toplum ya da grup içindeki bireye ilişkin temel kurallardır hem de evrensel bir nitelikleri vardır²¹⁶. Öte yandan ahlâk (*morale*), ahlakiliği de (*moralité*) ifade eden bir kavramdır. “*Ahlâkılık*” ise, bireyin başvurabileceği kurallar bütünüdür değil; sadece bu kurallar ile belirli bir davranış arasındaki ilişkiyi gösterir. Bu sebeple her ne kadar bazı yazarlar kullanmayı tercih etse de biz moral kavramı yerine ahlâk kavramı terimini kullanmayı uygun bulmaktayız.

²¹⁴ Dictionnaire Le grand Robert de la Langue française, Paris, 1993, sh.1670. Bir başka tanımla moral, tabiat ve benzerleri karşısında insanın davranış normlarına göndermede bulunan kurallardır. **Höffe**, Lexikon der Ethik, Munich, 1980, sh.168; **Zufferey-Werro**, sh.82; ayrıca **Cornu**, Vocabulaire Juridique Paris 2003, sh.575, 576; **Darmaisin**, sh.23 vd.

²¹⁵ **Thévenaz**, sh. 91; ATF 40 II 233 = JdT 1915 I 71; ATF 50 II 481 = JdT 1925 I 337

²¹⁶ **Thévenaz**, sh. 92; **Perelman**, sh.185 vd. Bu sebeple kanun moral kurallarına değil genel ahlâk kurallarına (*mœurs*) atıfta bulunur. Dolayısıyla hakim değerlendirmesini yaparken, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere kapsamında hem ahlâk kurallarının (*moral*) hem de sosyolojik anlamda geleneklerin (*usage*) bulunduğu genel ahlâk kurallarının bakış açısıyla değerlendirmede bulunacaktır.

Türkçe’de ahlâk ve ahlâksal davranış düzeninin karşılığı olarak kullanılan, *Etik*, kelimesi²¹⁷, İngilizce’de (*ethics*)²¹⁸ belirli bir meslek gurubu kapsamında faaliyet gösterenlerin uymaları gereken *iş ahlâkı* kurallarının bütününe ifade eder²¹⁹. Aslında bizce, bu noktada etiğin, felsefî olarak ifade ettiği anlam üzerinde durmak gerekir. Buna göre etik kurallarının “insanın insan olmaktan kaynaklı değerlerinin korunmasını ve savunulmasını açıklamak adına” ahlâk bilimini ifade eden bir diğer yönü de vardır²²⁰. Bu bakış açısıyla etik, ahlâkın bir adım daha ötesindeki, *saf ve sert ahlâk kuralları*; yani bir nevi ahlâkın ahlâkı; ahlâkın *temelini* oluşturur.²²¹ Toplumlardaki, hak, adalet, dürüstlük ya da genel ahlâk gibi kavramlara temel olan ve

²¹⁷ Etik kelimesi latince karakter anlamına gelen, *ethos*, *ethikos*, *ethica* kelimelerinden gelmektedir. **Black**, *Black’s Law Dictionary*, St.Paul, 1990, sh.184; **Bescherelle**, *Dictionnaire National De La Langue Francaise*, Paris, 1882, sh.1185; **Petit Robert**, sh.964.

²¹⁸ **Longman/Metro**, *Büyük Sözlük*, İstanbul, 1993, sh.480-481.

²¹⁹ Meslek ahlâkı özel olarak Anayasanın 135 inci maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları yönünden düzenlenmekte ve kamu tüzel kişilerinin tanımı verilirken “.... *meslek disiplini ve ahlakını korumak* maksadı ile kanunla kurulan...” şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. Ayrıca meslek ahlâkı ile ilgili özel birkaç örnek için bkz. **Arslan**, *İş ve Meslek Ahlakı*, Ankara, 2005; **Marcos**, *La Double Dimension de la Faute en Responsabilité Médicale*; *Médecine et Droit*, n. 59, 2003, sh.49-53 ; **Roland/Boyer**, sh.29 vd; **Sevi**, *Franchising İlişkisine Hakim Olan Etik Kurallar*, BATİDER, S.3, Haziran 2000, sh.159-184; **Kızıl**, *Hukuk Ahlak İlişkisi Bağlamında Basın Ahlakının basın Mesleğine Saygınlığın Sağlanmasındaki Rolü ve Önemi*, İHFM C.LVI, S.1-4, 1998, sh.115-131; **Barreau**, *La loi morale fondement du droit, Ethique*, n.22, *La vie en question, Le légal et le moral*; Paris, 1996, sh.13; **Kayserilioglu**, *Uluslararası Meslek Ahlâk Kuralları*, ABD, 1995, C.1, sh.69-71.

²²⁰ Etik, bir felsefe veya bir ahlâk teorisidir. Hukuk dogmatikğine paralel olarak, ahlâk dogmatikği olarak da adlandırılabilir. İnsanların kurduğu bireysel ve toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan değerleri, normları, kuralları, doğru-yanlış ya da iyi kötü gibi ahlâksal açıdan araştıran bir felsefe disiplini. Bkz. **Kalinowski**, “Le bien, la Morale et La Justice”, Hadiz 1966. sh.311. Ayrıca bkz. **Kuçuradi**, *Etik, Türk Felsefe Kurumu Yayınları*, Ankara, 19994. *Değer kuramına göre*; her insan davranışının belli bir amacı vardır. Birey kendini bu amaca ulaştırma derecesine göre davranışlara değer verir. İşte insan *bilinci* de bu noktada devreye girer ve davranışa katılır, aslında etkisi amaçtır. Kurallara uygunluğu sağlayan da bu bilinçtir. Bu anlamda, “davranış alanlarına ilişkin tüm kuralların (din, hukuk, ahlâk, görgü..) köken ve mahiyetlerinin ne olduğu”; “bu kuralların kendilerinin bizzat değerleri olup olmadığı”; “kurallara başka ölçülerle değer verilip verilemeyeceği”; “kuralların ölçülerinin neler olduğu” “hangi alanda olursa olsun mutlak olan, kendi kendine yeten bir değer olup olmadığı” sorularının çözümleri felsefenin kolu olan etiğin yani “*değer kuramının*” alanıdır. Bu anlamda etik, “*felsefenin, insanların değer biçme ihtiyaçlarından doğan çeşitli sorunlarını, sistematik bir tarzda inceleyen koludur.*” Bu konuda bkz. **Hırş**, sh.63-69.

²²¹ **Akyol**, sh.9. Yazar şu örneği vermektedir: mesela bir şahıs, objektif bir kurala uygun davranıyor, fakat bu şekilde davranması ceza korkusu ile ise, bu davranışı etik bakımdan değerli değildir. Ayrıca bu konuda bkz. **Herbert**, *La moralité du droit, Revue Française de théorie juridique*, n.29, 1994, sh. 105-124.

kamusal vicdanı oluşturan; ya da bir hukuk kuralının ortak vicdanda benimsenmesi, haklı ve adil kabul edilmesini sağlayan da; kuralın bu etik temel üzerinde kurulu olup olmamasıdır. Bunun içindir ki, zaman zaman hakkaniyet, adalet ve hukuk kavramlarının anlamlarının karıştırıldığı görülür²²². Oysa etik, ne bu kavramların ne de ahlâkın bir yansıması değildir. Etik, temelini oluşturduğu ahlâka farklı insan davranışlarının elverişliliğini ortaya koyan ve toplum hayatı içinde ahlâkı bizzat doğrulayan kurallar bütünüdür²²³.

Bu yönüyle, hukukun üstün ilkeleri arasında sayılan etik, hukuk kurallarının uyması gereken ilkelerini, temellerini ve esaslarını gösteren bir kaynaktır; ki kanunların ruhunu yani *ratio'sunu* etkileyen de, bu üst değer yani etikdir²²⁴. O halde etiğin hem hukuku hem de ahlâkı kapsayan bir anlamı olduğunu söylemek kanaatimizce de yanlış olmaacaktır²²⁵. Bu bakımında biz de çalışmamız kapsamında,

²²² “Hukuk, adalet ve hakkaniyet” kavramlarının temeli Roma hukukuna dayanır. Hukuk kelimesi (*ius*) adaletten (*iustitia*) gelmekte ve sonuç olarak Romalı Celse’nin tanımına göre hukuk iyi (*boni*) ve adil (*aequi*) olanın sanatıdır. Zamanla hukuk ve adalet kavramları birbirinin içinde eritilmiş ve adalet ilkelerinden ayrılan bir hukuk kuralının haksızlığı üzerinde durulmuştur. Hakim herkesin yasal menfaatleri (*aequum*) ile genel menfaat (*bonum*) arasındaki dengeyi sağlayacak bir çözüm bulmak zorundadır. Bu denge ilişkisi Aristoteles’den bu yana insanlar arasında iki ilkeye göre belirlenir: Kanun karşısında herkese eşit pay veren “denkleştirici adalet (*iustitia commutativa*)” ve kanun karşısında herkesi eşit tutan “dağıtıcı adalet (*iustitia distributiva*)” Hakkaniyet kimi hukuk sistemlerinde daha farklı bir boyut kazanmıştır. Örneğin İngiliz hukukunda, katı ve biçimci örf âdet hukuku (*Common Law*) kurallarının yanında, hakimin vicdanına dayalı *Equity* hukuku (*rules of Equity*) geliştirilmiştir. Bu konularda bkz. **Roy/Schoenenberger**, sh.22-25, **Merz**, sh.232, ayrıca **Blondeel**, La Common Law et le Droit Civil, RIDC, n.3, Juillet-Septembre, 1951, sh.585-598.) Türk hukukunda ise, bağımsız bir hakkaniyet hukuku söz konusu değildir. Ancak bu esnekliği sağlayacak olan hakkaniyet ilkeleri vardır ki; dürüstlük kuralları (MK.m.2), hakime açıkça hakkaniyete (ve hukuka) uygun kullanması şartıyla tanınan takdir yetkisi (MK.m.4) gibi. O halde, adalet, en yüksek ahlâk amacı, en iyi ve en doğru çözümü gösteren temel bir fikirdir. Etik temeli olan bu kavramı, ortak vicdanda olduğu kadar, bireysel değer yargılarında da farklı anlamlar ortaya koyabilir. Yani toplumların ve kişilerin adalet anlayışı değişkenlik gösterebilir. Ancak değişmeyen, hukuktan beklenen en yüksek değer adalet olması gerektiği fikridir. Adaletin mülkün (devletin) temeli olması da sanırız bu görüşün bir yansımasıdır.

²²³ **Barreau**, sh.14.

²²⁴ Bu anlamda hukuk ve etik arasında pozitif olarak ya da uygulama önceliği olarak bir hiyerarşinin var olduğunu söylemek doğru değildir. Ancak belki anlam olarak üstünde yer aldığı ifade edilebilir. Tıpkı hukukun üstün ilkeleri, hukuku hukuk yapan, adil yapan, haklı yapan ilkelerden biri olarak hukuka üstündür. Bu konuda bkz. **Akyol**, sh.9-12.

²²⁵ Aynı yönde bkz. **Merz**, sh.232.

etik kavramını bu felsefî anlamına paralel olarak; “ahlâk kurallarının temelini oluşturan bir üst değer ve ilke” olarak kullanmayı; buna karşılık, toplumda belli bir grubun ya da zümrenin benimsediği kurallar ve o grup ya da zümre tarafından doğruluğuna inanılan davranış ilkelerinin ifadesi etmek için ise “*meslek ahlâkı*” terimini kullanmayı uygun bulmaktayız.

C) Tanım

Ahlâk kelimesi, Arapça’da yaratma, yaratılış ve yaratılmış anlamlarındaki “*halk*” sözcüğüyle aynı kökten türeyen ve bir insanda doğuştan gelen huy, yaratılış özelliği ile tabiatını ifade eden “*hulk (hulûk)*” kelimesinin²²⁶ çoğuludur. Hukuki anlamı bir yana felsefî olarak da yüz yıllardır üzerinde düşünülen, tartışılan ve görüşler ortaya atılan ahlâk kavramı ile ilgili sınırsız sayıda tanım ortaya konulabilir. Biz bunlardan sadece bir kaçını vermekle yetineceğiz. Buna göre:

- “Ahlâk, insanların toplum içindeki davranışlarını ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen kurallar ve başka insanların davranışlarını olumlu veya olumsuz biçimde değerlendirmekte başvurulmuş ölçütler bütünüdür”²²⁷;

²²⁶ **Tuğlacı**, Okyanus Ansiklopedik Sözlük, C.III, sh. 1121. Hulk kelimesi, huy, karakter, tabiat, yiğitlik, din ve yaratılış anlamlarına da gelmektedir. **Kılhoğlu**, sh.135. Bir başka ifadeyle, hulk, “Nefiste yerleşip kendiliğinden iş ve ameller, fikir yormaya muhtaç olmaksızın kolaylıkla meydana gelen yerleşmiş davranıştır”. **Rıfat. Tasvir-i Ahlâk**, sh.129. Ancak hulk kelimesinin çoğulu olan ahlâk, Türkçe’ye tekil anlamda geçmiştir. Bu anlamda Hatemi, haklı olarak, ahlâk biçiminde kullanılan terimden, davranış kuralları anlamındaki ameli ahlâk kurallarından çok “kişisel ahlaki yapıyla, bir bireyin iyi veya kötü yaratılışı, tabiatı,” ile ilgili bir sözcüğü anlamak gerektiğini vurgulamaktadır. **Hatemi**, sh. 2.

²²⁷ **Yüksel**, sh. 179. Yine; “Ahlâk toplumsal hayat içinde yaşanan ilişkiler ve etkileşimler çerçevesinde oluşan değerler ve normlar bütünüdür.” **Yüksel** 180. “Ahlâk, ister seve seve, isterse de zorla çok eskiden geçerli kılınan bir kurala veya geleneğe boyun eğmektir.” **Kuçuradi**, 25. “Bir kişi ya da bir insan topluluğunca benimsenen eylem kurallarının bütünüdür” **Akarsu**, sh. 16; “Ahlâk davranış kurallarının araştırılmasıdır” **Kılhoğlu**, sh.137.

- “Ahlâk, bireyin özgür hareketlerini yönlendirmesi gereken, iki bölümden oluşmuş kurallar bütünüdür: insanın ödevleri ve borçları olduğunu göstermek ve bu ödevler ile borçları kabul ettirmek”²²⁸;
- “Ahlâk, ‘iyi’ olandan doğan ve bireye hem diğerleri hem de kendi karşısındaki ödevlerini benimseten kurallar bütünüdür”²²⁹;
- “Ahlâk, belli bir dönemde belli insan topluluklarınca benimsenmiş olan, bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen törel davranış kurallarının, yasalarının, ilkelerinin bütünü veya farklı toplumlarda ve zamanlarda kapsamı ve içeriği değişen ahlaki değerler alanıdır”²³⁰;
- “Ahlâk, bireyin kendi kendine benimsettiği kurallar bütünüdür”²³¹;
- “Ahlâk, insanların gerek kendilerine, gerekse benzerlerine karşı olan ödevlerini gösteren ve düzenleyen bir takım davranış kurallarıdır”²³²;

²²⁸ **Gallimard**, Dictionnaire Littré, Hachette, 1967, sh.428. Yine farklı sözlüklerde verilen tanımlarına göre: “Ahlâk, her bireyin, haklarını ve ödevlerini yerine getiriyor olma fikrinden yola çıkarak davranışlarına uyarladığı kurallar bütünüdür”. “Ahlâk, mutlak ve evrensel olarak geçerli kabul edilen davranış kuralları bütünüdür”. Bu tanımlarla ilgili bkz. **Darmaisin**, sh.23, dipn.76.

²²⁹ **Roy/Schœnenberger**, sh.26.

²³⁰ **Kılhoğlu**, sh. 135.

²³¹ *Compte/Sponville*’in bu görüşüne göre, “kendinden beklediğin, başkasının gözüyle ya da dıştan gelen o veya bu tehditler karşısındaki davranış değil; aksine iyi ve kötünden, ödevden, kabul edilebilir ve kabul edilemez olandan gelen bir anlayış olmalıdır”. *Compte/Sponville*’in “Ahlâk Üzerine Düşünceler” isimli bu eseri hakkında bkz. **Jaluzot**, sh.61.

²³² **Edis**, sh. 29. Ya da bir diğer ifadeyle, bir toplumda iyilik ve kötülük hakkında oluşan değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünüdür. **Bilge**, sh. 9. Mutlu ise ahlâk kurallarını şu şekilde tanımlar: “İnsan davranışlarını iyi ve kötü şekilde niteleyen toplum hayatında düzenleyici rol oynayan, ancak devlet yaptırım gücünden yoksun kurallardır. Hukuk düzeni içinde dolaylı etkileri vardır.” **Mutlu**, sh. 19.

- “Ahlâk, bireylerin davranışlarını, iyi olana atıf yaparak yöneten kurallar bütünüdür”²³³;
- “Ahlâk, kaynağını, aklın (sağduyunun) kontrolünde yaşamamızdan alan, iyi olanı yapma isteğidir”²³⁴;

Ahlâk kavramıyla ilgili kapsamlı bir tanım vermeden önce kanaatimizce, kavramın çift yönlü anlamının bulunduğunu vurgulamak gerekir. Zira incelenen kişi davranışları, her zaman iki yönü düşünülerek göz önünde bulundurulmalıdır. İlk olarak hareketler, hareketi yapan veya eylemde buluna kişiye oranla incelenir ki bu sübjektif bir değerlendirmedir. İkinci olarak ise, diğer bireylerin hareketleriyle karşılaştırılır ki bu da objektif bir değerlendirmedir²³⁵.

Hukuk, insanın kendi nefesine ve iç dünyasına ilişkin ödevleriyle ilgili olan *sübjektif ahlâk* ile değil, bireyin diğer fertlere karşı olan ödevlerini bildiren *objektif yani sosyal ahlâk* anlayışı ile ilgilidir²³⁶. Çünkü bireysel ahlâk anlayışına aykırı bir

²³³ **Du Pasquier**, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel et Paris, 1979, n.348; **Zufferey-Werro**, sh.157.

²³⁴ *Spinoza'nın* bu görüşü “Etik” adlı eserinde yer almaktadır. Yine *Chamfort* “Özdeyişler ve Düşünceler” adlı eserinde, iyi ve kötünden kaynak olarak şu ifadeyi kullanmaktadır; “ahlâk, ne kendine ne başkasına kötülük yapmadan hayatın tadını çıkarmak ve çıkartmaktır, işte benim inandığım bütün ahlâk budur.” Buna karşılık *Aurèle*, “Düşünceler” isimli eserinde tamamen kişinin kendisine dönen bir tanım ortaya koymaktadır; “İşte mükemmel ahlâk: her gün sanki son günümüz gibi yaşamak, kendini kışkırtmamak, uyuşmamak, benzerlerini yapmamak” Bu görüşler hakkında bkz. **Jaluzot**, sh.61.

²³⁵ **Perelman**, sh.75.

²³⁶ Dış davranışın esas olduğu hukuktan farklı olarak, ahlâk iç düşünce, niyet ve amacı önemser. Ancak iç dünyadaki düşüncelerin ve amaçların meydana çıkması ve diğer insanlar tarafından algılanması dış hareketlerle mümkün olacağından ahlâk, insanın öz ve sözünün, düşünce ve davranışının birbirine uygun düşmesi ve insanın kendi kendisiyle tutarlı olması temeline dayanır. **Bilge**, sh. 9 vd. Bir başka ifadeyle *Mevlâna'nın* ünlü deyişinde olduğu gibi, kişinin “Ya görüldüğü gibi olması ya da olduğu gibi görünmesidir” istenen! *Ost/Kerchove*’de yine bireysel, sübjektif ahlak anlayışı ile objektif ahlak anlayışını karşılaştırmakta ve üç temel kriterde ayrıldıklarını

davranış, ferdin vicdanını huzursuz ederken²³⁷, toplumun ortak ahlâki değerlerine aykırılık, ferdi vicdan yanında kamusal (sosyal-ortak) vicdanı da rahatsız edecektir. Bu sebeple çalışmamızda değerlendirilen ahlâkın kapsamı ve hukuk düzenin ilgilendiği de, zaten sübjektif ahlâk değil, objektif (sosyal-kamusal) ahlâk anlayışı genel ahlaktır.

Bütün bu değerlendirmelerin sonucu olarak biz de ahlâk kavramı için şu tanımı verebiliriz:

“Ahlâk, toplumsal ilişki ile etkileşimin yarattığı değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gerekeni düzenleyen; bireylerin hem toplumsal davranışlarını hem de karşılıklı ilişkilerini değerlendirmeye yarayan sosyal düzen kurallarıdır.”

II- Genel Ahlâk Kavramı

A) Tanım ve Unsurları

Toplumsal ilişkiler ve bireysel etkileşimlere paralel olarak zamana ve mekana göre değişken, muğlak bir kavram olan ahlâka, hukuk düzeni daha statik ve daha objektif bir kimlik vermek ister. Aslında amaç, manevi ve vicdani yönü olan ahlâk kurallarından; belli bir yerde ve zamanda toplumsal alışkanlıklar ve sosyal düzen kurallarından doğan, daha objektif ve genel bir ahlâk kavramı yaratmaktır.

belirtmektedir : kaynaklarına, uygulama alanlarına ve yöneldikleri birey davranışlarının unsurlarına göre. Bu konuda bkz. **Ost/Kerchove**, sh. 51-54.

²³⁷ Bu konuda **Ernest Hemingway**'in şu sözü hatırlanabilir: *“Ahlâk konusunda inandığım ilke şudur; bir şeyi yaptıktan sonra kendini iyi hissediyorsan o ahlakidir, eğer kendini kötü hissediyorsan o gayri ahlakidir.”*

Ancak, günümüzde çoğalan, toplumlar arası ilişki, etkileşim, çok kültürlü olma eğilimi, bilhassa basın-yayın organlarının birey ve toplum üzerindeki önlenemez etkileri göz önünde bulundurulduğunda, günümüzde genel ahlâk kurallarının çerçevesini çizebilmek daha da güçleşmektedir.

Genel ahlâk kavramının kapsamı ile sınırlarını belirlemek adına doktrinde başlıca şu tanımlar verilir:

- “Genel ahlâk, belli bir ülkede, belirli bir zamanda toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünüdür”²³⁸;
- “Genel ahlâk, doğru ve hakkaniyete uygun düşünen tüm insanların duygularına uygun kurallardır”²³⁹;
- “Genel ahlâk, bir toplumda belli bir zamanda, orta zekalı, dürüst ve makul kimselerin ortalama düşünce ve telakkileridir”²⁴⁰;

²³⁸ **Güriz**, (Felsefe), sh.14; **Hançerlioğlu**, O, Toplumbilim sözlüğü, İstanbul 1986, sh.11; **Edis**, sh. 159, **Atamer**, sh. 152. Ayrıca bkz. **Şener**, sh.31;

²³⁹ Genel olarak Alman doktrinde kabul edilen baskın görüş bu tanım doğrultusundadır. BGH, 29.09.1977, BGHZ, 69.295, 297; Kavram, belli bir toplum ya da grupta baskın olan sosyal ahlâk kurallarına göndermede bulunur ve hukuk düzeninin temel değerlerine bilhassa Anayasal menfaatlere atıf yapar. BverfG, 7.02.1990, ZIP 1990. 573, 575; BGH, 6.10.1989, NJW 1990. 911; **Pèdamon**, sh.82. Ferrand ise daha basit bir anlatımla genel ahlâkı şu şekilde tanımlamaktadır: “Genel ahlâk, belli bir zamanda dürüst düşünen insanın ahlâk anlayışıdır”. O halde ahlâka uygun olup olmadığını belirlemek için bir hakkaniyet ölçüsü bulmak lazımdır ve bu da baskın sosyal ve ekonomik düzenden kendiliğinden ortaya çıkan hukuki etik anlayışıdır. **Ferrand** sh.249.

²⁴⁰ Türk ve İsviçre hukukunda baskın olarak kabul edilen bu görüş için bkz. **Tercier**, sh.141; **Engel**, sh. 115; (opinion moyen) **Guillod/Steffen**, (Commentaire Romand), sh. 134, ayrıca ATF 109 II 15, JdT 1983 I 601; **Hatemi**, sh. 83 vd; **Eren**, sh. 292; **Oğuzman/Öz**, sh. 74; **Başpınar**, sh.136. Aynı kapsamda diğer bazı yazarlar şu şekilde benzer tanımlar vermektedir: “Genel ahlâk, aydın, vicdanlı, makul ve namuslu insanların doğruluk ve insaf duygularıdır” **Tekinay/Akman/Burcuoğlu**, sh.398. “Genel ahlâk kuralı kavramı, (sözleşmenin yorumunda olduğu gibi) doğru düşünen insanların

- “Genel ahlâk, belli bir zamanda ve belli bir topluma ait düşüncelerin gelişimini, o toplumun törelerine ve sosyal ahlâk düşüncelerine uyarlayan toplumsal ahlakilik kuralları bütünüdür”²⁴¹;
- “Genel ahlâk, hukukun emredici güç verdiği, sosyal, ahlaki ve dini değerler bütünüdür”²⁴²;
- “Genel ahlâk kuralları, özellikle cinsiyetle ilgili alanlarda, belli yer ve zamandaki dürüst insanlara ait geleneklerdir”²⁴³;
- Anayasa Mahkemesine göre ise “ Genel ahlâk, belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilen kurallardır”²⁴⁴.

duygu ve düşüncelerinden gelen ahlâk kuralıdır” Porret/Perregaux, sh.17. “Genel ahlâk makul insanların ahlâk anlayışıdır” Ataay, sh.242, Gönensay, sh.77; “Genel ahlâk, makul ve dürüst düşünen kimselerin çoğunluğunun ahlâk anlayışıdır” Saymen/Elbir, sh.140; İnan, sh.191. Yargıtayın da kararları bu yöndedir. Örnek olarak bkz. Yarg. 1.HD, 6.3.2002 T, E.2001/10578, K.2002/2892: “Ahlâka ve adaba aykırılıktan amaçlanan sosyal ve ekonomik ahlakıdır. Dürüst ve doğru insanların ortalama görüşlerine göre saptanmalıdır”.

²⁴¹ **Scarano**, Dictionnaire de droit des obligations, Paris, 1999, sh.26. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarından daha farklı olarak, Fransız hukukunda kavram, « belli bir yer ve belli bir zamanda, (genelde onu kapsayan) kamu düzenine paralel olarak, davranışlara verilen değerle sosyal ahlak düzeninin benimsediği ve içinde gelenekler ile bilhassa cinsel ahlak kurallarının bulunduğu, kişilik haklarına saygı çerçevesinde hakim tarafından takdir edilen kurallar bütünü » biçiminde anlaşılmaktadır. **Cornu**, Vocabulaire Juridique Paris 2003, sh. 115. Ayrıca bkz. **Bonnecase**, sh.91 vd; **Fenouillet**, sh.487 vd.

²⁴² **Roy/Schönenberger**, sh.40. Yazar bu tanımla genel ahlâk kurallarının, resmi bir otorite tarafından metne dökülmeleri sebebiyle törelerden (mœurs); yaptırıma bağlanmaları sebebiyle de ahlâk (morale) kurallarından ayrıldıklarını vurgulamaktadır.

²⁴³ **Carbonnier**, sh.23. Aslında yazarın daha çok bilinen ve “Genel ahlâk kuralları, iyi insanların yaptıklarıdır” şeklindeki ünlü tanımı ise artık terk edilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Darmaisin**, sh.59 vd.

²⁴⁴ Anayasa Mahkemesinin bu kararı: E.1963/128, K.1964/8, AMKD, C.I, S.2, sh.38, **Bulut**, sh.32.

Aşağı yukarı yapılan bütün bu tanımlardan ortaya çıkan sonuç ise; “*bir ahlâk kuralının genel ahlâk kuralı halini alabilmesi için*” objektif ve sübjektif iki unsura ihtiyacı olduğu yönündedir²⁴⁵. Aslında bütün *ahlâk kurallarının* içinde geliştikleri toplumda uzun süreden beri tekrarlanmaları ve o toplumdaki değer yargılarına göre hem birey davranışlarını hem de sosyal hayattaki karşılıklı ilişkileri etkilemeleri kaçınılmazdır. Ahlâk kurallarını, belli bir yerde ve zamanda sosyal düzen kuralı haline getiren de zaten budur. Ancak her ahlâk kuralının toplumsal hayat içinde aynı değere sahip olmadığı; kimilerinin daha bireysel, kimilerinin ise kamusal ve genel nitelik kazandıkları düşünüldüğünde, doğaldır ki, bir davranışın ahlâk kuralı olarak “belli bir yerde ve zamanda sürekli tekrarlanması” tek başına onu genel ahlâk kuralı haline getirmez.

Üstelik her bireyin kendine ait farklı ahlâk anlayışı vardır ve somut bir meselede hakim toplumdaki kişi sayısı kadar değişik ahlâki görüş ile karşı karşıya kalabilir. O halde, böyle bir durumda genel ahlâk kuralı belirlenirken hakim “kime ya da kimlere ait ahlâk anlayışını esas almalıdır?” Mesele ancak, pozitif hukukun

²⁴⁵ Bulut ise, genel ahlâk kavramının varlığı için üç unsura ihtiyaç olduğunu belirtir. Bunlardan ilki, zaman ögesidir, ikincisi, ahlâk kuralıyla ilgili hareketlerin niceliği yani toplumun çoğunluğunun göz önünde bulundurulmasıdır ve nihayet üçüncüsü, benimsenmedir. **Bulut**, sh.32 vd. Kanaatimizce, yazarın ikinci unsurda toplumun çoğunluğunun kıtas alınması doğru olmayacaktır. Zira belli bir toplumda zaman zaman ahlâki değerlerce benimsenemeyecek hareketler, toplumda çoğunluk tarafından kabul edilen hatta yadırganmayan davranışlar halini alabilir. Bu o kuralların genel ahlâk kuralı olduğu ya da olacağı anlamı taşımayacaktır. Bu sebeple, göz önünde bulundurulacak olan kesimin toplumdaki makul insan profili kabul edilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca yazar, Anayasa Mahkemesinin bir dördüncü unsur olarak “Kolayca anlaşılabilirlik” ögesini eklediğini belirtmektedir. Yazara göre, Mahkeme bu ibareyle, belli bir anda ve belli bir toplumda bireylerce benimsenen etik düşüncelerin asgarisine, ilk başta gözlenebilen temel değerlere dikkat çekmek istemekte ve kavramı kamu düzenine yaklaştırarak belirsizliği önleme isteğindedir. **Bulut**, sh.33. Buna göre yazar, genel ahlâk kavramıyla ilgili şu tanımlı benimser: “*Genel ahlâk, belli bir anda ve belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir.*” **Kabaoğlu**, Kolektif Özgürlükler, DÜHF, Diyarbakır, 1989, sh.137. Bizde, gerçekte tamamen manevi ve vicdani bir takım özellikleri olan ahlâk kavramına “objektif” bazı sınırlar getirildiğinden genel ahlâk kavramının unsurlarına ait ayırımı objektif ve sübjektif olarak sınıflandırarak yapmayı uygun bulduk.

yetersiz kaldığı noktalarda, hukukun hedefi olan adaleti ve hakkaniyeti sağlayacak olan *temel hakkaniyet ilkelerine* göre çözülebilir. Bu neden kanun koyucu tarafından genel ahlâk kavramını somutlaştırması ve takdir yetkisi çerçevesinde bu intra legem boşluğu doldurması gereken hakime (§ 4, I) yol gösterecek olan; *dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen, orta zekalı (MK.m.2/I) insan modeli ve bu kişiye ait ahlaki değerlerdir*. Elbette unutmamak gerekir ki, aşağıda da ayrıca detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere (§ 5, VI); bu kurallar her zaman *somutlaştırılma* yani uygulanacak meselede korunan menfaatlerin ayrıca belirlenmesi ihtiyacı doğurur ki, bu değerler de kaynağını şüphesiz kaynağını Anayasa'dan alacaktır. (§ 4, II) Dolayısıyla hükmün içeriğindeki *etik* ilke, somut meseleye göre *zamana ve mekana göre değişkenlik* gösterebilir. İşte genel ahlâk kuralları bakımından uyumu sağlayan da zaten budur

Bu demektir ki, her topluma, zamana hatta kişiye göre farklılık gösterebilen ahlâk kurallarının tekrarı ve davranışın sürekliliği incelenirken, ne çok olgun bir insanın gelişmiş zihniyeti, ne ahlâken pek düşük seviyede bulunan bir kişinin düşünce ve hareket tarzı, ne de sadece birkaç kişinin toplumsal, dini yada felsefi görüşleri ölçü alınmayacaktır. Aslında burada hassas olunması gereken nokta kanaatimizce, çıtanın hiçbir yönde aşırı olmayan bir ahlâk anlayışına çekilebilmesidir²⁴⁶, ki bunu sağlayacak olan da şüphesiz kanun koyucunun toplumdaki dürüst insan modeline ait olmasını istediği ahlâk görüşüdür²⁴⁷.

²⁴⁶ “Fazla gevşek bir ahlâk anlayışı hukukun terbiye görevine hizmet edemez, aşırı talepler ise hukuki güveni yok eder.” **Davran**, sh.271.

²⁴⁷ Bu konuda Hatemi, doğru düşünenlerin değer yargısının somut olayda ölçü olarak alınamayacağı görüşündedir. Ölçünün “bonus pater familias” gibi alışılmış ve munis ölçüler ile çağrışım yarattığı için çekiciliği bulunduğunu ancak kısır döngü yarattığı, değer yargısı ölçüsüne yine değer yargısı ile

Bir yerde hakimın yapacağıın, “makul insan modelinin sübjektif ahlâk anlayışına” dürüstlük kuralları çerçevesinde, objektif bir kimlik vermek olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmaz. *Buna göre eğer bir ahlâk kuralı, belli bir yerde ve zamanda o topluluğa dahil dürüst ve makul insan modelinin ahlâk davranışı olarak benimsenebiliyorsa, objektif unsur gerçekleşmiş demektir.*

Ancak, elbette çok açıktır ki toplumdaki dürüst ve makul insanlar tarafından benimsense dahi; bir ahlâk kuralının, genel ahlâk kuralı niteliği taşıyabilmesi için “toplumsal şuur içinde benimsenmesi” yani manevi bir unsur daha içinde barındırması şarttır. Daha önce de belirttiğimiz üzere (§ 3, I, A), bireylerin günlük hayat içindeki davranışlarının temelinde hep kendilerine ait “değer yargıları” ve bunlardan doğan “duyguları” vardır. Bir araya gelip toplulukları oluşturduklarında ise, bireysel değer yargılarının yerini o topluma ait “kamusal (sosyal) vicdan” alır. Kamusal vicdanı yaratan ise, toplumdaki bireysel değer yargılarının, hukuk kurallarının ve diğer sosyal düzen kurallarının (din kuralları, görgü kuralları, ahlâk kuralları gibi) bütününden doğan, “hak, adalet, görev, sorumluluk, doğruluk ve dürüstlük” anlayışlarıdır. Bu sebeple *makul ve dürüst insan modelinin ahlâk anlayışı eğer, kamusal vicdana göre ortak ahlâki değer olarak kabul ediliyorsa, genel toplum şuuruna uygun ise; sübjektif şartın gerçekleştiği ve artık o kuralın genel bir ahlâk kuralı olarak benimsendiği söylenebilir.*

sonuçlandırabilecek bir unsur kattığı görüşündedir. Zira doğru düşünenler kimlerdir ve bunun ölçüsü nerededir? **Hatemi**, sh.103-104.

Bütün bu değerlendirmelerin sonucu olarak biz de genel ahlâk kavramı için şu tanımı verebiliriz:

“Belli bir yerde ve zamanda o topluma (ya da topluluğa) ait sosyolojik kurallar ile ahlâk kurallarından temel alan, kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makul insanlara ait asgari, sosyal ve hukuki ahlâk kurallarıdır.”

B) Genel Ahlâk Kurallarının Özellikleri ve İçeriği

1) Genel Ahlâk Kurallarının Özellikleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki; genel ahlâk kuralları, sosyolojik düzen kuralları ile ahlâk kurallarından temel alan (§ 3, II, B, 2); kişilerin maddi, manevi ve sosyal bütünlüklerine dair pek çok temel hukuki menfaati koruyan (§ 4, II, B) ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarından birini oluşturan (§ 2, II) *genel bir hukuk ilkesidir*²⁴⁸. Hukuk düzeninin toplumdaki birliği, bütünlüğü ve hatta hukuki güvenliği sağlayabilmek için her zaman ihtiyacı olan üst değerlerden biri olarak (genel bir hukuk ilkesi olarak) genel ahlâk kuralları, bütün hukuk dallarında uygulanır.

Bu bağlamda, aslında içeriği kanun koyucu tarafından belirlenmeyen, açık ve net olmayan, ancak somut meseleye göre hakim tarafından doldurulması gereken

²⁴⁸ Genel hukuk ilkeleri, sadece bir hukuk kuralını metne almayan, aynı zamanda toplumun üzerinde kurulduğu, dini veya ahlaki kökenli temel değerlere göndermede bulunan hükümlerdir. Genel hükümler hakime hakları ve borçları belirlemede şu çerçevede büyük bir imkan sağlar: Değerlere göndermede bulunurlar ancak somut içeriklerini belirlemezler; İçerikleri tam olarak belirlenmediğinden, baskın politik, sosyal ve ahlaki anlayışlara göre değişirler. Genel hükümler direk uygulanamazlar. Bu sebeple hakimin bir muhakeme yargısı içermesi ve her olaya göre hükmü somutlaştırması gerekir. **Roy/Schoenenberger**, sh.26-27. **Jaluzot**, sh.69-79.

bir çerçeve hüküm söz konusudur²⁴⁹. Hakim *re'sen* dikkate alması gereken²⁵⁰ genel ahlâk kurallarındaki bu intra legem boşluğu, bizzat kanun koyucunun kendisine tanıdığı takdir yetkisi (*MK.m.4*) çerçevesinde, katı ve sabit şekilde değil, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak doldurmalıdır. (§ 4, I) Zira genel kurallar somutlaşmadıkça boşluk içerirler ve hakimin bu noktadaki adımı, boşluğu doldurmak yönündedir.

Genel ahlâk kuralları, hukuk kurallarından farklı olarak, din kuralları, ahlâk kuralları ve görgü kuralları gibi, *yazılı olmayan kurallardır*. Beraberinde korunmak istenen hukuki menfaatler ile değerler, baskın olan kültüre ve dünya görüşüne bağlı olarak yani sosyal ahlâk anlayışına bağlı olarak, (§ 3, II, B, 2, b) zamana ve mekana göre her zaman değişime açıktır. Bu nedenle tüm sosyal ahlâk kuralları gibi, genel ahlâk kuralları da *nisbi ve değişken* kurallardır²⁵¹. Korunan menfaatlerdeki değişim

²⁴⁹ Alman doktrininde *Blankettnorm*'dan bahsedilir. Bunlar, yasal bir sonucu belirleyen ve pratik gerekçelerle hakimin hukuki duygularının somut meselede gerçekleşmesini sağlayan normlardır. Kanun koyucu sadece çerçevesini belirlemiştir ve hakime duruma göre sınırlar içinde kalmak şartıyla, karar verme imkanı tanır. **Deschenaux**, sh.141. *Egger* ise, çerçeve hükümlerin fazla genel olduklarını ve ihtiyaç duyulan yönergeleri içermeyeceklerini belirtmektedir. Yazara göre hakimin boşluğu doldurucu, tamamlayıcı kurallar yaratması gerekir. Kuşkusuz bu faaliyetini icra ederken yasal çerçeve içinde kaldığı ve bir şekilde yasanın kendisine arka çıktığı doğrudur. Ancak bu durumda doğru bir karara ulaşabilmek için daha önce var olmayan kurallar koyması gerektiği ve bu kuralların ise kendi yaratıcılığının kendi faaliyetinin ürünü olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **Atamer**, sh.202, dipn.320.

²⁵⁰ YİBK T.14.1.1948, E.1943/30, K.1948/2. **Engel**, sh.284.

²⁵¹ Hatemi, genel ahlâk kurallarının bu özelliğinden doğan iki sonuca değinmektedir. 1) Eski ahlâk anlayışı sırasında hükümlerini doğuran ilişkilerin hukuki geçerliliği tekrar söz konusu olamayacaktır. Aynı şekilde batıl olan bir ilişki, genel ahlâk anlayışının sonradan değişmesi ile geçmişe etkili olarak canlanamayacaktır. 2) Eski ahlâk anlayışının genel ahlâka aykırı görmediği bir hukuki ilişki, yeni anlayış ile genel ahlâka aykırı görülürse, karar tarihinin genel ahlâk anlayışı esas alınarak verilmesi gerekecektir. **Hatemi**, sh.115, 116. Ayrıca genel ahlâk kurallarının bu özellikleri hakkında bkz. **Zufferey-Werro**, sh.180 vd; **Ripert**, sh.81; **Sevig**, sh.567; **Feyzioğlu**, sh.262; **Eren**, sh. 291 Genel ahlâk kurallarının değişimi hakkında Yargıtayın genelev açanlara kiralanen taşınmaz sözleşmelerini geçerli kılan 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararındaki şu ifade ilginç bir örnek olarak verilebilir. Yargıtay bu kararında "... Umumi ev ile *bar* arasında hemen hemen fark yoktur denilebilir. Bir yerin *bar* olarak kiralanması hakkında kira akti muteber sayıp umumi ev hakkındaki kira aktini muteber saymamak da doğru bir kıstas olamaz." ifadesini kullanmaktadır. Aradan geçen elli yıl içinde ise bu anlayışın ne kadar değiştiği ortadadır. *YİBK*, 14.01.1948 T, E. 1943/30, K.1948/2.

kendini gösterdikçe, genel ahlâk kuralları da değişmekte; hatta zaman zaman, aynı toplum içindeki daha küçük topluluklarda dahi farklı genel ahlâk kuralı anlayışları ortaya çıkabilmektedir. Doktorlar ve avukatlar gibi farklı meslek gruplarına ait, meslek ahlâkı kuralları bu duruma en belirgin örneği oluşturur. Bu kişilere ait genel ahlâk kuralı anlayışları araştırılırken, eğer toplumun sahip olduğu anlayıştan daha ağır ve sert ahlaki kurallar oluşmuş ise, hakim bunları dikkate alarak uygulayacaktır²⁵². Kamu düzeni ve hukuk düzeni için de geçerli olan nisbilik özelliği; kanaatimizce sadece toplumsal değişimlere paralel olarak farklılaşan pozitif hukuk ilkelerinden kaynaklanmaz. Aynı zamanda o toplumun fiziki, insani, coğrafi özellikleri; hatta bireyleri üzerinde önemli etkileri olan siyasi, ekonomik ve kültürel farklılıklarla da her zaman değişime sebep olabilir²⁵³. Bu özellik sebebiyle de; bireylere toplu halde uyumlu yaşama ortamı sağlayan ahlâk kurallarının her ne kadar toplum geneline yayılmaları mümkünse de, evrensel olmalarının mümkün olmadığı da çok açıkça görülmektedir²⁵⁴.

²⁵² Elbette ki bu noktada aynı toplum içindeki *farklı küçük topluluklardan* bahsederken, söz konusu olanın toplumun belli kesimine ait olan ahlâk anlayışı olmadığının altını çizmek gereklidir. Örneğin belli bir dini inancıya sahip topluluklar ya da belli bölgelerde devam eden uygulamalar (başlık parası gibi) toplumun genel ahlâk anlayışını yansıtamaz. Bunlar olsa olsa o gruplara ait, ahlâk anlayışları, gelenekler ya da örf ve adetler olabilir. Ki bu davranışların genel ahlâka ya da hukuka uygunluğu ayrıca araştırılmalıdır. Bu konuda örnek olarak başlık parası için bkz. **Hatemi**, sh.311 vd; **Öz**, sh. 125 vd; **Tekinay**, Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında Prof.Dr. Ü. Doğanay Anısına Armağan, İstanbul, 1982 sh.79; Uygur, sh.1008 vd'da yer alan, *Yarg. 11. HD, 15.11.1976 T, E. 4887, K. 4912*. Kararda başlığın hem hukuka hem de genel ahlâka aykırı olduğu ayrı ayrı vurgulanmakta ve halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından ahlâka aykırı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini bu durumun değiştiremeyeceği vurgulanmaktadır. Yine bkz. *Yarg. 11 HD. 11.2.1980 T, E.620, K.620 (YKD. 1981, S.3, sh.321); Yarg. 11 HD. 8.12.1975 T, E.4834, K.7191*

²⁵³ Gerçekten ahlâk kuralları ve buna bağlı bazı toplumlarda yerleşmiş genel ahlâk kurallarının farklılıkları zaman zaman değişik örneklerle konu olmaktadır. Örneğin, Eskimolarda erkeğin eşini veya kızını misafire ikram etmesinde ahlâka aykırı yön bulunmaması. Eski Isparta'da hırsızlığa şerefli bir yer ayrılması, ülkemizde hala bazı bölgelerde oç alma, kan gütmenin aile fertlerinin şeref ve namus borcu sayılması örnek olarak verilebilir.

²⁵⁴ Zira aynı toplum içinde dahi herkesin istisnasız anlaştığı bir sosyal ahlâk anlayışı yoktur. Söz konusu olan asgari müştereklerde bileşilmesidir. Öte yandan genel ahlâk kurallarının nisbilik özelliği, Avrupa insan hakları mahkemesince de vurgulanmış ve mahkeme, devletlerin genel ahlâk konsunudaki farklı yaklaşımlar içinde olmalarını doğal saymış, bu durumu sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Mahkeme AİHS'nin 9, 10 ve 11 inci maddeleri bağlamında, her sözleşmecii devlete

Sosyal düzen kuralları arasında yer alan ahlâk kurallarından farklı olarak, genel ahlâk ile ilgili hükümler *emredici* niteliktedir.²⁵⁵ Zaten, kişilerin kendi iradeleri ile ortadan kaldıramadıkları ve değiştiremedikleri emredici hukuk kurallarının, kanun koyucu tarafından düzenlenme nedenlerinden biri bizzat genel ahlâkın korunması düşüncesidir²⁵⁶.

Öte yandan, hakim bir ahlâk kuralının genel ahlâk kuralı olarak toplumda kabul edilip edilmediğini araştırırken, yukarıda da bahsettiğimiz gibi (§ 3, II) belli bir yerde ve zamanda, toplumda bulunan orta zekalı, dürüst ve makul kişilerin, kamusal vicdan tarafından benimsenen ahlâk anlayışlarını esas almaktadır. Bu nedenle,

kendi ülkesinin koşulları altında kendi yaklaşımını belirleme imkanı tanımakta ve her devletin demokratik bir toplumda ahlâkın korunması için gerekenler hakkında farklı görüşlere sahip olabileceğini kabul etmektedir. Bu konuda bkz. **Doğru**, İnsan Hakları, Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, İstanbul, 1994, sh.51 vd; **Bulut**, sh.39 vd. Ayrıca benzer bir yorum; Roma anlaşmasının 36 ıncı maddesinde yer alan çalışanların serbest dolaşım hakkı sınırları bakımından Lüksembourg mahkemeleri tarafından 14 eylül 1979 tarihinde verilen bir kararda da bulunmaktadır. Karar ilgili hükümleri kamusal (sosyal) ahlâk gerekçeleri ile teyit etmektedir. Mahkeme “*her devletin kendi ülkesinin sınırları içinde sosyal ahlâk gereklerini, kendi değerlerine göre ve istediği şekilde belirleyebileceğine*” hükmetmiştir. **Terre/Simler/Lequette**, sh.279.

²⁵⁵ Bu durum TK.m.2 hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Aynı sonuca kanunun içeriğinden, anlam ve amacından hareket ederek varmak da mümkündür. **Başpınar**, sh.136. Öte yandan, bazı yazarlar BK.m.19 ve m.20 hükümlerinin, ne emredici ne de düzenleyici hükümler olmadıklarını düşünmektedirler. Bu yazarlara göre üçüncü bir tür şekli hukuk kuralları söz konusudur: bunlar genel ahlâka uygun maddi bir davranışı emretmez; genel ahlâka aykırı sözleşmeleri rıza ile kurmaya ya da ifa etmeye engel olmazlar, ancak basitçe bütün borçlandırıcı güçlerini kaybederler. Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, sh.102 ve dipn.17’de belirtilen şu yazarlar: **Bucher**, Der Ausschluss döspositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Mélanges Deschenaux, Fribourg, 1977, sh.250 dipn.2. Ayrıca, **Burckhardt**, Organisation der Rechtsgemeinschaft, Zürich, 1948, sh.32; Aynı yazarın Einführung in die Rechtsgemeinschaft, Zürich, 1948, sh.137.

²⁵⁶ Diğer düşünceler ise, kamu yararı ve zayıfların korunması, kişiliğin korunması gibi fikirlerdir. **Bilge**, sh.61 vd; **Edis**, sh. 157 vd. O kadar ki aynı düşünce, “*kanunların geriye yürümeleri ilkesine*” de genel ahlâk kuralları bakımından istisna getirir. Böylece kural olan yeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaması olmasına rağmen, genel ahlâk kurallarıyla ilgili hükümler geçmişe etkilidir (makale şamil). Dolayısıyla eski kanun zamanında kazanılmış olan bir hakkın içeriğinin, hüküm ve sonuçlarının eski hukuka tabi olması, kanunların genel ahlâk düşüncesiyle koyduğu hükümlere aykırı düşürse, bu takdirde eski hukuk yerine yeni kanun hükümleri uygulanır. 864 Tatbikat Kanunun aynı sayılı maddesinde olduğu gibi, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2 inci maddesinde bu durum açıkça düzenlenmiştir: “*Eski hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan hükümleri, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir surette uygulanamaz.*” Bu konuda bkz. **Akipek/Akintürk**, sh.105-106, **Edis**, sh. 180.

kişiden kişiye farklılık gösterebilen ve bireyin sadece kendi iç dünyasına yönelmiş olan²⁵⁷ sübjektif (bireysel) ahlâk anlayışının aksine; genel ahlâk kurallarının ölçüsü her zaman *objektiftir*²⁵⁸.

2) Genel Ahlâk Kurallarının İçeriği

Genel ahlâk kuralları her ne kadar, makul ve dürüst insanlara ait sosyal, hukuki ve asgari ahlak ölçüsü içinde, yer ve zaman sınırlarıyla değerlendirilse de; sonuç olarak toplumlarda *kamusal vicdanı* oluşturan yine bireylere ait değer yargılarıdır. Birbirleriyle sürekli ilişki ve etkileşim içinde olan insanlar arasında, genel kamusal vicdanın tek bir değer yargısı çerçevesinde belirlenmesi elbette ki beklenemez. Çünkü bir topluma ait *kamusal vicdanı oluşturan, bireysel değer yargıları bir yana, hukuk kuralları ve sosyal düzen kurallarının bütününden doğan hak, adalet, dürüstlük, görev, sorumluluk, genel ahlâk gibi değerler bütünüdür*. Kaldı ki sosyal hayatta sürekliliği sağlayan da zaten, asla tek başına hukuk kuralları değildir. Toplumsal düzen varlığını, hukuk kuralları yanında, sosyolojik kurallar, din kuralları ve ahlâk kuralları ile beraber devam ettirir.

O halde kanaatimizce, genel ahlâk kurallarının içeriğini oluşturan hukuki menfaatleri doğru tespit edebilmek (§ 4, II) ve bir ahlâk kuralının kamusal vicdanda genel ahlâk kuralı haline alıp almadığını belirleyebilmek için hem diğer sosyolojik

²⁵⁷ Jaluzot, sh.61, 62.

²⁵⁸ Bu konuda bilhassa Alman ve Fransız hukuku doktrin görüşleri hakkında bkz. **Oprèa**, sh. 107-108; **Sevig**, sh. 617-618. Ayrıca **Guillod/Steffen**, (Commantaire Romand), sh. 134.

kuralların incelenmesi hem de karşılıklı etkilerin belirlenmesi şarttır.²⁵⁹ Bu noktada kanun koyucu kavramın içinin hukuka ve hakkaniyete uygun doldurulması amacıyla, bilerek ve isteyerek bir boşluk yaratmakta ve hakimden bu boşluğu doldurmasını; kavramla korunan hukuki menfaatleri yorumlamasını beklemektedir. Bu boşluğun doldurularak genel ahlâk kurallarının içeriğinin tespit edilebilmesi ise, diğer sosyolojik düzen kuralları ile bağlarının ve sınırlarının doğru çizilmesinden geçer.

a) Sosyolojik Kuralların Etkileri

Sosyal bilimlerde içinde toplumsal olayları, deneysel metotlarla araştıran sosyolojinin genel ahlâk kuralları üzerindeki etkileri incelenirken, kavramın sadece hukuk sosyolojisi yönü düşünülmeden daha geniş anlamı ile ele alınması gerekir. Çünkü genel ahlâk söz konusu olduğundan, içeriğine, sadece hukuki olaylar ve olgular değil, tüm sosyal olay ve olgular girer²⁶⁰. Her iki kuralın da temelinde toplumsal ilişkiler ve olaylar bulunduğuna göre, sosyolojik düzen kuralları ile genel ahlâk kurallarının karşılıklı etkileşimi de kaçınılmaz olacaktır.

Sosyolojik düzen kurallarından, *alışkanlıklar (habitudes)*, “belli bir yerde, ilgililerin çoğunluğu tarafından uzun süreden beri kabul edilmiş yeknesak davranış kurallarıdır”²⁶¹. (§ 3, I, B) Alışkanlıkların oluşabilmesi için iki temel şarta ihtiyaç

²⁵⁹ Bu noktada hukuk kuralları ile genel ahlâk kurallarının ilişkisi düşünüldüğünde tekrar vurgulamak gereklidir ki, diğer sosyal düzen kurallarından farklı olarak yazılı ve maddi yaptırımı bulunan hukuk düzeni, genel ahlâk kuralını metne aldığı için artık genel ahlâka aykırılıktan çok hukuka aykırılık söz konusu olacağından meselenin hukuk kuralları ile ilişkili kısmının hukuka aykırılık bölümünde (§ 5, I) incelenmesi kanaatimizce daha yerindedir.

²⁶⁰ Zufferey-Werro, sh.151.

²⁶¹ Örneğin, selamlaşmak, cenaze töreni, yemek düzeni, yazışma tarzı gibi Zufferey-Werro, sh. 151 vd. Yine, verilen bir yemekte çorbayla başlanıp, tatlıyla son bulma, tuzluyla başlayıp tatlıyla sona erdirmesi bu anlamda birer alışkanlıktır. Carbonnier, (Sociologie), sh.16. Bu alışkanlıklar, bir yandan

vardır: zaman içinde tekrarlanma ve belli bir yerde yaygın olma. Davranışın zaman içinde tekrarlanması benzer fiili durumlarda, bireylerin aynı davranış modeline şartlanmalarıdır. Bu davranış, zamanla, sosyal olaylara bağlı toplumsal tepkiler halini alır²⁶². Burada önemli olan, tepkilerin, belli bir alan içinde (ki bu alan uluslararası veya ulusal bir alan olabilir), aynı sosyal uyaranlara karşı verilmeleridir. Üstelik bireylerin alışkanlıklara bağlı hareketleri yaparken her zaman topluluk içinde, bilinçli hareket etmeleri de gerekmez. Çoğu zaman davranışın alışkanlık olup olmadığına bakılmadan aynı hareket tekrarlanır. Aslında önemli olan hareketi dışardan gözlemleyen üçüncü kişilerin, bu davranışın alışkanlık olduğunu görebilmesidir. Çünkü bunlar, ortak düşünce ve hayat tarzına sahip insanların bir arada yaşamaları sonucu doğan benzer hareketlerden ibarettir ve toplumun ekonomik, coğrafi, dini, sosyal değerlerine göre zaman içinde belirginleşirler. Her ne kadar maddi yaptırımları bulunmasa da, alışkanlıkların önemi zaman içinde o toplumda gelenek ya da görgü kuralı halini alma yolundaki ilk basamağı oluşturmalarından geçer.

Görgü kuralları (bienséance/convenance) ise, ortak yaşamı daha nitelikli kılmak adına bireylerin sosyal çevreleri içinde meslek ve eğitim gibi değişkenlere göre farklılaşabilen ve yine maddi yaptırıma sahip olmayan ancak manevi tepkilere neden olan kurallardır. (§ 3, I, B) Görgü kuralları daha çok aynı topluluğa ait

fiziki (iklim, toprak, beslenme gibi) diğer yandan insani (özellikle diğerlerinin alışkanlıkları) öğelerden oluşan dış ortam karşısında, bireyin kesintisiz tepkilerinden kaynaklanır. *Sosyoloji yönünden, alışkanlık, gelenek, ahlâk, âdet ve görgü kuralları hep aynı amaca hizmet eder.* Bütün bu terimler, belli bir grupta günlük hayata ait gündemde olan davranış modelleridir. Böylece toplumdaki alışkanlıklar hem objektif, hem de tasvir edici özelliklere sahip kavramlardır. Detaylı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 152 vd.

²⁶² Bu noktada asgari sürenin ne kadar olması gerektiği belli değildir. Kanaatimizce burada esas alınması gereken, toplumlardaki sosyal hayatın akışı, hangi hızla değişim gösterdiğidir. Üstelik günümüzde özellikle basın yayın organlarının, sivil toplum örgütlerinin toplum üzerindeki etkisi düşünüldüğünde, *moda* kavramı kadar olmasa da; eskiye oranla toplumdaki alışkanlıkların daha kısa sürelerde yerleştğini söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

bireylerin benzerleri ile karşılaştıklarında takınmaları gereken tavır, konuşma, oturma, giyinme, yeme içme ve hareket tarzlarını gösterir. Bu nedenle daha çok sosyal yararları bulunan ve aynı yönde hareket eden kişiler arasında yakınlık ve bağlılık oluşturan kurallardır. Görgü kurallarının toplum yaşamındaki önemi diğer sosyolojik düzen kurallarından gelenekler, ahlâk kuralları hatta din kuralları kadar fazla değildir. Bu nedenle görgü kurallarının, genel ahlâk kuralları üzerindeki etkileri daha dolaylı ve azdır²⁶³.

Sosyolojik anlamda *gelenekler (usage)* ise, örf âdet hukukundan (*coutume*) farklı olarak, toplu halde yaşama işlemiş, uyulması zorunlu kabul edilen ve alışkanlıklardan doğan davranışlardır. (§ 3, I, B) Dolayısıyla gelenekleri alışkanlıklardan ayıran, daha doğru ifadeyle bir alışkanlığı gelenek haline getiren; bireylerin taşıdıkları bu zorunluluk duygusudur (*opinio necessitatis, sentiment de l'obligation*)²⁶⁴. Yani, alışkanlıklar ne kadar yerleşmiş olurlarsa olsunlar, belli bir çevrede genel olarak o davranışa bağlı kalma inancı ve baskısı taşımıyorlarsa gelenek haline dönüşemezler. O halde, hem davranış modelinin gelenek olduğu yönündeki

²⁶³ Gerçekten de görgü kurallarına karşı toplumda oluşan tepkiler gelenekler, ahlâk kuralları ya da din kuralları kadar katı ve sert değildir. Örneğin, görgü kurallarına uygun giyinmesi gereken şekilde giyinmeyerek bir topluluğa katılan kişi ancak ayıplanır, belki o ortamda komik, özensiz ve saygısız kabul edilir. Buna karşılık toplumda genel ahlâk kurallarına ya da geleneklere aykırı hareketlerde gösterilen tepkiler her zaman daha sert hatta o kişiye karşı zaman zaman nefret ve düşmanlık duygularına kadar gidebilmektedir. Yine de tekrarlamak gerekir ki, ender de olsa, bazı görgü kurallarının zamanla toplum içinde çok fazla yaygınlaşması ve benimsenmesi; bunun sonucunda da gelenek ve hatta hukuk kuralı halini alması da mümkündür (§ 3, I, B).

²⁶⁴ Aynı unsur örf ve âdet hukukunda da bulunmaktadır. **Deschenaux**, sh.97. ATF 86/1960 II 256; ATF 83/1957 II 523; ATF 81/1955 I 34; **Zufferey-Werro**, sh.154. Aslında alışkanlıklar, geleneklerle aynı şekilde oluşurlar. **Simonius**, sh.169. Ancak, alışkanlıklarda aranması gereken belli bir yerde ve zamanda tekrarlanma unsuruna ek olarak, zorlayıcılık duygusunun bireylerde yerleşmesi ile ancak, alışkanlıklar gelenek halini alır. Bu durum da, toplumsal süreçte kaçınılmaz olarak alışkanlıkların çoğunun kendiliğinden, gelenek halini alması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü söz konusu zorlayıcılık unsuru taşımayan davranış modellerinin zaman içinde toplumda kaybolma eğilimleri vardır. Buna karşılık sosyolojik anlamda gelenekler ise, hukuk kuralları olmadıklarından, hakim genel ahlâk kurallarını uygulamadığı sürece resmi, bilinçli ve düzenlenmiş olmayan davranış kurallarından ibaret kalacaklardır.

ortak bir bilince; hem de bu bilincin bireyler üzerinde yarattığı sosyal bir baskıya ihtiyaç vardır. Sosyal baskıyı hissettiren, toplumda oluşan kamuoyu, basın yayın organları, daha önceden verilen mahkeme kararları ve ideolojiler olabilir²⁶⁵. Böylelikle, alışkanlıklar zamanla, toplum içinde yaygınlaşıp, bireylerin çoğunluğu tarafından benimsendikçe “normal” kabul edilen davranış modellerine dönüşürler. Bu davranış şekilleri, toplumun tamamı üzerinde etkili *genel gelenekler* olabilecekleri gibi; belli bir meslek gurubu ya da belli bir alanda etkili *özel gelenekler* halini de alabilirler.

Bu bakımdan genel ahlâk kavramı belirlenirken, sosyolojik kuralların etkileri mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Her şeyden önce, ortak bilinçle tekrarlanan alışkanlıklar geleneklere dönüştüğünde, aslında varolan sosyal baskının normatif gücüdür. Elbette ki hiç kimse, belli bir geleneğe bağlı davranış modeline uymak ve o doğrultuda hareket etmek mecburiyeti içine sokulamaz. Ancak yine de kişi geleneğe saygı göstermesi gerektiğini, aksi halde toplumda tepkiyle karşılaşacağını bilir.

Bu sebeple geleneğe dönüşmüş alışkanlık, artık toplumda daha etkili ve daha objektif niteliğe sahiptir²⁶⁶. İşte hakime genel ahlâk kavramının kapsamını belirlemesinde yol gösterecek olan da geleneklerin bu gücüdür. Çünkü her ne kadar hukuk kuralları gibi bağımsız maddi yaptırımları bulunmasa da; gelenekler de toplumsal bir anlaşma içinde zamanla oluşur ve bireylerin çoğunluğunun iradesini

²⁶⁵ **Zufferey-Werro**, sh.155. Yazarın belirttiği üzere; basın-yayın organların etkisiyle ilgili bkz. **Ripert**, sh.98; daha önceden verilen mahkeme kararlarının etkisi hakkında bkz. **Carbonnier**, (Sociologie), sh.201; ideolojilerin etkisi hakkında bkz. **Perrin**, sh.65.

²⁶⁶ Gelenekler, alışkanlıklardan daha etkilidirler çünkü, sosyal baskı sayesinde, toplumda bireyler kurallara uyma yönünde bir manevi baskı hissederler. Ayrıca yine gelenekler alışkanlıklardan daha objektiftirler, çünkü duygulardan, menfaatlerden ve kişisel anlayışlardan bağımsız olarak daha resmi bir kimlik kazanmaları söz konusudur. Daha fazla bilgi için. bkz. **Zufferey-Werro**, sh.155.

taşıır. Genel ahlâk kuralları için ihtiyaç duyulan da zaten, bu ortak iradeye uygunluk yani *kamusal vicdanda* yargılanabilirliktir. Ancak elbette ki, hiçbir genel ya da özel geleneğin, kanunlar tarafından benimsenen ve toplumdaki makul, dürüst çoğunluk tarafından kabul edilen genel ahlâk kurallarının üstüne çıkması düşünülemez²⁶⁷.

b) Ahlâk Kurallarının Etkisi

Toplumsal hayatın bu kadar birbirine girmiş ilişkileri içinde sosyolojik kurallardan alışkanlıklar ile geleneklerin, tek başlarına genel ahlâk kavramının içini doldurması elbette ki düşünülemez. Zira her ne kadar toplumda, sosyal ve manevi bir baskı unsuruyla desteklenseler de; bu davranış modellerinin hepsinin kamusal vicdana uygun, iyi, haklı ve adil olmaları mümkün değildir. Oysa genel ahlâk kavramını belirlerken hakimın ihtiyacı olan, bu davranışlardan hangilerinin toplumdaki makul, doğru düşünen, namuslu insan modeline ait ahlâk anlayışı olduğu ve kamusal vicdan tarafından benimsendiğidir. Ya da bir başka deyişle hangilerinin iyi (*bonnes*) olduğudur²⁶⁸. İşte bunu belirleyecek olan diğer itici güç o topluma ait ahlâk kurallarıdır.

²⁶⁷ Bu duruma en çarpıcı örneği yurdumuzda hala bazı kesimlerde uygulaması bulunan *başlık parası* meselesi oluşturmaktadır. Modern hukuk sistemimizde başlık parası uygulaması hem hukuka (MK.m.23) hem de genel ahlâka (BK.m.19) aykırılık oluşturur. Her ne kadar temelinde Türk geleneklerine dayalı bir uygulama içerse de, hiçbir dönemde pozitif hukukumuzda girmeyen başlık parası aslında böylelikle toplum tarafından da benimsenmemektedir. Zira, ne eski Türk geleneklerindeki Kalım kurumu ne de islam hukukundaki Mehr başlık parası ile aynı anlamı ifade etmez. Kalım'da evlenmeye yönelik iradeler sınırlanmamakta ve edim eşlerin birleşmesiyle ailenin mal varlığına dahil olmakta; buna karşılık mehr'de ise, ileriye yönelik bir borçlanma ifade edilmektedir. Bu konularda örn. bkz. *Yarg. 11.HD. 11.2.1980 T, E. 1980/620, K. 1980/620 (YKD, 1981, S.3, sh.322 vd); Yarg. 11.HD. 8.12.1975 T, E. 4834, K. 7191, Uygur, C.I, sh.1008-1009; Karahasan, sh.265-273. Ayrıca bu konuda bkz. Tekinay, Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında, Doğanay Armağan, İstanbul, 1982 sh.79 vd; Hatemi, sh.270 vd. (Ayrıca aşağıda § 7, I)*

²⁶⁸ Bir toplumda insanlar işlerinin yapılabilmesi için karşısındaki kişiye maddi bir menfaat sağlamayı artık olağan ve yapılması gerekli bir hareket olarak görüyorlarsa, adam kayırma o toplumda artık normal(!) sayılabilecek kadar çok benimseniyorsa ve insanlar bu davranışları düşünmeden yapacak kadar alışkanlık haline getirdilerse dahi; bu durum söz konusu davranışların

Ahlâk anlayışının toplumdaki yansımaları bir kısmını yukarıda da incelediğiniz üzere (§ 3, I, B) çok çeşitli olabilir. Öncelikle toplum içinde mevcut ahlâk kurallarının ve anlayışlarının ileriye dönük olarak yüceltilmesini ve bir yönüyle ahlâkın ahlakını ifade eden *saf, sert ahlâk kuralları* yani *ideal ahlâk kuralları (etik)* vardır. Bunun dışında belli bir toplumda, bireylerin o topluma ait olmaları sebebiyle benimsedikleri ve o topluluk içinde geçerli olan *objektif, toplumsal ahlâk kuralları* söz konusudur. (§ 3, II, A) Bireye dışardan etkisi olan bu ahlâk kurallarına uyumu sağlayan, kamusal vicdanda doğabilecek tepkiler ve yönlendirmelerdir. Bireyin davranışlarını kendi vicdanı ve bilinciyle yönlendiren *sübjektif, şahsi ahlâk* anlayışında ise kişi kendi iç muhasebesini yapar, zira bu ahlâk anlayışı insanın kendi nefesine ve iç dünyasına ilişkin ödevleriyle ilgilidir. (§ 3, II, A) Öte yandan, sosyal hayatın işleyişi gereği, ahlâk kuralları öncelikle daha dar çevrelerde doğar, şekillenir ve zamanla toplumun geneline yayılmaya başlar. Bu aşamalarda toplumun belli kesimlerinin, örneğin belli meslek gruplarının, birliklerin, grupların kendilerine ait ahlâk anlayışları da doğabilir. *Katman ahlakı, grup ahlakı, meslek ahlakı, hekim ahlakı, hukukçu ahlakı, tacir ahlakı...* gibi. (§ 3, I, B) Ahlâk kurallarıyla ilgili yapılan bu sınıflandırmalar çoğaltılabilir²⁶⁹ ancak asıl önemli olan genel ahlâk kavramının içeriğine dahil olan bütün bu ahlâk kavramlarının özü olan bir ahlâk mıdır; yoksa bu ahlâk kurallarının bir derlemesi midir?

genel ahlâk içinde yer bulacağı sonucunu doğurmaz. İşte bu duruma engel olacak olan o topluma ait ahlâk kurallarından ‘iyi’ olanların seçilmesidir.

²⁶⁹ Örneğin ahlâk kurallarıyla ilgili daha çok felsefi yönden verilen bir diğer sınıflandırma *Değer ahlakı* ve *ödev ahlakı* ayrımıdır. *Değer ahlakı*, birbiriyle çatışıp çelişen değerlerden hangisinin üstün olduğunu belirlemeye, bu konuda bir yargıya varmaya hizmet eden kurallardır. *Ödev ahlakı* ise, bir davranışın yapılıp yapılmaması ile ilgilidir. Bir davranış için iyi ve kötü diyebilmek değer ahlakı alanının işidir. Değer ahlakı bakımından uygun, doğru, iyi olduğuna karar verildikten sonra bu yolda hareket ve eylem kararı verilince artık ödev ahlakına geçilmiş olur. **Akyol**, sh.84

Öncelikle genel ahlâk kavramının içeriğinde anlam bulan ahlâk “*asgari ve orta düzeydeki*” bir ahlâk anlayışıdır²⁷⁰. Peki ama kişilerden beklenen neden *ideal ahlâk (etik)* değil de standart ve orta düzeydeki bir ahlâktır? Her şeyden önce, ahlâk kurallarının özelliği olan değişkenlik, beraberinde kuralların çeşitliliğini ve farklılığını da getirir. O halde aynı toplum içinde dahi farklılık gösterebilen bu kurallar belli bir uyum ve bütünlük içinde bir araya getirilmelidir. Kişiden beklenen ahlâk anlayışı, toplumdaki en kültürlü, bilgili, eğitilmiş ve görgülü insan modelinin ahlâk anlayışı olursa bu durum, henüz aynı seviyeyi hazmetmemiş insanlar adına genel ahlâk kurallarının etkisizliği sonucunu doğuracaktır. Çünkü aynı değerleri benimsemeyenler için, kuralların belli bir caydırıcılığa sahip olması, kişinin bilmediği, kavrayamadığı bir ahlâk kuralına uyması ya da aykırı davranmaması beklenemeyecektir. Aksi yöndeki insan modeli temel alındığında ise, bu defa da zaman içinde toplumda ahlâki bir çöküntünün yaşanması kaçınılmaz olacaktır²⁷¹. O halde, doğru olan, yukarıda da bahsettiğimiz gibi (§ 3, II, A) hakkaniyet temeliyle, orta seviyedeki, makul, dürüst insan modelinin ahlâk anlayışı olmalıdır.

Genel ahlâk kavramının içeriğine dahil olan ahlâk kurallarının ikinci özelliği ise, “*sosyal ahlâk kurallarını*” yani, belli bir zamanda ve toplumda tamamen baskın olan ahlâk anlayışını ifade etmeleridir²⁷². Aslında bu yönüyle sosyal ahlâk

²⁷⁰ Ahlâk anlayışı araştırılan kişi hakimın gözünde ne bir kahraman ne de bir azizdir. **Carbonnier**, sh.37; Kistas alınan oldukça orta seviyedeki insanlardır. Hatta Engel, fazla espiye kaçmadan, hakkın, ‘ahlâki olmayanlara’ dayandığının bile söylenebileceğini ifade etmektedir. **Engel**, sh.115.

²⁷¹ Aslında burada, önemli olan ahlâk görüşlerindeki farklılıktan çok, bu görüşler arasında bütünleşmeyi temin eden araçların sağlanmasıdır. Yazarlar genel olarak, bu noktada hakimın, toplumda azınlık durumunda olan ahlâk görüşlerini, marjinal hale sokabilecek bir anlayışı tetiklememeleri gerektiğini savunmaktadır. Örnek olarak bkz.. **Esser/Schmindt**, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Heidelberg, 1984, sh.138; **Schneiders**, der Verlust der guten Sitten, Le droit positif et les exigences de la morale, Studia philosophica, 1985, sh.74; **Ripert**, sh.154.

²⁷² Söz konusu baskın ahlâk anlayışı toplumun tamamına ait olabileceği gibi, taraflardan her ikisinin ya da birisinin dahil olduğu gruba (örn. meslek grubuna) ait de olabilir. **Pédamon**, sh.82; **Ferrand**,

kurallarının en çarpıcı özelliği toplumun ya da ait olunan grubun kendi düzeni içinde temel sayılan ahlâk kurallarından oluşmalarıdır²⁷³. Adalet duygularını rencide etmeden ve yargıya duyulan güveni sarsmadan, hukukun hem bireylerin çoğunluğu için anlamlı ahlâki değerleri; hem de toplum menfaatlerini korumasının yolu budur. Böylece yazılı olmayan, zamana ve mekana göre değişiklik gösteren sosyal ahlâk kurallarının bu özellikleri genel ahlâk kurallarına da yansımaktadır²⁷⁴.

Öte yandan sosyal ahlâk kuralları bakımından kamusal vicdanda yargılanabilirlik kriterleri her ne kadar bazı yazarlar tarafından daha alt ve küçük gruplara ait olarak verilse de²⁷⁵; önemli olan objektif ve somut bazı kıstaslar ile genel ahlâk kurallarına yön verebilmeleridir²⁷⁶ ki bu da o toplumdaki makul ve dürüst insanların vicdanında yargılanabilirliktir. Ancak, unutmamak gerekir ki, somut meselede bazı özel birliklere ve mesleklere ait daha farklı ve gelişmiş ahlâk anlayışları var olabilir. Bu kişilerden mesleki konularda yaptıkları sözleşmelerde beklenen ahlâk anlayışı ve aykırılık halindeki yargılanabilirlik kıstasları (*mesleki ahlâk*), toplum genelinden farklı değerlendirilir. (§ 3, I, B) Buna göre, söz konusu

sh.248; **Witz**, sh. 218; **Ost/Kerchove** , sh. 51 vd; **Tercier**, sh. 141 vd; **Zufferey-Werro**, sh.163. Örneğin *Yarg. I.HD. 6.3.2002 T, E. 2001/10578, K. 2002/2898'nda* “ahlâka ve abada aykırılıktan amaçlananın sosyal ve ekonomik ahlâk” olduğunu vurgulamaktadır. Yine İsviçre hukuku için bkz. örnek olarak ATF 24/1898 II 864; ATF 32/1906 II 51; Alman hukuku için bkz. BverfG, 7 şubat 1990, ZIP, 1990, sh.573, 575; BGH, 6 ekim 1989, NJW, 1990, sh.911.

²⁷³ **Terre/Simler/Lequette**, sh.279.

²⁷⁴ Sosyal ahlâk kurallarındaki değişkenliklerle ilgili en çarpıcı örnekler şunlardır: Eski Isparta terbiyesinde, hırsızlığa şerefli bir yer ayrılmakta, adam öldürmek, yalan söylemek ahlâksız sayılmamakta hatta bazı ilkel toplumlarda bu gibi hareketler ahlaki bir ödev gibi kabul edilmektedir. Yine Eskimolarda erkeğin eşini veya kızını misafire sunması bir diğer sosyal ahlâk kuralı örneği oluşturur. Örnekler ve daha fazlası için bkz. **Bilge**, sh.10 ve **Tanyol**, sh.41.

²⁷⁵ Örneğin, Engel'e göre kamusal vicdanda yargılanabilirlik kıstası toplum sağlığıyla ilgili tüm öğeleri; Staudinger-Dilcher'e göre, hukuki anlamdaki ortaklıkların tamamı, Kaufmann'a göre, geniş kitleleri; Ost-Kerchove'e göre, çoğunluğu; Teubner'e göre; bütün toplum ya da somut olaya göre aydın tüketicileri veya makul tacirleri ifade eder. Bu örnekler ve daha fazlası hakkında bkz. **Zufferey-Werro**, sh.163-164.

²⁷⁶ **Zufferey-Werro**, sh.163; **Reichard**, sh.146. Bu kriter, Alman hukukundaki klasik doktrine göre: doğru ve makul insanların ortak görüşleridir. **Grossen**, sh.87.

grup içinde toplumun geneline ait sosyal ahlâk anlayışından daha ağır ve sert ahlâki kurallar oluşmuş ise, artık hakim bu kuralları dikkate alarak uygulamak zorundadır²⁷⁷.

Genel ahlâk kavramının içeriğine dahil olan ahlâk kurallarının son özelliği ise, “*hukuki ahlâkla*” ilgili olmaları yani sadece yargı ve toplumsal düzen için gerekli olan; bu sebeple bireylerin tamamından beklenebilecek nitelikteki ahlâk kurallarını ifade etmeleridir²⁷⁸. Bir başka deyişle kişiler arasında arkadaşlık, iyilik, samimiyet, sevgi gibi duyguları benimsetmeye çalışan ahlâk kuralları bu kapsamda değerlendirilmeyecek²⁷⁹; sadece hukuk düzeni tarafından korunan ahlâk kuralları genel ahlâk kavramının içeriğine dahil olacaktır. Böylelikle, genel ahlâk kuralları da, artık kişilerin iç dünyalarında değil, dış dünyalarında sonuçlar doğuran kurallar halini alırlar ve aykırılıkları kanun koyucu tarafından kontrol altında tutulur²⁸⁰. Zira bu durumda sadece genel ahlâk kuralları değil aynı zamanda koruduğu temel hukuki değerlerin, menfaatlerin de ihlali söz konusudur. (§3, D, 3) Böylece genel ahlâk kuralları, sadece kişilerin bireysel bilinçleri ve vicdanlarına değil, aynı zamanda

²⁷⁷ Engel, sh.289. Örnek kararlar için bkz. ATF 73/1947 II sh. 655 vd = JdT 1948 I sh. 11 vd, SJ 1969 sh. 20 vd. 28 vd; ATF 85/1959 II sh. 525, 547 = JdT 1960 I sh. 538, 547; (ATF 74/1948 II sh. 158 = JdT 1949 I sh. 301, 309). **Guillod/Steffen**, (Commantaire Romand), sh. 134.

²⁷⁸ Hukuki ahlâk kavramını (*Rechtsmorale, Rechtsethik*) ilk kullanan kişi *Egger'dir. Zufferey-Werro*, sh.166. Hakim bu şekilde, hukuk düzeninin yaptırıma bağlamadığı ancak korumak istediği ahlâki değerlere uyulması için gereken hukuki baskının alanı genişletilmektedir. Böylelikle ahlâk kurallarıyla hukuk arasındaki bütünleşme genel ahlâk kuralları ile sağlanmaktadır. **Ost/Kerchove**, sh.53, 58 vd; **Zufferey-Werro**, sh.165; **Guillod/Steffen**, (Commantaire Romand), sh. 134.

²⁷⁹ Çünkü bunlar kişilerin ya tamamen iç dünyaları ile ilişkilidir ya da bireylerin hukuki anlamdaki ilişkileri üzerinde rol oynamazlar. Örneğin, *sadece insan olduğu için herkesi sevmek ahlâki bir değerdir*. Hukukten hiç kimseyi sevmeye zorlanamayacağınız gibi, bu yönde bir genel ahlâk kuralına aykırılık da söz konusu olmayacaktır. Yeter ki bu durum hukuka aykırı bir davranışa girmenize sebep olmasın. Mesela sırf bir kimseyi kıskandığınız için ya da sevmediğinizden bu kimseye hakaret eder, iftira atar ya da bu kişinin vücut bütünlüğüne zarar verirsiniz yapılan hareketler ceza hukuku anlamında suç oluşturabileceği gibi, MK.m.23 kapsamında kişilik haklarının ihlali sonucu da doğuracaktır. Öte yandan yine yukarıda da bahsettiğimiz gibi (§ 2, II, B), sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde istisnalar dışında, hiç kimse bir başkasıyla sözleşme yapmaya mecbur tutulamaz. Bu nedenle bir kimseyi kıskanmanız, sevmemeniz gibi şahsi duygular sebebiyle de o kişiyle sözleşme ilişkisine girmeyi reddetme hakkınız vardır ve bu durum kural olarak hukuka aykırılık oluşturmaz. Yeter ki, genel ahlâk kurallarına aykırı olarak sadece karşı tarafa zarar vermek amacı güdülmemiş (*BK.m.41/II*) ya da özgürlüğün istisnalarından biri varolmamış olsun.

²⁸⁰ **Ripert**, sh.10.

kamusal otorite ve vicdana da bağılı hale gelirler. *Bu sebeptir ki kanun koyucunun genel ahlâk kurallarına aykırılığı düzenlediği hükümlerin ihlali aynı zamanda hukuk düzenine aykırılığı da oluşturmaktadır*, ki çalışmamızın konusu oluşturan BK'nun 19 uncu ve 20 inci maddeleri bu durumun en güzel örneğini oluşturur.

c) Din Kurallarının Etkisi

Din kuralları, ait oldukları inanışa dair ruhani ilişkileri, inançları, emirleri, yasakları, ibadetleri ve sosyal düzen normlarını içeren kurallar bütünüdür. Dinlerin ortak bazı değerleri olduğu kadar, birbirinden çok farklı kuralları da bulunmaktadır. Yine de bütün dinler amaçları bakımından etik birer sistemdir ve temellerinde insanın nasıl olması gerektiğini öğretmeye çalışırlar²⁸¹.

Din kuralları belirgin, değiştirilemeyen ve ihlal edildikleri durumlarda devletin maddi bir yaptırımla müdahale etmediği kurallardır ve dogmalardan hareket ederler. Bu yönleri ile hukuk kurallarından ayrılırlar, ancak örgütlenmeleri belli bir dinin ekseninde olan toplumlarda, din kurallarının yasama organı ve hatta bizzat hakimler tarafından dikkate alındığı da görülebilir²⁸².

²⁸¹ Bütün dinler, insanların birbirleriyle ve insan üstü olan bir varlıkla ilişkilerinin nasıl olması gerektiği konusundaki buyruklar şeklinde ortaya konulurlar. Fakat bu buyruklar daima bir şeyler vaat ederler, daima bir amaç güderler. Felsefede bu tür amaç güden etiklere; *eudaimonist etik* denir. **Mengüşoğlu**, sh. 264.

²⁸² Hristiyan hukuku, İslam hukuku, Hindu hukuku gibi her dinin kendine ait toplumsal düzen kuralları vardır. Baskın oldukları toplumların hukuk düzenlerinde kendilerini gösterebilirler. Bilhassa özel hukuk kurallarında ve sözleşme hukukuna hakim ilkelerde bu etkiler daha baskın olmaktadır. Örneğin, İslam hukuku yönünden hukuk düzeni ile ahlâk düzeni fıkıh temeli üzerinde birleşir. Bu konuda ayrıca bkz. **Ripert**, La règle morale, sh.27 vd.

Elbette ki, toplumları oluşturan bireylerin tamamının aynı dini inanış çerçevesinde bir araya gelmesi mümkün değildir. O halde din kurallarının hukuk kurallarında olduğu gibi genel ahlâk anlayışı üzerinde de etkileri var mıdır? Eğer varsa belirleyici olan o toplumdaki baskın inanış mıdır yoksa somut olaya göre hukuki ilişkinin taraflarının inanışları mı esas alınmalıdır? Hiç bir dini inanışa bağlılık duymayan kişiler (örneğin bir ateist) için bu yönde bir genel ahlâk kuralının geçerliliği ne olacaktır? Ya da bu tür bir anlayış laik toplum düzenlerinde, laiklik ilkesine aykırılık oluşturmaz mı?

Aslında sosyal hayatı düzenleyen davranış kurallarının tamamının temelinde değerler vardır. Bunlardan bir kısmı, toplumların kültürleri, dünya görüşleri, hayat standartları değişse bile hemen hemen her toplumda aynı şekilde benimsenir. Mesela kimseyi öldürmemek, başkasının malını çalmamak, sözüne bağlı kalmak gibi. Felsefi olarak bu ortak değerlerin temeli araştırılırken dayanılan genellikle ilahi bir kuvvet olmuştur²⁸³. Bu ilahi kuvvetin daha baskın olduğu toplumlarda bir sonraki aşama ise, zaten hukuk düzeninin üstlendiği görevi yani insanlar arasındaki ilişkileri ve toplumsal hayattaki düzeni bizzat din kurallarına ait emir ve yasakların sağlamasıdır. Günümüzde ise, bu tür toplumlar hala bulunmakla birlikte sosyal hayattaki düzen genellikle din kuralları yerine, daha *laik*²⁸⁴ bir anlayış içindeki hukuk kurallarıyla sağlamaktadır. Tıpkı Cumhuriyet döneminden bu yana ülkemizde olduğu gibi²⁸⁵.

²⁸³ Davranış normlarının kaynakları hakkında doktrinde ait olunan dini görüşlere paralel olarak farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Örneğin Bockelmann, Kaufmann gibi kimi yazarlar davranış normlarının kaynağını on emire (Dekalog); Dürig gibi bazı yazarlar ise davranış normlarının kaynağının Hristiyan ahlakına dayandırmaktadırlar. Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özgenç**; Davranış Normları Teorisi, sh.445

²⁸⁴ Laik sözcüğü, dilimize Fransızca “*laïque*” kelimesinden gelmektedir. Kökeni Yunanca’daki “*laikos*” sıfatıdır. Yunanca’da “*Laca*” yani “halk, kalabalık yığın” anlamına gelen kelimeden türeyen terim “halka, kalabalık yığına ait” anlamındaki bir sıfattır. İlk başlarda din adamı niteliğinde bulunmayan kişileri tamamlamak için kullanılan bu sözcük (özellikle Tevrat çevirilerinde Rahipler

Aslında hem ahlâk kuralları hem de gelenekler çoğu zaman dinsel inançlardan temel almakta ve bu nedenle kesin sınırları çizmek oldukça güçleşmektedir. Hatta ahlâk alanı bugün dahi, ilkel toplumlar kadar olmasa da dinsel inançların etkisinden tamamen kurtulmuş değildir²⁸⁶. Öte yandan genel ahlâk kurallarının sadece dini veya felsefî ideallere göre belirlenmeleri mümkün değildir. Bu tespit ancak toplumdaki ortak düşünce ve durumlara göre gerçekleştirilebilir²⁸⁷ ve ancak dini örgütlenmeleri olan toplumlarda bir anlam ifade eder. Bu sebeple genel ahlâk kurallarının sadece dini

ve kendilerini Tanrıya adayan Leviler dışındaki halkı ifade eden) ancak ortaçağa gelindiğinde anlam değiştirmiştir. Ortaçağ ile beraber, bir siyasal iktidar yapısı halini almıştır. Buna göre, siyasal iktidarın kaynağının dinsel olmadığını ileri süren ve siyasal iktidar yapısının din kurallarına göre düzenlenmemesi savunan görüşler “laik” görüşler olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Kavram günümüzde de, siyasal sistemin bir temel ögesini, niteliğini belirler. Buna göre laik siyasal düzenlerin nitelikleri: devletin bir dininin olmaması; devletin yasal, toplumsal ve siyasal yapısının dinsel kurallara uygun olma zorunluluğunun bulunmaması, dinin kamu hizmeti olarak kabul edilmemesi, kişilere dini inanç özgürlüğünün tanınması ve din özgürlüğünün somut olarak gerçekleşmesinin sağlanmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özek**, Devlet ve Din, İstanbul, 1982. Ayrıca, laiklik konusu hakkında bkz. **Hafızoğulları**, Laiklik, Ankara, 1999 (*Yazar laikliğin tek tanımının, hukuki açıdan hukukun maddi kaynağının beşeri irade, şekli kaynağının ise kanun, örf ve adet hukuk ile hakimnin hukuk yaratması olduğunu ve başka bir tanımının bulunmadığı görüşündedir*); **Başgil**, Din ve Laiklik, İstanbul, 1962.

²⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti devletin laiklik ilkesini temel alması (Any.m.2), sosyal bir kurum olarak hukukun din değerlerini hiç önemsememesi anlamına gelmez. Aksine kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden olan “*din ve vicdan hürriyetinin*” koruma altına alınmasını sağlayan bizzat hukuk düzeninin kendisidir. (Any.m.24 ve MK.m.341) Dinin baskı ve sömürü aracı olarak kullanılmasının engellenmesi, her erginin dinin seçme özgürlüğü, hatta evlenmenin geçerliliğinin dini törene bağlı olmaması (MK.m.143) bu etkiyi sağlamaya yönelik örneklerdir. Zaten laiklik ilkesi için önemli olan, herhangi bir dinin kurumsal ve ideolojik olarak hukuk düzeni üzerinde etkili olup olmadığıdır. Ancak buna rağmen, bugün Türk toplumu içinde de hala İslam hukukunun etkilerini taşıyan hukuk kuralları yer almaktadır. Örneğin 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkındaki Kanunun 2 inci maddesinin B fıkrasında çok açık bir ifade ile; “*Dini bayramlar şunlardır*” denilerek sadece *İslam dinine ait olan Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramı* sayılmaktadır. Yine 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanunun 1 inci Maddesinde “*İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlâk esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere; Başbakanlığa bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur.*” İfadesiyle Laik devlet düzenine bağlı olarak İslam dinine ait işleri yönetmek üzere kurulan Başkanlık da bu konuda tartışmaya açıktır. Bu konuda oldukça tartışmalı olan bir diğer hüküm ise TC. Anayasasının 24/4 fıkrada yer alan “*Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk eğitimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır*” ifadesidir. Bugün Türkiye’de zorunlu din dersi olarak okutulan dini eğitim de yine sadece İslam dinine ait eğitimidir.

²⁸⁶ **Bilge**, sh.10.

²⁸⁷ **Ripert** sh.71.

ahlâk kuralları ile açıklanması ve hakimın genel ahlâk kuralını yorumlarken dini öğretileri dikkate alması zaten düşünülemez.

Kaldı ki, toplumları oluşturan bütün bireylerin aynı dini inanış içinde olması da beklenemez. Ancak o devlette baskın olan; çoğunluk tarafından benimsenen dinin, toplumun genel yaşayışı, insan ilişkileri ve birey davranışları üzerinde etkisini de inkar etmek mümkün değildir. Tıpkı Türk toplumu üzerinde İslam dinine dayalı gelenek, görenek ve âdetlerin varlığında olduğu gibi. O halde toplumdaki genel ahlâk anlayışı üzerinde din kurallarının hiçbir etkisinin bulunmadığı söylenebilir mi?

Öte yandan, bu etki hakim tarafından araştırılırken, hukuki ilişkinin taraflarına ait dini inanışların esas alınması da bizce mümkün değildir. Çünkü genel ahlâk kavramı toplumdaki dürüst, makul ve iyi insan modelini esas almaktadır. Bu insan modeli için belli bir dine dair hareket biçiminin örnek teşkil etmesiye beklenemez. Kaldı ki hukuki ilişkinin tarafları için bunun aksini söylemek, genel ahlâka değil; ancak o kişilerin sübjektif ahlâk anlayışlarına ulaşmayı sağlayabilir. Dolayısıyla hakimın hukuki ilişkinin taraflarına ait dini inanışları (ya da bizzat kendi dini inanışlarını) genel ahlâk anlayışının kapsamında dikkate almamalıdır. Buna karşılık, kimi yazarlar gibi genel ahlâkın sadece ve tamamen din kurallarıyla açıklanması ise zaten bugün bizim ülkemiz için mümkün değildir²⁸⁸.

²⁸⁸ Bu konuda batılı bazı yazarlar genel ahlâk kurallarını din kurallarıyla bilhassa Hristiyan ahlâkı ile açıklamaya çalıştıkları görülmektedir. Örneğin, *Opréa* BGB §138'de kanunun Gute Sitten teriminin ancak Hristiyan ahlâkı olabileceğini açıklar. **Opréa**, sh.96-107. Ripert, Saiget gibi bazı Hristiyan müellifler hakimın özellikle cinsi ilişki konusunda takip edeceği kanunun ahlâkın Hristiyan dininin emirlerinden ibaret olduğunu, ve sosyolojik anlayışların bu bakımdan bir yön veremeyeceğini vurgulamaktadırlar. Fransız ve Alman mahkeme kararlarında Hristiyan dininin emirleri az çok etkili olmuşsa da bunu gözde büyütmek gereklidir. Nasıl ki Türk toplumunda fuhuşun sosyal ahlâk açısından kabul edilmezliğinde, toplumumuza yayılmış olan İslam dinine ait görüşlerin etkileri bir dereceye kadar görülüyorsa; Alman ve Fransız mahkemeleri için de, Hristiyan dininin bütün

Bu anlamda, bir toplumunda, yüzyıllardır süre gelen dini inanışların; genel ahlâk anlayışı üzerinde doğrudan etkisinin değil olsa olsa üst bir değer olarak o topluma ait etik anlayışa yerleşmiş olan alışkanlıklar ve gelenekler üzerindeki dolaylı etkisinin varlığı düşünülebilir. O halde örneğin Türk toplumu için, İslam dinine²⁸⁹ ait değerlerden hangilerinin, ne kadar toplumun genel ahlâk anlayışını etkilediğinin bulunması için bu değerlerin o toplumdaki bireylerin ödevlerine, iyiliğe, doğruluğa, güvene dair ahlâki değerlerine yani toplumun temel (saf, pratik) ahlâk anlayışına (etik değerlerine) ve geleneklerine ne kadar işlediğinden yola çıkılmalıdır. Zaten toplumlarda değişmeyen din kurallarına rağmen, zamanla değişen genel ahlâk anlayışının sebebi de kanaatimizce yine bu etkinin dolaylı olmasıdır. Nitekim din kuralları değişmez, sabittir ama aynı toplum içindeki genel ahlâk kuralları değişebilir.

Örneğin, Türk toplumunda, bundan 50-60 yıl öncesine kadar, büyük şehirlerde bile iki kişinin flört etmesi toplumda hoş karşılanmaz; hatta günah olarak değerlendirilirken; bugün toplumun sınırlı da olsa bir kesiminde, kişilerin evlenmeden bir arada yaşamaları bile olağan kabul edilmeye başlamıştır. Aynı şekilde, kısa süre öncesine kadar, toplumdaki baskın dini inanışlar nedeniyle İsviçre’de eşcinsellik ile

ilkelerinin dikkate alınmadığını sadece genel ahlâk yönünden onaylananların değerlendirildiğini söylemek yanlış değildir. **Postacıoğlu**, sh.1299; Ayrıca bkz. **Blagoyevitch**, La morale et l’obligation civile, RGDL, 1936, sh.226 vd. Öte yandan Türkiye’de yerleşen genel ahlak kurallarının İslam ahlakı ile açıklanması yukarıda da bahsettiğimiz gibi gerek laiklik ilkesi sebebiyle mümkün değildir. Bu konuda ayrıca bkz. **Hatemi**, sh.85 vd.

²⁸⁹ Her ne kadar bugün Türk toplumunda genel ahlâk kurallarının çoğunluğu dini temellere dayalı gibi görünse de, biz bu etkinin çok uzun yıllar aynı topraklar üzerinde İslam hukuku esasına göre yönetilmenin ve hala çoğunluğu aynı dini inanışa bağlı bir ulus olarak varlık göstermemizin, buna karşılık toplumlarda yerleşen gelenek, genel ahlâk gibi değerlerin değişim süreçlerinin uzun sürelerle yayılarak toplumda hazmedilmesi gerekliliğinden doğduğunu düşünmekteyiz. İşte bu geçiş süreçlerinden birine verilebilecek en çarpıcı örnek de bu anlamda 1926 yılında kabul edilen Türk Medeni Kanunu ile yasaklanan imam nikahı ve süreci takiben bu tür fiili birleşmelerden doğan çocukların neseplerini düzeltmek amaçlı yayımlanan *af kanunlarıdır*.

ilgili ciddi tepkiler verilirken, 5 Haziran 2005 tarihinde yapılan referandumda²⁹⁰ halkın yüzde 58'inin eşcinsellere özellikle miras, vergi vs. gibi hukuki konularda evli çiftler gibi yasal haklar tanınmasını kabul etmesi de yine oldukça ilginç bir örnektir. Aslında her iki örnekte de değişen ne toplumlarda baskın olan dini inanışa ait kurallar ne de bu inanışa sahip çoğunluk oranıdır. *Değişmeye başlayan*, hem bireylerin subjektif ahlâk anlayışına, hem de genel ahlâk kurallarına temel olan o topluma ait gelenekler ile temel ahlâk nosyonu yani etik anlayışdır²⁹¹.

Öte yandan, genel ahlâk kavramı değerlendirilirken dinin bütün emir ve yasaklarının değil, içlerinden toplumun etik anlayışına ve geleneklerine mal olmuş olanların göz önünde bulundurulması kanaatimizce *laiklik ilkesini* de ihlal etmeyecektir. Çünkü laiklik ilkesinin ihlali, ancak belli bir dinin tüm gereklerinin, toplum tarafından benimsenip benimsenmediği dikkate alınmadan istisnasız değerlendirildiğinde mümkün olabilir²⁹². Kaldı ki bir toplumdaki sosyolojik düzen kurallarının, bilhassa gelenekler, ahlâk kuralları ve din kurallarının birbirleri üzerindeki etkileri az veya çok kaçınılmazdır ve bu nedenle kimi zaman davranışın hangi kurala dahil olduğunun tespiti dahi güçleşir.

²⁹⁰ Söz konusu referandum aslında Avrupa Birliğine üye olmayan İsviçre'nin Avrupa Birliği sınırlarına dahil olma yani Schengen-Dublin anlaşmalarıyla sınırları kaldırılan Açık Sınırlar Anlaşmasına (Schengen anlaşmasına) katılma konusunda yapılmış; aynı referandumda eşcinsel çiftlere yasal statü verilip verilmemesi konusu da oylanmıştır. Resmi sonuçlara göre halkın yüzde 58'i 'eşcinsel çiftlere, miras, vergi, emeklilik gibi hukuki konularda evli çiftler gibi hak tanınmasına ilişkin öneriyi' kabul etmiştir. Böylelikle bu kişilerin birlikteliklerini yasal hale getirmeleri tanınmakta ancak evlat edinmeleri kapsam dışında tutulmaktadır.

²⁹¹ Elbette ki bu değişimlerin sebepleri sosyoloji biliminin konusunu oluşturmaktadır. Ancak genel olarak günümüzde değişen toplum yapıları, uluslar arası ilişkilerdeki etkileşimler, basın ve yayın organlarının bilhassa kamuoyu oluşturmak yönündeki güçleri, ülkelerin siyasal, sosyal ve eğitim yapılarındaki hızlı değişiklikler ile kabul edilen politikaların daha hızlı yaygınlaştırılabilmesi kanaatimizce sebepler arasında gösterilebilir.

²⁹² **Postacıoğlu**, sh.1299.

Ancak elbette ki bu açıklamalarımız, kavramın içeriğini dolduracak olan hakimin (§ 4, I) kendi bireysel gelenek, ahlâk ve din anlayışlarını somut meseleye uyarlayabilmesi anlamına gelmemektedir. Burada bahsettiğimiz genel ahlâk kavramının oluşumunda toplum içinde etkileri inkar edilemez diğer sosyolojik düzen kurallarıdır. Elbette ki bütün olarak her türlü geleneğin, ahlâk kuralının ya da bunları dolaylı etkileyen din kuralının toplamının ortaya çıkaracağı bir genel ahlâk kavramı mümkün değildir. Zira herşeyden önce hukuk düzeni tarafından metne alınan genel ahlâk kavramının yine bizzat pozitif hukuk düzenine aykırılık yaratmaması gerekir²⁹³.

²⁹³ Bu noktada Hatemi'nin genel ahlâk kuralları için ölçüt olarak belirlediği; “pozitif hukukun temel ilkeleri ile bağdaşabilen, ülkenin pozitif hukuk bütünü içinde yadırganmadan benimsenebilen ve bu bütün ile çelişmeyen ahlâk kuralları” kıstasına da katılmaktayız. Yazar özetle; pozitif hukukun atf yaptığı ahlâk kuralları ve pozitif hukukun atf yapabileceği ahlâk kuralları kıstasını kullanmaktadır. **Hatemi**, sh.105.

İKİNCİ BÖLÜM
SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂK KURALLARININ BELİRLENMESİ,
VE SINIRLARI

§ 4. SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂK KURALLARININ BELİRLENMESİ

I- “Intra Legem Boşluk” ve “Hakimin Takdir Yetkisi”

Toplumsal hayattaki sürekli değişim ve gelişim içinde, mevcut hukuk kurallarının bütün hukuki olayları ve sorunları karşılaması mümkün değildir. Bu nedenle genel ve soyut hukuk kuralları kanun koyucu tarafından ne kadar mükemmele yakın düşünülse ve düzenlense de, bir noktada, sosyal hayattaki değişim ve hareketliliğe bağlı olarak eksik kalabilir. Somut olaya uygulanabilecek yazılı olan ya da olmayan hiçbir hukuk kuralının bulunmaması halinde ortaya çıkan *hukuk boşluklarında*, kanun koyucunun hakime hukuk yaratma yetkisini tanınması da zaten bu düşüncenin bir göstergesidir. (MK.m.1) Buna karşılık, somut meseleye uygulanacak yazılı bir hukuk kuralı bulunmadığı (*Preater Legem Boşluk*) ya da kanunda bulunan hükmün hakim tarafından meseleye olduğu gibi uygulanması kanunun amacına, menfaat dengelerine aykırı düştüğünde (*Intra Legem Boşluk*) ise *kanun boşluğundan* söz edilir.²⁹⁴ Bu bağlamda, *çerçeve* bir hüküm olarak genel ahlâk

²⁹⁴ Genellikle kanun koyucunun iradesi dışında ve öngörememesi sebebiyle ortaya çıkan preater legem boşluklarda (*Gerçek Kanun Boşlukları*) hakime yol gösterecek olan hüküm MK.m.1 hükmüdür. Yani hakim somut meselede yazılı olmayan hukuk kurallarına (örf ve âdet hukukuna) başvuracak eğer burada da bir çözüm bulamaz ise, kendisi kanun koyucu gibi hukuk yaratacaktır. Buna karşılık çoğunlukla kanun koyucunun bilerek ve isteyerek yarattığı intra legem boşluklarda ise (*Gerçek Olmayan Kanun Boşlukları*) hakime yön veren MK.m.4 hükmü ile tanınan takdir yetkisidir. Bu

kurallarına göndermede bulunan yasal düzenlemeler de (*MK.m.23, BK.m.19, m.20, m.41/II gibi*) aslında kanun dışı bir değere atıfta bulunarak “*intra legem boşluklar*” yaratırlar²⁹⁵.

Aslında kanun koyucu bu tür boşlukları yaratırken, somut olayın özelliklerine ve şartlarına göre değerlendirme yapılmasını, böylece belirsizliğin giderilmesini istemektedir. Bu sebeple iradi ve bilinçli olarak sadece normun genel çerçevesini çizer ve bir tür yetkilendirme ile (*MK.m.4*) *hakimden* bu boşluğu doldurmasını ister. Dolayısıyla, genel ahlâk kurallarının korunması ile sözleşme özgürlüğü ilkesi arasındaki menfaat dengesini sağlayacak özeni göstermek hakimin görevidir²⁹⁶. Elbette ki hakim bakımından bir toplumdaki bütün ahlâk kurallarının listesini çıkarmak, ardından bunlardan iyi olanları, toplumun kamusal vicdanında benimsenerek genel ahlâk kuralı halini alanları belirlemek mümkün değildir. Bu tespit ancak somut olayın bütün özellikleri içinde ve fiili durumun tüm unsurları ile yapılabilir; bunun içindir ki kanun koyucu bu görevi hakime bırakır²⁹⁷.

Öte yandan belirsizliği yaratan sadece genel ahlâk kavramının kendisi ve içinde koruduğu hukuki menfaatler değil; aynı zamanda kanun koyucunun meseleyi

konular hakkında bkz. **Akipek/Akıntürk**, sh. 134 vd; **Edis**, sh. 133; **Zevkliler**, sh. 88; **Akyol**, sh.325 vd; **Serozan**, sh. 108. Ayrıca bkz. **Deschenaux**, sh.91 vd; **Perelman**, sh.125, **Zufferey-Werro**, sh.89, dipn.27; **Merz**, sh. 215; **Manai**, Le juge entre la loi et l'équité: essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse, Lausanne, 1985.

²⁹⁵ Çerçeve normlar yasaların somut ve genel ifade tarzı nedeniyle bir supap niteliği taşıyan kurallardır. Yasaların adapte edilmesinde önemli bir işlevleri bulunmaktadır. Bu normların kural içi boşluk mu yoksa somutlaştırılmaları hakimın sadece yorum faaliyetinde bulunduğu kurallar mı oldukları doktrinde tartışılır. Ancak her durumda, hakimın yorum yapmak suretiyle yasa normlarını somutlaştırdığı hallerde dahi, aslında kısmen hukuk yarattığı kabul edilecek olursa, arada yöntem açısından bir fark olmadığı kabul edilmek gerekir. Söz konusu olan sadece aynı düşünsel faaliyet türünün farklı basamaklarıdır. *Canaris* ve *Larenz*'in görüşleri hakkında bkz. **Atamer**, sh.202.

²⁹⁶ **Engel**, (*cent ans*), sh. 72.

²⁹⁷ **Engel**, sh.198, **Reichard**, sh.156.

olumsuz ifadeler ile metne alışdır. Çünkü kanun asla genel ahlâk kurallarına uygun sözleşmelerle ilgilenmez ancak aykırı olanlarla ilgilenir. Sonuçta hakim, genel ahlâk kurallarının ne olduklarını değil ancak ne olmadıklarını araştırmalıdır²⁹⁸. Peki ama hakim takdir yetkisini neden, hangi sınırlar içinde ve nasıl kullanacak; bu boşluğu hangi hukuki değerler ışığı altında dolduracaktır?

Her şeyden önce hakim, kendisine tanınan bu takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde, genel ahlâk kurallarının konuluş amaçlarını göz önünde bulundurarak ve MK.m.4 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere “*hukuka ve hakkaniyete*” uygun olarak kullanmak zorundadır. O halde hakim somut meseleyle ilgili uygulayacağı yasal hükümdeki, takdir yetkisinin kapsamının, olay için mi, olayın unsurları için mi, yoksa hukuki sonuçları için mi öngörüldüğünü tespit etmelidir. Çünkü kendisine tanınan yetki her olayda aynı unsura yönelik değildir. (§ 6 ve § 7)

Ardından, tıpkı somutlaşmadıkça boşluk içeren bütün genel hukuk kuralları gibi, hakimin genel ahlâk kavramındaki boşluğu doldurması ve kuralı *somutlaştırmasına* ihtiyaç vardır²⁹⁹. Çünkü genel ahlâk kuralı kavramı kanunlarda tanımı bulunmayan, kapsamı belirlenmeyen çerçeve bir hukuk kural niteliğindedir. Kanun koyucunun tanıdığı bu imkan; hüküm özel bir duruma uygulanırken, içeriğinin ya da doğrudan kendisinin hakim tarafından açıklanması; daha sonraki zamanlarda yeni uygulama imkanları doğduğunda ise içeriğindeki *etik* ilkenin

²⁹⁸ Böylece aslında kanun koyucu, yasal düzenlemelerde olmayan bir kavrama “genel ahlâk olmayanlara” (les non-bonnes mœurs) göndermede bulunmaktadır. **Zufferey-Werro**, sh.87.

²⁹⁹ Genel ahlâk kuralları, dürüstlük kuralları, hakkaniyet, kişilik hakları gibi genel hukuk ilkelerinin bu tür somutlaştırılma ihtiyaçları için bkz. **Deschenaux**, sh.140-141; **Morin**, (droits), sh.84; **Merz**, n.29-30, **Terre/Simler/Lequette**, sh.278 ; **Engel**, sh.198 ; **Reichard**, sh.33.

güncellenmesi imkanlarını doğurur³⁰⁰. Sonuç olarak bir olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmaması bir hukuk meselesidir³⁰¹ ve bunu çözmesi gereken kişi de bizzat hakimdir.

Haklar nihayetinde, toplumsal ve ahlâki ihtiyaçlara cevap verecek bazı menfaatleri korumak amacındadır. Bir hakkı genel ahlak kurallarına uygun kullanmak, sonuç olarak, hakkı, hakkın içerdiği menfaatleri koruyacak şekilde, amacına uygun kullanmaktan geçer. Zaten *her hak içeriğinde koruduğu değerler ile somutlaştırılabilir*. O halde hakim genel ahlâk kuralının içeriğindeki bu değerleri (§ 3, II, B, 2) göz önünde bulundurarak, korunmak istenen temel hukuki menfaatleri belirleyecek (§ 4, II); bunların somut meselede amaçlarına uygun olarak kullanılıp kullanılmadıklarını, kavramın etik temelindeki bu değerlerin ihlal edilip edilmediğini araştıracaktır³⁰².

³⁰⁰ **Deschenaux**, sh.142. Genel ahlâk kuralları, kanun koyucunun ahlaki yapının hukuk düzenine, girmesini istediği zamanlarda açıklanmaktadır. Bu durum özel olarak Fransızca’da genel ahlâk kavramının (*bonnes mœurs*) iyi ahlâk kuralları olarak ifade edilmesinde de kendini göstermektedir. Özellikle sözleşme hukuku alanında, genel ahlâk kuralları, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kişinin genel menfaatini tehlikeye soktuğu durumlarda düzeltici bir araç gibidir. **Zufferey-Werro**, sh.87. Yazar bu konuda dipn. 19’da şu atıfta bulunmaktadır. **Esser/Schimdt**, Schuldrecht, C.I, Heidelberg, 1984, § 1 II 2, IV 2.

³⁰¹ Eğer gelenekler, ahlâk veya din kuralları gibi, hukuk dışı bir alandaki düzenlemeler ile çözümlenecek bir mesele söz konusu ise, bu durumda boşluk olmaz, ancak *hukuk dışı bir alan* (domaine extra-juridique, ein rechtsfreier Raum) söz konusu olur. Bu kavramla ilgili bkz. **Engisch**, Der rechtsfreie Raum, Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft, sh.385 vd; **Deschenaux**, sh.90. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, hukuki bir mesele olarak görülen bu durum, Fransız hukukunda kesin olarak hakim tarafından takdir edilecek maddi bir mesele (*question de fait*) olarak kabul edilir. Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 88; ayrıca sh. 351, dipn.18; **Roy/Schönenberger**, sh.40. Ayrıca genel ahlâka aykırılığın hukuki bir mesele olmasıyla ilgili görüşler için bkz. **Öktem**, sh.95.

³⁰² Yukarıda da detaylı olarak açıkladığımız üzere (§ 3, II, B, 2) genel ahlâk kuralları, sosyolojik değerler, ahlâk ve hatta din kuralları gibi diğer normatif hükümleri birleştiren bir açılıma sahiptir ve hakimi hukuk dışı değerlere (§ 4, II) yönlendirir. Aslında ne ahlâk kuralları ne de genel ahlâk kavramının içeriğindeki diğer sosyolojik düzen kurallarının tek başlarına hukuki bir değerleri yok iken, kanun koyucu tarafından metne alınmaları ile genel ahlâk kuralları aynı zamanda hukuki bir kural niteliği de kazanmaktadırlar. Böylece genel ahlâk kuralları bütün gerçek ve tüzel kişiler için zorunlu, normatif birer kural halini almakta ve bunlara aykırı sözleşmeler de hukuk düzeninin gözünde geçersiz kabul edilmektedir.

Bu noktada bizce hakim öncelikle *anayasal ilkeler ile temel hak ve özgürlükleri dikkate almalıdır*³⁰³ (§4, II). *Yorum araçlarıyla*³⁰⁴, yine temel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kurallarına uygun (*MK.m.2*) *objektif* karar verirken de³⁰⁵ (§ 3, II, A) kişisel duygu, düşünce ve değer yargıları ile sübjektif ahlâk anlayışından uzaklaşmalıdır. Böylece sözleşmelerin genel ahlâk kurallarına aykırılık halinde geçersiz olacaklarını hükme bağlayan kanun koyucunun maddedeki *ratio legisine* ve temelde kabul ettiği çıkarlar dengesine uygun davranacaktır. Ulaşacağı sonuç toplumun ortak değer yargılarına, kamusal vicdanına ters düşmemeli, ve az çok benzer olaylarda uygulanabilir nitelikte olmalıdır³⁰⁶. (§ 6, II)

³⁰³ Anayasal normların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmaları irade özerkliğini ortadan kaldırmaya kadar gidebilir. Bu sebeple kurallar doğrudan değil dolaylı yoldan özel hukukta etki doğurabilecek şekilde uygulanmalıdır. Hakim özel hukukun genel hükümlerini yorumlarken, kanundaki boşlukları doldururken, hukuk yaratırken anayasal ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak hareket edecektir. **Atamer**, sh.186

³⁰⁴ **Deschenaux**, sh.75. Ayrıca yazar, genel ahlâk kurallarındaki boşluk anlayışının genişletilmemesi gerektiğini çünkü açıklanması gereken yasal hükümlerin içeriklerinin yorumun görevi olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık Perelman ve Zufferey-Werro ise bu görüşe katılmamaktadır. Çünkü yazarlar, yorum araçlarının genel ahlâk kavramını açıklamak karşısında hiçbir yardımları bulunmadığı; kavramı içeren hükmün metninin, oluşumunun, sonucunun veya ait olduğu hukuk sisteminin göz önünde bulundurularak genel ahlâk kavramının içeriğinin tespit edilemeyeceği görüşündedirler. Böylece m.20 hükmünde, yorum araçları ne zaman ve neden bir sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunu tespit edemez. Bu terimler belirsiz görünüyorsa, bu hakimın somutlaştırması gereken hukuk dışı değerlere atıfta bulundukları içindir; o halde genel ahlâk kavramının içeriği belirsizdir ancak genel ahlâk terimi kendiliğinden yorumun konusu değildir. Bu konularda bkz. **Deschenaux**, sh. 98, **Perelman**, sh.127, **Zufferey-Werro**, sh.89.

³⁰⁵ Bütün hakların kullanımında olduğu gibi hakim için de takdir yetkisini kullanırken esas alması gereken ilke MK.m.2 hükmü gereğince dürüstlük kurallarıdır. Genel ahlâk kavramının içeriğini korunan hukuki menfaatlerle somutlaştıran hakime bu doğrultuda objektifliği sağlayacak olan; *dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen, orta zekalı insan modeli ve bu kişiye ait ahlaki değerlerdir*. Böylece yukarıda da bahsettiğimiz gibi (§ 3, II, A) genel ahlâk kavramının objektif şartı gerçekleşmiş olmakta, kamusal vicdanda benimsenme ile de artık o ahlâk kuralı genel ahlâk kuralı olarak hakimın önündeki meselede somutlaşmaktadır.

³⁰⁶ **Sevig**, sh.606 vd; **Akipek/Akıntürk**, sh. 140 vd; **Zevkliler**, sh.86. Ayrıca hakim, genel ahlâk kavramı gibi özel hukuk kurallarında kullanılan genel hükümleri yorumlarken temel haklara bağlı hükümleri de dikkate almak zorundadır. Bir başka deyişle, genel ahlâk kuralları da tıpkı kamu düzeni gibi, kötüye kullanılmaması için pozitif anayasal değer yargıları ile somutlaştırılmalıdır. Çünkü temel hakları koruma görevi sadece kanun koyucunun değil, kanunları uygulayan, yerine göre kendisine takdir yetkisi de bırakılan hakimın görevlerindendir. Bilhassa Alman Anayasa Mahkemesi tarafından son dönemlerde çok ön plana çıkan bu yeni görüşü ve klasik görüşü hakkında bkz. **Fromont**, sh. 348; ayrıca **Schönle**, sh.67 vd.

II- Genel Ahlâk Kuralları ile Korunan “Temel Hukuki Değerler”

A) Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz gibi sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak genel ahlâk kavramını somutlaştırmaya çalışırken, belli bir toplumda yada toplulukta geçerli olan bütün ahlâk kurallarının listesini çıkarmak ve ihtiyaç olduğunda bunlar içinden bir seçim yapmak mümkün değildir³⁰⁷. Bu yöndeki bir çaba bizi sadece eksik ve ahlâk kurallarındaki değişiklikler karşısında her zaman yetersiz kalacak bir sonuca götürecektir. Örneğin, bizim hukuk sistemimiz için genel ahlâk kavramı, Anayasa dışında (*Any.m.28, m.141*) Ceza hukuku içinde “Genel Ahlâk Aykırı Suçlar” başlığı altında düzenlenmekte (*CK.m.225-229*) ve suçlar; *hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlamak ile dilencilik* olarak sayılmaktadır. Ancak acaba genel ahlâka aykırı hareketlerin kanun koyucu tarafından suç olarak belirlenen bu durumlarla sınırlı olduğunu söylemek doğru mudur? Aksi halde *her hak içeriğinde koruduğu değerler ile somutlaştırılabileceğine* göre; genel ve soyut olan bu kavramın içini dolduracak olan ve böylece genel ahlâk kavramını somutlaştıracak olan değerler nelerdir?

Genel ahlâk kuralları, bireylere ait sübjektif ahlaki değerlerden farklı olarak hukuk düzeninin koruması altındadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Anayasa ve Ceza Kanunu dışında özel hukukta, kanun koyucu bireye, “senin özgürlüklerini

³⁰⁷ İnsanların ahlâki davranışlarının tamamını bir araya getirmeye çalışan sosyologlar ve filozoflar dahi tarih içinde bunu başaramamışlardır. Ahlâk alanında, belli bir toplumda geçerli kurallarının tamamını içeren bir eser olmadığı gibi, bireye, zamana ve mekana göre değişkenlik gösteren ahlâk anlayışı için sadece ‘ahlâki yargıyı taşımak’ çağlar boyu tek başına yeterli görülümüştür. **Perelman**, sh.91.

kimse genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlayamaz sen bile” (MK.m.23/I); yada “sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri de yapacağın sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olmamasıdır” (BK.m.19/II) gibi tahditler koyarken; aslında aynı zamanda kişilere bazı “*hak*”lar³⁰⁸ da tanımaktadır. O halde yapılması gereken hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunmasını isteme yönünde ferdi yetkili kılan bu menfaatler bütününe belirlemek olmalıdır. Çünkü, her ne kadar genel ahlâk kurallarının bir listesini oluşturmak olanaklı değilse de; içtihat ve doktrinden yola çıkarak, kavramla korunmak istenen *hukuki menfaatleri ve değerleri* belirlemek mümkündür.

Ancak bu noktada şu hususu dikkatten kaçırmamak gereklidir ki, toplumlara ait bu menfaat ve değerler; belli kültüre, dünya görüşüne bağlı olarak zamana ve mekana göre her zaman değişime açıktır. Burada bir çelişki yoktur çünkü hukuka olduğu kadar, genel ahlâk kurallarına da nisbilik özelliğini veren zaten budur. Örneğin bugün ötenazi, kürtaj, cinsel alandaki artan özgürlükler ve aile yapısında yaşanmaya başlayan değişimler artık sadece batı toplumlarında değil bizim toplumumuzda da tartışılmaktadır. Çünkü korunan menfaatler, değerler değişim gösterdikçe, o topluma ait genel ahlâk anlayışı da değişmektedir. Bu sebeple bizim de çalışmamız kapsamında ortaya koyacağımız ve içini doldurmaya çalıştığımız değerler

³⁰⁸ Sözcük anlamı olarak doğruluk, tanrı, hukukun kişilere tanıdığı yetki gibi değişik anlamlarda kullanılan ve hukukun temel kavramları arasında sayılan *hak* kavramı, çok yönlü ve birden fazla boyuta sahip bir kavramdır. Bu nedenle, üzerinde herkesin anlaşabileceği tek ve değişmez bir hak tanımı bulmak mümkün olmamış; öğretide hakkın çok çeşitli tanımları yapılmıştır. Bu tanımlar yapılırken değişik ölçü ve öğelerden hareket edilmiştir. İradeyi esas alan teoriye göre hak, kişiye ait irade kudretini ifade etmekten; menfaat teorisine göre hak, hukuk düzenince korunan çıkardır. İrade ve menfaat teorilerinin birleştirilmelerinden oluşan karma teoriye göre ise hak, insana irade kuvveti tanımak yoluyla korunan menfaat olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere fikir birliğine varılmış genel bir tanımla bulunamamakla birlikte, en fazla kabul gören şekliyle hak, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunmasını isteme hususunda ferdin yetkili kılındığı menfaattir. Hak kavramı ile ilgili bkz. **Roy/Schöenenberger**, sh.5 vd.

Türk toplumunda bir süre sonra genel ahlâk kavramı tarafından korunmayabilir ya da tam aksine bugün için toplumda bir menfaati ifade etmeyen herhangi bir durum bundan yüz yıl sonra toplum için genel ahlâk kuralları bakımından önemli bir değer halini alabilir. Ancak kanaatimizce değişmeyecek olan, bulunulan zamana ait olmak üzere “*o değer*in temel ve dokunulmaz” niteliği olacaktır ki, toplum o değeri kamusal vicdanında bireysel ahlâktan üstün tutarak genel ahlâk kuralı haline getirmiş olsun³⁰⁹.

O halde, kişilerin karşılıklı olarak girmek istedikleri sözleşme ilişkisinde, özgürlüklerinin genel ahlâk kuralları ile sınırlanmasında kanun koyucunun korumak istediği hukuki değerler, menfaatler nelerdir? Bu değerlere ulaşabilmek adına nasıl bir muhakeme yapılmalıdır? Her şeyden önce, BK.m.19 hükmü ile sınırı çizilen *sözleşme özgürlüğü*, tıpkı diğer özgürlükler gibi kişilik kavramına dahil olan ve hukuk düzeni tarafından korunan değerlerdendir. Kişilik haklarının da aslında, kişisel değerler bütünü üzerinde geçerli olan haklar olduğu göz önünde bulundurulduğunda; bunlara özgü nitelik ve hukuki sonuçların, kendi konusuna giren tüm değerler yönünden de geçerli olacağı çok açıktır. Bu sebeple kanun koyucu MK.m.23 ve devamında hem kişilik kavramını hem de *sadece kişi olması sebebiyle ona tanınan*; ehliyetlerini, özgürlüklerini ve maddi, manevi, ekonomik bütünlüklerini korumak istemekte; BK.m.19 hükmüyle ise, özgürlüklerinden birinin geçerlilik sınırlarını ortaya

³⁰⁹ Zaten bu sebeple hukuk sùjeleri yani kişiler girdikleri ilişkilerde verecekleri ödünleri kendileri belirler. Bu durum sözleşmeler için de geçerlidir. Kanaatimizce, sosyal hayat içindeki gelişim, değerlerin nisbileşmesi; her ne kadar mutlaklık, dokunulmazlık, devredilmezlik özelliklerini taşısa da sonuçta sınırı oluşturacak olan, yapılan taahhütlerdeki “*aşırılık kısıtı*” olacaktır. Bu konuda Engel İsviçre Borçlar Hukukundaki güncel gelişmelerle ilgili şu ifadeyi kullanmaktadır: “Bir kişinin şahsa sıkı sıkıya bağlı kişisel alanına, taahhüdüyle genel ahlâka aykırı olarak dokunan sözleşme batıldır. Bu durumun dışında, kişisel özgürlüğün objektif olarak korunması, yerine getirilmesi gereken aşırı taahhütlerin kendiliğinden butlanı gerektirmeyen ancak aşırılığa bağlı karşı tarafa sözleşmenin ifasını reddetme hakkı veren CC.m.27 hükmü ile mümkündür. Bu hak doğal olarak kişiye bağlıdır ve miras yoluyla da geçemez. ATF 129/2003 III p. 209 = SJ 2003 I p. 374-375; Engel, “L’évolution Récente Du Droit Des Obligations, Lausanne, 2004, sh.14. Ayrıca bkz. aşağıda § 7, III, C, 2.

koymaktadır. Bu sebeple aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, genel ahlâk kuralları herşeyden önce anayasal düzen içinde temel hak ve özgürlükleri yani kişilik haklarını ve dolayısıyla bu anlamda korunan tüm hukuki değerleri içermektedir. (§5, III)

Bu konuda *Hatemi*, genel ahlâk kurallarının içeriklerinin belirlenmesinde değil ancak, kuralların uygulanabilirlik denetimlerinde anayasal düzenin ve ilkelerin esas alınması gerektiği görüşündedir³¹⁰. Ancak kanaatimizce, genel ahlâk kuralları da her ne kadar içeriğinde sosyolojik kurallar ve ahlâk kurallarını barındırsa da; tıpkı kamu düzeni kavramı gibi (§5, II), kötüye kullanılmaması için *pozitif anayasal değer yargıları ile* somutlaştırılmalıdır³¹¹. Çünkü bütün özgürlükler, her ne kadar *bireye* ait olsalar da, sosyal hayat içindeki kullanımları ortak alana müdahale edeceğinden her zaman *toplumsal* bir yön de içerirler. Kaldı ki Anayasal değerlerin bütün hukuk düzeni için üst bir denetim aracı olduğu düşünüldüğünde, genel ahlâk kuralları ile korunan değerlerin aynı zamanda anayasal teminat altında bulunmaları ve aynı denetime tabi olmaları da bizce bir çelişki oluşturmamaktadır. Kaldı ki ne bütün anayasal değerler genel ahlâk kuralları tarafından korunmakta, ne de genel ahlâk

³¹⁰ **Hatemi**, sh.104 vd. Yazara göre anayasal düzene aykırı ahlâk kurallarının uygulanabilmesi mümkün olmayacağından, hem kavramın sınırlarının belirlenmesinde hem de üst bir denetim aracı olarak aynı anayasal değerlerin kullanılması doğru değildir. Aynı görüş için bkz. **Atamer**, sh.153. Aksi görüş için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.108.

³¹¹ Anayasada yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi (m.2/5), eşitlik ilkesi (m.10), çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi (m.48), tüketicinin korunması (m.172) gibi ilkeler bu yoldan özel hukuk kişileri arasında aktive edilebilecek ve sözleşme içeriğinin bir sınırını oluşturabilecektir. Bunların yanı sıra bir hukuk kurumu olarak sözleşme, evlilik, özel mülkiyet, vasiyetname, rekabet, temel hukuk ilkeleri olarak irade özerkliği, güven ilkesi, kişiliğin korunması ise kavramı somutlaştırmada devreye girebilecektir. Anayasal normların özel hukuk ilişkilerine *dolaylı* olarak uygulanmaları bugün genel olarak kabul edilen yaklaşımdır. Buna göre anayasal normların doğrudan uygulamaları, irade özgürlüğünden vazgeçme noktasına kadar gidebilir. O halde, hakim özel hukukun genel hükümlerini yorumlarken, kanundaki boşlukları doldururken, hukuk yaratırken anayasal ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak hareket etmelidir. Bu konu ve anayasal normların doğrudan uygulamaları hakkındaki görüşler için bkz. **Atamer**, sh.186-187, özellikle dipn.244. Ayrıca **Serozan**, sh.272.

kuralları ile korunan değerlerin anayasal hükümler halinde pozitif hukukta yer alması şartı bulunmaktadır. Bir ahlâk kuralını (ya da sosyolojik kuralı) genel ahlâk kuralı haline getiren, zaten toplumdaki kamusal vicdanı rahatsız edilmesiyle mümkündür, anayasal bir hükmün ihlali ile değil. O halde, kanun koyucu tarafından ortaya konulan genel ahlâk kuralları gibi çerçeve hükümlerin içini dolduracak değerlerin, temellerini anayasal değer yargılarından almaları da kaçınılmazdır³¹².

Üstelik hukuk düzeninin koruduğu bir değerın genel ahlâk kuralları tarafından da gözetilmesi, bu değerlerin toplumsal vicdanda da benimsendiğinin ve yazılı hukuk kuralları olmanın ötesinde toplumdaki etik alt yapıya da işlediğinin bir göstergesidir. Eğer ortak koruma alanındaki bu değerler pozitif hukuk düzeni tarafından somut hukuk normları halini almışsa ihlalleri elbette ki öncelikle hukuka aykırılık oluşturacaktır. (§ 5, I) Ancak bu durum dahi aynı değerlerin genel ahlâk kuralları tarafından da korunması sonucuna bir engel teşkil etmez. Dolayısıyla bu noktada Anayasal değerler bizce üst bir denetim aracı olmaktan önce, kavramın içeriğine dahil, onu somutlaştıran hukuki varlıklara da işaret edebilir. Öte yandan şüphesiz ki, sözleşme özgürlüğü Anayasanın 40 ıncı maddesinde düzenlenen bir temel özgürlük olduğundan, sınırlarından biri olarak genel ahlâk kuralları kavramının da nihai olarak

³¹² Alman Federal Mahkemesi de, aile bireylerinin birbirlerine karşı verdikleri ve çok yüklü kefalet miktarlarını içeren kefalet sözleşmelerinin genel ahlâka aykırı oldukları yönündeki 19 Ekim 1993 tarihli kararında da aynı yöndeki görüş ifade edilmektedir. “Anayasa, temel haklar bölümünde, hukukun her alanı için geçerli anayasa hukukuna ilişkin temel değer yargıları içermektedir. Bu değer yargıları ilgili hukuk dalına ilişkin çerçeve hükümlerin yorumlanmasında etkili olurlar. BGB § 138 ve § 242 hükümleri de, genel ahlâk kuralları ve dürüstlük kurallarına göndermede bulunurken, maddelerin Anayasal temel ilkeler ve değer yargıları ile somutlaştırılmaları gerekmektedir.” NJW 1994, 36. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda § 7, III, C, 2, a.

Anayasaya uygun olması şarttır³¹³ ve bu denetim içeriğe ait değerlerden farklı bir hukuki aşamadır.

Ancak hem felsefi anlamda etik kurallarıyla örtüşen (§3, I, B), hem de kanunların ruhu ile genel ahlâk kurallarını oluşturan bu değerler sadece insana insan olması sebebiyle tanınan kişilik hakları değil; aynı zamanda toplumsal ilişkilerin korunması için de yol gösterici olan değerlerdir. Çok çeşitli ve hiçbir zaman sınırlanmaları mümkün olmayan bu değerler toplumsal hayattaki süreklilik, teknolojik gelişim ve değişimle beraber yenilenebilir ya da zamanla yok olabilir. Doğaldır ki değerlerden bir kısmı sadece gerçek kişileri yada sadece tüzel kişileri, bir kısmı ise, her ikisini birden ya da toplumun tamamını hakkın konusu olarak kabul edebilir.

Elbette ki bu değerleri tespit etmek ve böylece genel ahlâk kavramını somutlaştırmak görevi önüne gelen her meselede bizzat hakime aittir. (§ 4, I) Ancak madem ki hakim önüne bir toplumdaki bütün genel ahlâk kurallarının listesini oluşturarak koyabilmek mümkün değildir, o halde hangi değerlerin koruması gerektiğinin belirlenmesi yeterli olmalıdır.

O halde genel ahlâk kuralları yönünden bu değerler, bir yandan genel anlamı ile şahsiyeti koruduklarından “*kişisel*”; bir yandan da sosyal düzen üzerine

³¹³ Anayasa m.11’de sınırların Anayasanın sözüne ve özüne uygun olması gerektiği niteliğini aramamış olsa idi, temel hak ve özgürlükleri tanıdığı olmasının da bir anlamı olmazdı. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmak mümkün olurdu. **Hatemi**, sh.105 vd.

kurulduklarından “toplumsaldırlar”³¹⁴. Bu sebeple biz de genel ahlâk kurallarının hangi hukuki değerleri koruduklarını, MK.m.23/II ve BK.m.19/II hükümlerinin kapsamlarını da göz önünde bulundurarak, kişisel ve toplumsal değerler ayrımı ile ele almayı uygun bulmaktayız³¹⁵.

B) Korunan Temel Değerler

1) Kişisel Değerler

Bu değerler kişiliğe bağlı maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğü koruyucu değerler olabilir. Aynı değerlerin hem *kişilik hakları* hem de *genel ahlâk kuralları* tarafından korunmaları ise değerlerin tahdidi olmamaları ve zaman içinde değişim göstermeleri göz önünde bulundurulduğunda bir çelişki oluşturmaz. Üstelik aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere zaten genel ahlâk kuralları kişilik haklarını kapsamaktadır. (§ 5, III)

Bunlardan, maddi değerler kişinin sadece bedensel bütünlüğüne dair olup, duygusal ya da toplumsal hayata katılımı ile ilgili olmayan değerlerdir. Bu değerlerden, her bireyin yaşaması için önemli olan fiziksel ve zihinsel fonksiyonlarına saygı ile bu değerlerin korunmasını ifade eden “*hayat hakkı*” gerçek kişiler için en temel haktır (Any.m.17/f.1)³¹⁶. Bu sebeple özel amaçlarla insan hayatı

³¹⁴ Hakların (özel olarak BK.m.19/II hükmünün) kişisel olmalarıyla ilgili bkz. A.**Bucher**, sh. 138; **Deschenaux/Steinauer**, sh.168. Ayrıca toplumsal nitelikle ilgili bkz. **Ost/Kerchove**, sh.91; **Zufferey-Werro**, sh.171.

³¹⁵ Benzer sınıflandırma için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.170-179.

³¹⁶ Hayat hakkı 19.yüzyılda Alman yazar *Gierke* tarafından kabul edilmiş (**Gierke**, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig, 1895 – yeni basım 1936, Munich-Leipzig,

için risk taşıyan sözleşmeler dışında³¹⁷; borçlunun ya da bir üçüncü kişinin hayatını tehlikeye sokacak ya da bu tür durumlara sebep olabilecek sözleşmeler BK.m.19 hükmü gereğince sadece kişilik haklarına değil aynı zamanda genel ahlâk kurallarına da aykırılık yaratır³¹⁸. Zira hayat hakkının mutlak ve temel niteliği, hukuk sistemi içinde geçerli olan bütün değerler tarafından korunmayı³¹⁹ gerektirir ki, genel ahlâk kuralları da bunlardan biridir.

Bunun içindir ki, her ne kadar kişinin hayatına son vermesi³²⁰ ya da buna teşebbüs etmesi herhangi bir yaptırıma tabi olmasa da; hiçbir hukuk düzeninde kişinin “*intihar hakkından*” bahsedilmez, ve bir kişiyi intihar etmeye teşvik etme yönünde yapılan bütün anlaşmalar BK.m.20 hükmü gereğince sadece kişilik haklarına değil genel ahlâk kurallarına da aykırılık taşıyacağından geçersizdir.

sh.709); mesele uzun yıllar Fransa’da hayat üzerindeki subjektif hakkın, sahibine sadece bir koruma hakkı verdiği ancak, tasarruf (ve yararlanma) hakkı vermediği görüşüyle tartışılmıştır. Bu konuda bkz. **Kayser**, Les droits de la personnalité, Aspect théoriques et pratiques RTC 1971, sh.455 vd.

³¹⁷ Sonuç olarak sözleşmenin özel amacı, herhangi bir riski doğuruyorsa genel ahlâka aykırı değildir. **Deschenaux/Steinauer**, sh.171. Örneğin bir spor karşılaşmasına çıkan kişi, diğer sporcu tarafından yaralanma riski altında müsabakaya çıkar. Dolayısıyla burada sözleşmenin özel amacından doğan bir risk altına girilmekte ve sporcu karşı tarafın beden bütünlüğüne verebileceği zarara baştan rıza göstermektedir. Örnek olarak bkz. İsviçre Federal mahkemesinin 7 şubat 1933 tarihli kararı, SJ 1934, sh.1. **Zufferey-Werro**, sh.173. Ayrıca ATF 121 IV 249; RVJ 1989, sh. 252; ATF 109 IV 102; ATF 75 IV 8. Spor karşılaşmalarından doğan kazalar ve bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. **Baddeley**, RDS 1996 II 215; **Dalleves**, Responsabilité Civile en matière d’accidents de sports, spécialement en cas d’accidents de haute montagne, Cycle de conférences données à l’université de Genève, 1993, sh.91; **Jolidon**, RDS 1989 I sh.39.

³¹⁸ **Deschenaux/Steinauer**, sh.170; **Tercier**, (personnalité), sh.54; **A.Bucher**, sh.128; **Engel**, sh.284; **Thévenaz**, sh.146; **Zufferey-Werro**, sh.173.

³¹⁹ **Tercier**, (personnalité), sh.53 vd.

³²⁰ Kişinin ölümü halinde zaten intihar eden kişinin cezalandırılmasının imkansız hale gelmesi, aslında kişinin ölüm hakkının varolması ve somutlaşması anlamına gelmez. Bu durum hukuk düzeninin çaresizliğini ifade eder. **Thévenaz**, 148. sh. Bkz. **Dijon**, Le sujet de droit en son corps, Une mise à l’épreuve du droit subjectif, Namur et Bruxelles, 1982, sh.576 vd. Bu durumun aksini ifade etmek, bir kişiyi intihar etmeye teşvik eden kişinin davranışını yasal kılacaktır ki bu, ne hukuk düzeni ne de genel ahlâk kuralları tarafından kabul edilebilecek bir durum değildir. Bkz. **Robert**, Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français, Le corps humain et le droit, Travaux de Henri Capitant, C.XXVI (1975), Paris, 1977, sh.463 vd.

Aynı şekilde, özellikle iyileşmesi mümkün olmayan ve çok ciddi fiziksel acılar çeken hastalar için ölüm hakkı tanınıp tanınmaması yani “*ötenazi (euthanasie)*” hukuk düzenlerinde ve tıp dünyasında oldukça tartışılmaktadır³²¹. Bu konuya özellikle meslek ahlakı boyutu sebebiyle kısaca değinmek istemekteyiz. Ötenazi geleneksel olarak ikiye ayrılır. *Aktif ötenazi*, ölüm döşeğindeki bir kişinin kasıtlı olarak hayatına son verilmesini; *pasif ötenazi* ise, bir hasta veya yaralının hayatını uzatabilecek tedavi, ilaç ve teknik imkanları kabul etmemesini ifade eder. Aktif ötenazi yönündeki sözleşme, bir kimsenin, hastanın hayat hakkına aykırılık taşıyan davranışta bulunması yönündeki taahhütleri içerir ki bu davranış genel ahlâka aykırılık taşımasının da ötesinde *hukuka aykırıdır*³²². Pasif ötenazi ise, hastalığın artık ölümle sonuçlanması kesin olduğunda ve kişi çok ciddi bedensel ızdıraplar çektiğinde söz konusudur. Bu durumu doktrin hastanın ayırdetme gücü olup olmasına göre ikiye ayırarak inceler. Kişinin ayırdetme gücü varsa, her ne kadar durum *meslek ahlakı* ile bağdaşmasa da, doktorların tek başlarına tedaviye başlama ve bırakma

³²¹ Ötenazi hakkında bkz. **Antonowicz**, Euthanasie, Paris, 2004; **Schank**, Euthanasie, Paris, 2002; ; **Cohen-Almagor**, The right to die with dignity, New Brunswick, 2001; **Keown**, Euthanasia examined: ethical, clinical and legal perspectives, New York, 1996; **Lesage-Jarjoura**, La cessation de traitement: au carrefour du droit et de la médecine, Blais, 1990; **Louis**, L’euthanasie, approche médicale et juridique, Toulouse, 1987; **Burky**, La mort dans la dignité, Lausanne, 1986; **Pedrazzini**, L’euthanasie: de l’avortement eugénique à la prolongation artificielle de la vie: étude de droit suisse, Locarno, 1982; **Gauthier**, L’euthanasie. Le point de vue du juriste, RMSR, 1980, sh.725-729. **Haemmerli**, Le problème de l’euthanasie. Essai d’une définition des concepts du point de vue d’un médecin, RICPT, 1975, sh.33 vd. Ayrıca bkz. **Güven**, Kişilik Hakları ve Ötenazi, İstanbul, 2000; **Artuk**, Ötenazi, YKD, C.18, S.3, sh.301; **Çağlar**, Ötenazi ve İntihar AD, 1966, S.1, sh.3 vd, **Tunç**, Ötenazi, ABD, 1955, S.2, sh.700; **Velidedeoğlu**, Şifasız Hastaların Ölümünü Kolaylaştırma Meselesine Hukuki Bir Bakış, CHP Konferanslar Serisi, Kitap 10, Ankara, 1939, sh.25 vd.

³²² Özel hukuk açısından bu tür bir davranış hukuka aykırılık taşıyacağından kişinin yakınlarının manevi tazminat talepleri söz konusu olabilir. (BK.m.47) Ceza hukuku açısından ise, durum. TCK.m.81 vd. anlamında kasden adam öldürme suçunu oluşturur. Ayrıca doktorların meslek hayatlarına başlamadan yaptıkları hipokrat yeminlerinde, kendisine başvuran kişiye öldürücü bir ilacı almasını söylemek veya bu yönde bir telkinde bulunmaya girişmek yasaklanmıştır. Hipokrat yemini § 4, **Thévenaz**, sh.150, dipn.29.

imkanları olmadığından, bu irade³²³ hukuka uygun kabul edilir. Ölüm döşeğindeki kişinin isteğine saygı duyulmalıdır³²⁴ ve burada kişinin hayat hakkı üzerindeki tasarrufu söz konusudur. Hastanın ayırdetme gücü yoksa pasif ötenaziye başvurma hakkı doktora bırakılmaktadır. Güncel eğilim doktorların hastanın farazi iradesi doğrultusunda karar vermeleri gerektiği yönündedir. Diğer görüşler tek başına farazi iradenin yetmeyeceği, yakınlarının iradesi ve meselenin *meslek ahlakı* kurallarıyla beraber incelenmesi gerektiği çünkü insanlık onurunun bazen hayat hakkından daha güçlü olduğu şeklindedir³²⁵.

Korunan bir diğer menfaat, hayat hakkına bağlı olan “*kişilerin bedensel bütünlükleridir*”. İnsan bedeninin dokunulmazlığı, fiziki bütünlüğü, sağlığı, bedensel kuvveti ve görünümü, normal olarak vücut işlerliğini sağlayan tüm öğeleri kapsar. Dolayısıyla hem fiziksel hem de zihinsel öğeleri içinde barındırır³²⁶. Bu sebeple

³²³ Hastanın yeterince bilgilendirildikten sonraki rızası önemlidir. Kişi artık bu yolu seçtiğinde, ayırdetme gücü de bulunsa önceden tedavi için verdiği rızalar geçerli olmayacaktır. **Deschenaux/Steinauer**, sh.196.

³²⁴ **Thévenaz**, sh.150.

³²⁵ İnsanlık onuru için bkz. **Pavia**, La Dignité de la Personne Humaine, **Cabrillac/Frison-Roche/Revet**, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003 içinde, sh.129-145. Ötenazi konusundaki yeni eğilimler, ötenazinin cezalandırılmaması yönünde gelişmektedir. Bazıları, aracı olarak kullanılan kişi tarafından intihar olarak görmektedir. 1976 yılında, Avrupa konseyi parlamenterler meclisi (*Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe*) bu konuda şu kararı vermiştir: “insan hayatının uzatılması, acıları da dindirmek amacı olan tıp uygulamasında (alanında) kendiliğinden tek amaç olarak kabul edilmemelidir.” Meclise karşı Dijon, ötenazi hareketinin sahibinin ölen kişinin isteği veya sadece kendi rızası ile işlemi tamamlamasına göre ayırım yapmayı önermektedir; bu ayırımın, bir kişilik hakkına aykırılığa verilen rızanın şeklini aynı biçimde uygulayan CC.m.27/2 karşısında hiçbir önemi yoktur. Nitekim, Gauthier’in dikkate aldığı gibi, aktif ve pasif ötenazi arasındaki ayırım, hareketi imtinadan ayırmaya alışkın hukukçulara yardımcı olmaz. Bu iki ayırım tam olarak örtüşmez, madem aktif ötenazi bir hareketi gerektirmektedir, pasif ötenazi de bir harekete ihtiyaç duyar, örneğin, terapiden vazgeçmek gibi bir imtina ile işlemi kesmekte olduğu gibi. O halde gelecekte, bir hastanın hayatına aykırılık taşıyan, insan onuruna saygının teyit ettikleri dışında hukuka aykırı anlaşmalar ile; ölen kişinin hazır veya farazi iradesi gibi hukuka uygun olabilen kişiyi ölüme terk etmek amacı taşıyan imtinaları (ihmalleri) ayırmak gerekecektir. Bu çözüm klasik doktrin tarafından önerilenden farklıdır. Konu hakkında bkz. **Thévenaz**, sh.151 vd.

³²⁶ **Tercier** bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Vücut bütünlüğü sadece kişinin fiziksel bütünlük hakkını içermez aynı zamanda, zihinsel denge ve akıl sağlığını içeren psişik bütünlük hakkını da kapsar.” **Tercier**, (personnalité), sh.55. Ayrıca bkz. **Deschenaux/Steinauer**, sh.171; **A.Bucher**,

kişinin üzerinde tasarrufu daha fazla olan bir haktır. Bu hak, hukuk düzenlerinde hem yazılı olan (Anay.m.17/f.2, MK.m.23 gibi) hem de yazılı olmayan (genel ahlâk kuralları gibi) hükümlerle ve yasaklarla korunan menfaatlerdir³²⁷. Sözleşmenin özel amacından doğan riskler dışında³²⁸, vücut bütünlüğü için tehlike yaratan durumlar da her zaman genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaktadır. Örneğin, İsviçre’de Federal Mahkeme, vücuduna bir gül dövmesi yaptırarak çıplak poz verdikten sonra, dövmeli deri bölgesini aldırma yönündeki bir taahhüdü genel ahlâka aykırı bulmuştur³²⁹. Yine Türk toplumu yönünden “taşıyıcı annelik sözleşmeleri”, yani doğacak olan çocuğun kiralık bir anne karnında büyütülmesi³³⁰; aynı şekilde “çocukları olmayan çiftler için sperm ya da yumurta bağışlanması” yönündeki sözleşmeler³³¹ genel ahlâka aykırıdır.

sh.128. Beden bütünlüğü hakkında bkz. **Cabrillac**, *Le Corps Humain*, **Cabrillac/Frison-Roche/Revet**, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2003, içinde sh.145-159.

³²⁷ ATF 95/1969 II sh.93; ATF 106=JdT 1970 I sh.330-337. **Engel**, sh. 284.

³²⁸ Örneğin, dublörlerin yaptıkları sözleşmelerde durum böyledir. Hayatlarını ya da vücut bütünlüklerini tehlikeli bir sahnede oynayarak riske atan dublörler (*coscader*) için yaptıkları taahhüdün geçerliliği kabul edilebilir. SJ 1934 s.I, sh.10; **Engel**, sh.284.

³²⁹ RTDC 1970, sh.347; **Ghestin**, sh.79, **Zufferey-Werro**, sh.291. Öte yandan sözleşmenin özel amacı yani müdahalenin üstün bir amaç taşıması, beden bütünlüğünün ihlalindeki hukuka ya da genel ahlâka aykırılığı ortadan kaldırır. Tıbbi müdahaleler ile organ ve doku naklinde durum böyledir. Ancak bu istisnalar için de genel ahlâk kuralları sınır oluşturmaya devam edecektir. Örneğin, tıbbi müdahale için yada kendi vücudundan doku alınması için rıza gösteren kişinin rızasının MK.m.23/f.2 (ve BK.m.19/II) sınırı içinde olması, dolayısıyla genel ahlâka da aykırılık yaratmaması gerekir. Mesela daha az hasar verecek ve daha az riskli bir sonuç yaratacak durum olduğu halde aksi yönde bir tedaviye yönelik irade açıklamasında bulunması halinde durum böyledir. Kangren olan bir kişinin sadece ayağının kesilmesiyle sağlığına kavuşabilecekken bütün bacağının kesilmesi yönünde izin vermesinde olduğu gibi. Bu anlamda kişi tedavi amacı olmaksızın rızası ile kolunu kırdıramaz ancak estetik amaçlarla burnunu yaptırabilir. Zira estetik ameliyatları hukuka uygun oldukları kabul edilmektedir. Bu sebeple seçilen yol, her seferinde genel ahlâk kurallarına başvurarak, doktorlar tarafından, tıbbi olarak kabul edilmez bir şekilde vücut bütünlüğünün ihlal edilip edilmediği sorusunun yanıtında aranmaktadır. **Thévenaz**, sh.170.

³³⁰ Aynı durum 1989 yılına kadar Alman mahkemeleri tarafından da genel ahlâk aykırılık sebebiyle butlan yaptırımına tabi kılınmışken, 1989 yılında yapılan yasal düzenlemelerle sözleşme, artık hem genel ahlâka hem de hukuka aykırılık sebebiyle batıl kabul edilmektedir. **Pédamon**, sh. 86; **Ferrand**, sh. 255.

³³¹ 1960’lı yıllarda bu durum İsviçre’de genel ahlâka aykırı kabul edilirken; (**Grossen**, sh. 52a) 1980’lerin sonlarında gerekli steril şartlarda ve iradi olarak yapılırlarsa bu yöndeki sözleşmelerin genel ahlâka aykırı olmadıkları kabul edilmiştir. Amaç çocukları olmayan çiftlere yardım etmektir. Meselenin organ ve kan naklinden farklı bir yanı yoktur ve tıpta yaşanan gelişmelere paralel olarak genel ahlâk kuralları da gelişmektedir. Bu konuda bkz. **Guinand**, *Aspects Contractuels*, SJ, 1986, sh. 125-133.

Öte yandan, toplumsal hayatın sürekliliği içinde ortaya çıkan manevi ve duygusal ilişkiler ağı, bireylerin özgürlükleri, isim hakkı, şeref ve haysiyet³³² ile sıv çevresi değeri gibi farklı menfaatlerinin de korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Buna göre, manevi değeri en önemlilerini özgürlükler oluşturur. Genel bir düzenleme ile kanun koyucu tarafından, MK.m.23/II hükmünde metne alınan *özgürlükler*, ancak aşırıya gitmemek kaydı ile ve hukuk düzeni ile genel ahlâk kuralları çerçevesi içinde kalınarak sınırlanabilirler. Biz de bu özgürlüklerden daha çok kişilerin manevi değeri üzerinde etkili olanlarından bazılarını bu kısımda; buna karşılık sosyal hayattaki etkileri sebebiyle toplumsal ve ortak bir nitelik kazandıklarını düşündüklerimizi ise bir sonraki başlıkta incelemeyi uygun bulmaktayız. (§ 4, II, B, 2)

Buna bağlamda, bireylerin din, politika, sanatsal görüş gibi farklı hareket alanlarına dair öncelikle bağımsız vicdani kanaatlere sahip olabilmelerini, daha sonra bu fikirleri yönünde karar verebilmelerini ifade eden “*karar özgürlüğü*”³³³ genel ahlâk kuralları tarafından korunan değeriyledir. Çünkü hukuk kişilerin iç dünyalarında aldıkları kararlardan çok; bunların sosyal yaşama nasıl ve hangi hukuki

³³² Şeref ve haysiyet manevi değeri arasında ve genel ahlâk kuralları tarafından korunan temel hukuki menfaatlereydir. Ancak genel ahlâk kuralları bakımından daha çok, toplumsal ve mesleki etkileri göz önünde bulundurulduğundan, biz bu değeri bir sonraki başlıkta incelenmeyi uygun bulmaktayız. (§ 4, II, B, 3)

³³³ Karar özgürlüğü, hiçbir zorlama olmadan sadece kendi iradesi altında hareket edebilmeyi ifade etmektedir. **Tercier**, (personnalité), sh.71. Ancak bu özgürlük de, MK.m.23 hükmündeki ilkelere uygun olmalıdır. Bir kimsenin diğeriine bağımlı olarak gerçekleştirdiği bütün taahhütler batıldır. **Deschenaux/Steinauer**, sh.95; **Grossen**, sh.12. ATF 104 II 108 = JdT 1980 I 77; ATF 102 II 211; ATF 97 II 108 = JdT 1972 I 648; ATF 69 II 230; ATF 43 II 341= JdT 1917 I 627; ATF 39 II 541= SJ 1913 sh.714 vd; ATF 29 II 114a. O halde, örneğin, genç bir kadının, ünlü bir şarkıcı olarak kariyer yapma hayali içinde, sadece menajerine güvenmesi ve bütün karar haklarından vazgeçmesi mümkün değildir. (ATF 104 II 108=JdT 1980 I 77) Karar özgürlüğünün ihlali sınırlarının zaman ve mekana göre yeterince belirlenmiş olması gerekir. **Thévenaz**, sh.240.

sonuçları doğurarak yansıdığıyla ilgilenmektedir. Bu yüzden de her ne kadar, herkes kendine ait kararları almakta özgürse de; hukuk düzeninin belirlediği sınırları aşmamak zorundadır. Medenî Kanunumuzun 23 üncü maddesinde düzenlenen ve hiç kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi olsa feragat edemeyeceğinin; kişisel özgürlüklerin aşırı sınırlanamayacağını belirtmesindeki bir sebep de zaten budur. O halde, sözleşme hukukunun temel ayaklarından birini oluşturan karar özgürlüğüne bağlı olarak, hükmün BK'nun 19 uncu maddesiyle beraber incelenmesi gerekir. Bu anlamda, örneğin maddi bir menfaat karşılığı belli bir gruba, mesleğe girmeye ya da çıkmaya, milliyet değiştirmeye, kefil olmamaya, yönelik taahhütler kişilerin karar özgürlüklerinin genel ahlâka aykırı olarak ihlali sonucu doğuracaktır³³⁴. (§ 7, III, C, I)

Örneğin karar özgürlükleri içinde, bireylerin diledikleri ilahî ideale inanmalarını, bu doğrultuda ihtiyaç duydukları ibadet ve yaşam tarzlarını hayata geçirebilmelerini ifade eden “*din ve vicdan özgürlükleri*” genel ahlâk kuralları açısından önemli bir yer tutar. İnançlar kişilerin manevi bütünlüklerini meydana getiren, dinlerin statik yapılarına rağmen kişiye göre değişebilen değerlerdendir. Zira dinler değişmese bile, bireysel inançlar ve değerler farklılık gösterebilir. Din ve vicdan özgürlüğü zaman zaman, belli bir birliğe katılma veya bazı ayin ve törenlere dahil olmayı da gerektirebilir. Ancak hiç kimse, inancına uygun olsun ya da olmasın, dini nitelikli sözleşmelere katılmaya ya da bu özgürlüklerini ihlal edecek şartları

³³⁴ Örnekler ve daha fazlası için bkz. **Engel**, sh.284. Diğer yandan, hiç kimse karar özgürlüğünden tamamen vazgeçtiğini açıklayamaz. Bu tür bir taahhüt, taahhütte bulunan kişinin kendi kaderinin yönetimini ve bağımsızlığını kaybetmesine sebep olacaktır. Bu durum sadece aşırı edimlerin yasaklanması ilkesinin sonucu değildir, aynı zamanda, hiç kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçemeyeceğini hükme bağlayan m.23/I'nin de bir sonucudur. Bu noktada velayet, vesayet ve yasal danışmanlık durumlarının kişinin karar özgürlüğünün sınırını oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Deschenaux-Steinauer, bu durumları bir istisna olarak kabul etmezken, Tercier özgürlüğün istisnaları olarak yorumlamaktadır. Bu konuda bkz. **Deschenaux-Steinauer**, sh.90; **Tercier**, (RDT), sh. 138 ve **Thévenaz**, sh.241. Ayrıca bu konuda bkz. aşağıda § 7, III, C, I.

içinde barındıran bir sözleşmeye dahil olmaya zorlanamaz³³⁵. Örneğin, belli bir dine girmeye ya da din değiştirmeye zorlayan anlaşmalar böyledir.

Öte yandan kişileri diğerlerinden ayırarak bireyselleştiren ve toplumsal değeri yanında manevi değerleri de bulunan “*ad (isim) hakkı*”, da yine genel ahlâk kuralları tarafından korunmaktadır³³⁶. Ad kavramı dar anlamıyla kişinin sahip olduğu öz adı ve soyadını ifade ederken, geniş anlamıyla kavram, müsheat ad (mahlas), lakap, ticaret ünvanı (TTK.m.41-m.54), işletme adı (TTK.m.55) ve tüzel kişi adlarını da kapsar³³⁷. MK.m.26 ve m.27’de korunması ve değiştirilmesi özel olarak düzenlenen bu kişilik hakkı, eğer seçim ve kullanma özgürlüğü genel ahlâka aykırılık sınırını aşarsa, MK.m.23/II, ya da BK.m.19/II hükümlerinin kapsamına da girebilir. Örneğin, bir kimsenin adını kullanmaktan sözleşmeyle vazgeçmesi ya da adını yine sözleşmeyle

³³⁵ Anayasamızın Din ve vicdan özgürlüklerini düzenleyen 24 üncü maddesinin ilk üç fıkrasında “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” denilmektedir. Kanaatimizce din ve vicdan özgürlükleri kişinin manevi bütünlüğüne dair özgürlüklerdendir. Zira her şeyden önce kendine ait olan duygu, düşünce ve inançları içerir. Bunların dış dünyaya yansımaları yani ifadesini ise maddi kişilik haklarından hareket özgürlüğü oluşturur. Ayrıca bkz. **Robert**, La liberté de religion, de pensée et de croyance, **Cabrilac/ Frison-Roche/Revet**, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003, içinde sh. 321-339; **Carbonnier**, sh.133; **Coulombel**, Le droit privé Français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l’Etat, RTC 1956, sh.1 vd; **Naurois**, Aux Conflits du droit privé et du droit public, La liberté religieuse, RTC 1962, sh.241 vd. Ayrıca din özgürlüğüyle ilgili yapılan açıklamaların mutatis mutandis, politik görüş özgürlükleri için de geçerli olduğu hakkında bkz. **Thévenaz**, sh.180.

³³⁶ Bu konuda Nüfus Kanunu m.16/f.4 hükmünde, açıkça milli kültürümüze, *ahlâk kurallarına*, örf ve adetlerimize uygun düşmeyen ve kamuoyunu inciten adların konulamayacağı belirtilmektedir. Ayrıca Soyadı Kanunu m.3’de de, rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleri ile *genel ahlâka* uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç isimlerin soyadı olarak kullanılamayacağı da belirtilmektedir. Bu konuda örnek bir karar olarak bkz. Yarg. 18.HD, 18.3.2003 T, E.2003/185, K.2003/1882.

³³⁷ Bu konuda bkz. **Deschenaux/Steinauer**, sh. 284; **A.Bucher**, sh.224; **Tercier**, (personnalité), sh.64; **Thévenaz**, sh.183; **Zufferey-Werro**, sh.175. Ayrıca, **Akipek/Akıntürk**, sh.440 vd. Adın korunmasıyla ilgili bkz. **Deschenaux/Steinauer**, sh.177 ve 284; **A.Bucher**, sh.136 ve 224; **Tercier**, (personnalité), sh.64 vd; **Grossen**, sh.57. Ayrıca Fransız hukukunda bkz. **Carbonnier**, sh.62. Ad üzerindeki hakların niteliği konusunda, Fransız hukukundaki baskın görüş bu hakkın, mülkiyet hakkı olduğu yönündedir. Buna karşılık, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında hak, kişilik hakları arasında yer alır.

başkasına devretmesi hallerinde durum böyledir³³⁸. Burada söz konusu olan elbette ki, kişinin ad hakkının doğal olarak devredilemez niteliğinin olmasıdır. Şüphesiz ki adın belli amaçlarla “kullanımının devri” mümkündür; tıpkı ticaret unvanını ya da markanın (MarkKHK.m.60) devrinde olduğu gibi. (TK.m.51) Buna karşılık, isim hakkının kullanımını bırakma yönünde yapılan lisans sözleşmelerinde, tarafların aşırı taahhütlerden kaçınma yasağına uymaları gereklidir ki bunu belirleyecek olan, temel borcun süresi olmalıdır.³³⁹ (§ 7, III)

Yine her bireyin, ortak yaşam içinde, özel ve mesleki hayatıyla ilgili gizli kalmasını istediği hususlara dair “ *özel yaşam alanları*³⁴⁰” da genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerler arasındadır. Doktrinde bu alan üçe ayrılarak incelenmektedir³⁴¹. Bunlar, herkes tarafından izlenebilen yaşam olaylarından meydana gelen ortak yaşam alanı; kamuya açık alanlarda cereyan etmeyen ancak

³³⁸ Yargıtay bir kararında vasiyette bulunan kişinin eşiyle beraber kendi adının bir pavyona verilmesi yönünde yükümlülük içeren bir vasiyetnamede bu şartı genel ahlâka aykırı bulmamıştır. Yarg. HGK, 4.5.1983 T, E.1983/2-235, K.1983/471. Ayrıca isim hakkı ile ilgili yayımlanmamış bir İsviçre Federal mahkeme karar için (JdT 1928 I 348) bkz. **Thévenaz**, sh.183.

³³⁹ **Thévenaz**, sh.184. Bazı yazarlar bu konuda “*lisans-izin*”den bahsetmektedirler. **Vivant**, Le patronyme saisi par le patrimoine, Mélanges offerts a André Colomer, Paris, 1993, (sh.517 vd) sh.521; **Levy**, sh.282. Lisans hakkından yararlanan kişi, ismin kullanımını kanunu verdiği sınırlar içinde, ve ona tanınan hak çerçevesinde kullanır. ATF 52 II 276; JdT 1928 I 348. Kullanım izni zamanla MK.m.23’e aykırılık başlığı altında sınırlanmış ve kural olarak bazı sözleşme veya ürünlerle kısıtlanmıştır. Lisans sahibi, üçüncü kişilerin karşı gelemeyeceği nispi bir hakkın sahibidir. Üçüncü kişiye ait bir ismin kullanımı bırakılmışsa, lisans hakkı sahibi üçüncü kişiye dava açmak için lisansı verene yönelecektir. ATF 78 II 265, JdT 1953 I 351.

³⁴⁰ Özel hayata karşı işlenen suçlar, Türk Ceza Kanununda da ayrı bir başlık altında “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlığı altında özel olarak düzenlenmektedir. (TCK.m.134-140) Ayrıca konuyla ilgili bkz. **Deschenaux/Steinauer**, sh.180 vd; **A.Bucher**, sh.130 vd; **Tercier**, (personnalité), sh.66 vd; **Grossen**, sh.90 vd; **Guinand**, La protection de la vie privée, Neuchâtel, 1977, sh.117 vd; **Engel**, Sphère privée de l’homme public, Mélanges Fritz Sturn, Liège, 1999, sh.985; **Kayser**, La protection de la vie privée par le droit, Paris, 1995; **Hebarre**, Protection de la vie privée et déontologie des journalistes, Zurich, 1970; **Badinter**, Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968, 2136. Ayrıca Fransız Hukuk için bkz. **Carbonnier**, sh.134 vd. Yine meselenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddesi kapsamındaki değerlendirmesi için bkz. **Drzemczewski**, Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile de la correspondance tel que le garantit l’art 8 de la Convention européenne des Droits de l’homme, Strasbourg, 1995. Ayrıca özel bir durum olarak bkz. **Kılıçoğlu**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1982.

³⁴¹ İlk olarak Jäggi tarafından yapılan bu ayırım ve daha fazlası için bkz. **Kılıçoğlu**, (basın), sh.83 vd.

kişiyi yakından bağlı olanlarla paylaşılan dar anlamda özel yaşam alanı ve bir kimsenin kendisi ya da güvendiği kişiler dışında herkese kapalı tutmak istediği sır alanıdır. Toplumsal yaşamın sonucu olarak ortaya çıkan, ilişkilerdeki iç içe geçmişlik, ancak her bireye böyle özgür bir alan tanınarak çözülebilir. Bir arada yaşam da böylelikle daha dengeli ve huzurlu olacaktır. Bu hak her bireye, özgürce ve hayatının her aşamasında kullanabileceği bir koruma alanı sunar.

Bu alanlar içinde genel ahlâk kuralları tarafından korundukları çok açık olan ortak yaşam alanı ve dar anlamda özel yaşam alanı dışında bazı kişiler için biraz daha dar tutulsa;³⁴² yada belli meslek gruplarına bu yönde özel bir yükümlülük getirilse³⁴³ bile; herkesin *sır çevresiyle* ilgili menfaatlerinin de korunması esastır. Bu sebeple bir kimsenin rızası olmadan onun özel yada mesleki hayatını gözetlemek, bunları topluma açıklamak MK.m.24/I anlamında hukuka aykırılık teşkil edecektir. Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan biriye kişinin “*rızası*”, yani özel hayatına yapılacak müdahaleye izin vermesidir³⁴⁴. İşte bu noktada gösterilecek olan rızanın genel ahlâk kurallarına da aykırılık taşımaması gereklidir.

³⁴² Zira politikacı, sanatçı gibi kamuya mal olmuş kişilerin, özel hayatları, genel hayatlarını ve genel hayattaki davranışlarını ilgilendirdiği veya bu hayatları üzerine etkili olmaya elverişli olduğu oranda, herkesten gizli kalma niteliklerini kaybeder. Bunların gizli kalmasını isteme hakları olmadığı gibi, bu alandaki söz ve yazılar da kişilik haklarının ihlali anlamına gelmez.

³⁴³ Gerçekte, noter, avukat, mali müşavir, doktor, psikolog gibi kişilerin sır çevresi alanına meslekleri gereği giren kişilerin büyük ölçüde “*sır saklama yükümlülükleri*” bulunmaktadır. Bu kişiler, meslekleri gereği öğrendikleri ve kişilerin özel hayatlarına dair bilgileri açıklayamazlar, yada kendilerine verilen belgeleri gösteremezler. Gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.246 bent 3’de ve gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.46’de bu kişilere tanıklıktan kaçınma haklarının tanınması da bu durumun bir sonucudur. Avukatlık Kanunun 36 ncı maddesi gereğince avukatların mesleki sır saklama yükümlülükleri hakkında örnek bir karar için bkz. YCGK 28.09.1999 T, E.1999/1-213, K.1999/219.

³⁴⁴ Bir başka deyişle bu konudaki rıza, özel hayata aykırılığı kural olarak her zaman ortadan kaldırılabılır. **Tercier**, sh.68; **Engel**, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 11. Ayrıca bkz. **Rigoux**, La protection de la vie privée, et des autres biens de la personnalité, Bruxelles/Paris, 1990. Bu durum “*volenti non fit injuria*” kuralının yansımasıdır. **Levy**, sh.213. Ancak sınır

2) Toplumsal Değerler

İnsan, sadece maddi ve manevi bütünlüklerin oluşturduğu bir canlı değil; aynı zamanda toplumsal yaşam içindeki sosyal bir varlıktır da. Her kişinin bu sosyal hayat içinde ayrı yeri olduğu düşünüldüğünde, toplumsal yaşamdaki uyumun sağlanması ve devamı şüphesiz ki, her birinin bu alana ait menfaatlerinin korunması ile mümkün olabilir. Bu durum bir yandan toplum içinde uyumu; diğer yandan ise bireysel davranışlarda belli bir eşitliği sağlamaktadır³⁴⁵. Ceza Kanunu kapsamında genel ahlâka aykırı suçlar olarak kabul edilen, *hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş*, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ve *dilencilik* suçları (m.223-229) ile yine kanun içinde genel ahlâk kavramına göndermede bulunan *aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali* (m.233) ve *genel ahlâk açısından tehlikeli eşyaların müsaderesinde* (m.54) hep bu anlamda toplumsal değerler göz önünde bulundurulmaktadır.

Bu bağlamda aslında manevi değerlerden olan bazı özgürlüklerin toplumsal hayat içindeki etkileri onların sosyal, ekonomik ve toplumsal olarak genel ahlâk

MK.m.23/II olmalıdır, aksi halde işlem (kısmen) batıldır. ATF 102 Ia 516 (i); ATF 97 II 97 = JdT 1972 I 242; ATF 95 I 439 = JdT 1970 I 290; ATF 91 I 200=JdT 1966 I 295. **Thévenaz**, sh. 185. Bu durum kişinin “*resim ve ses üzerindeki hakları*” için de geçerlidir. Bilhassa son yıllarda teknolojik gelişmelerin hızıyla beraber kişilere ait resim ve ses üzerindeki haklar da tartışılmaya başlanmıştır. Bu haklar üzerinde FİSK.m.84 ve m.86’daki gibi özel düzenlemeler bulunması dışında; kişinin bu hakkını değil ancak hakkın kullanımını bir üçüncü kişiye rızası ile geçirmesi mümkündür. Bu noktada önemli olan kişinin rızasının MK.m.23/II çerçevesinde geçerli olup olmadığıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz, **Levy**, Le Droit a L’image, (Définition, Protection, Exploitation), Zurich, 2002; **Isgour/Vincotte**, Le droit a l’image, Bruxelles,1998; **Ancel**, Protection de la Personne: Image et vie privée, Gazette Pal., 1994, 2, sh.988; **Dessemontet**, Le droit à sa propre image, Mélanges en l’honneur de Jacques-Michel Grosse, Bale/Francfort-sur-le-Main, 1992, sh.41 vd; **Cherpillod**, Droit de la photographie, Bulletin d’information du Cedidac n.16, 1991; **Fremont**, Le droit de photographie, Le droit sur image, Paris, 1985; **Huet-Weiller**, La protection juridique de la voix humaine, RTC, 1982, sh.497 vd ; **Becourt**, Le droit de la personne sur son image, Paris, 1969.

³⁴⁵ **A.Bucher**, sh.130 vd; **Tercier**,(personnalité), sh.63 vd; **Deschenaux/Steinauer**, sh.176 vd.

kuralları tarafından korunmaları sonucunu doğurmaktadır. Buna göre öncelikle, kişilerin bir yerde kalma, yerleşme yada orayı terk etme serbestliğini ve kamu düzeni sınırları içinde hayatını düzenlemeyi ifade eden³⁴⁶ “hareket özgürlüğü” ile kısmen ilişkili olan toplumdaki “cinsellik” kavramı genel ahlâk kuralları içinde korunan değerlerdendir³⁴⁷.

Bu koruma bilhassa iki yönlü içeriği bulunan cinsellik alanında kendini daha fazla hissettirir. Bunlardan ilki kişinin bedenini özgürce kullanabilmesi, diğeri ise bireyin özel duygularına saygıdır³⁴⁸. Bireyler her ne kadar bu alanda özgürlüklere sahip olsalar da, davranışlarının sonucunda utanç, huzursuzluk, rahatsızlık duygusu

³⁴⁶ Deschenaux/Steinauer, sh.172; Tercier, sh.57; A.Bucher, sh.128, Carbonnier, sh.312. Kişinin hareket özgürlüğü de Anayasa tarafından korunmakta (Any.m.19); ancak şekil ve şartları kanunlarla (örn. Ceza Kanunu gibi) belirlenen hallerde sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu anlamda Any. m.19/2 “Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz” ifadesi kullanılmaktadır. Burada temel alınan hukuki değerler kısmen topluma ait genel ahlâk ama daha fazlasıyla kamu düzenidir.

³⁴⁷ Hareket özgürlüğünün içine en geniş anlamıyla kişinin kiminle bir araya gelmek istediği ya da cinsel anlamda kiminle ilişki kurmak istediği de girmektedir. Cinsellik terimi ise, kişilerin cinsel hayatlarındaki tüm davranışlarını ve hareket alanlarını ifade eden genel bir terimdir. İçine beden ve zihin bütünlüğünü, hareket özgürlüğünü de alır. Bu anlamıyla birbiriyle ilişkili olan her iki özgürlük de, maddi kişisel özgürlükler içinde yer almaktadır. Zufferey-Werro, sh. 174. Ancak cinsel özgürlükler için, bilhassa kişilerin karar özgürlükleri ile utanma, edep duygularını da içeren bu sebeple manevi ve sosyal kişilik değerleriyle de kesişen bir yönleri bulunduğunu hatırlatmak gereklidir. Ayrıca hareket özgürlüğüyle ilgili bkz. Philippe, La Liberté d’aller et de venir, Cabrillac/Frison-Roche/Revet : Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003 içinde, sh. 277-297.

³⁴⁸ Tercier, (personnalité), sh.58. Bu anlamda kişi bedeni üzerinde tasarruf ederken bu yönde genel ahlâka aykırı bir anlaşma yapamayacağı gibi, zorla ve baskıyla bir zorlamanın muhatabı yapılamayacaktır. Ki bu durum ceza kanunlarında da yer bulmaktadır. Örneğin, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda, yedinci bölüm (m.225-229) “Genel ahlâka aykırı suçlar” başlığı altında hayasızca hareketler, müstehcenlik ve fuhuş gibi genel ahlâk kuralları tarafından cinsel değerlere bağlı korunan davranışları ve yaptırımlarını düzenlemektedir. Bu anlamda hangi davranışların genel ahlâka aykırı kabul edildiğini açıklar. Örnek kararlar için bkz. YCGK 24.6.2003 T, E.2003/1-173, K.2003/198, Yarg. 5.CD, 15.3.2005 T, E.2004/10268 E, K.2005/1628, Yarg. 5.CD, 16.6.2003 T, E.2003/5647, K.2003/3829, Yarg. 5. CD, 7.7.2004 T, E.2004/499, K. 2004/5424. Ayrıca İsviçre hukukunda durumun ceza hukuku örnekleri için bkz. ATF 107/1981 IV 122; ATF 101/1975 IV 134; ATF 94/1968 IV 50; JdT 1962 IV 98 vd.

içine girebilirler. Yukarıda da belirttiğimiz üzere aslında her genel ahlâk kuralının temelinde bireysel ahlâki değerler yatar. Genel ahlâk kuralları bu zemin üzerinde bazılarının zamanla toplumda yaygınlaşıp yerleşmesi ve diğer sosyal düzen kurallarınca benimsenmeleri ile ortaya çıkar. Tıpkı cinsel özgürlüklere bağlı değerleri koruyan genel ahlâk kurallarında olduğu gibi. *Burada artık, bireysel huzursuzluklar zamanla toplumda kolektif bir hal almaktadır*³⁴⁹. Çünkü toplum bu alanda, belli bir ahlâki homojenlik gösterir ki, objektif olarak genel ahlâk kurallarının içeriği belirleyecek ve ihtiyaç duyulan uyumu sağlayacak olan da budur³⁵⁰. Toplum içinde, kişilerin pornografik filmler, kitaplar, Showlar gibi konularda o kitabı okumasalar, filmi ya da Show'u izlemeseler dahi tepki duymalarındaki sebep de aslında; bireysel ahlâki tepkileri ve buna bağlı toplumda ortak koruma alanı bulan menfaatlerinin ihlal ediliyor olmasıdır³⁵¹. Bu sebeple, toplumda cinsel ahlâki yaralayan bütün anlaşmalar genel ahlâka aykırı kabul edilmektedir³⁵².

³⁴⁹ Cinsellik terimi genel bir kavramdır ve cinsel alanda hareket içeren tüm davranışları kapsar. Bu anlamda genel ahlâk kuralları, cinsellik alanında uygulanan genel değerler bütününe dayanır: *beden ve zihin bütünlüğü, hareket özgürlüğü, karar özgürlüğü, edep* gibi; ki edep, bir kişinin sahip olabileceği veya daha basit ifadeyle cinsel alanda bir davranışın ortaya çıkmasından duyabileceği utanç ve rahatsızlık duygusu içeren bir değerdir. **Zufferey-Werro**, sh.178.

³⁵⁰ Genel ahlâka aykırılık sebebiyle küçük düşürücü hareketten doğan utanma duygusu da böylelikle, kolektif bir duygu haline gelebilmektedir. **Ost/Kerchove**, sh.90. Ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, sh.178. Fransız hukukunda cinsellik, kamu düzeni anlayışına paralel olarak hala genel ahlâk kavramlarının dikkate alındığı tek temel hukuki menfaat gibi korunmaktadır. Bu konuda bkz. yukarıda § I, IV, A, 2.

³⁵¹ **Ost/Kerchove**, sh.91. Örneğin, pornografik filmler hakkında, ATF 124 IV 106, JdT 2000 IV sh. 98-105; ATF 100/1974 IV 233; pornografik kitaplar hakkında, ATF 100/1974 Ib 383; pornografik gösteriler hakkında; ATF 103/1977 IV 1972 ve benzerleri için ATF 106/1980 Ia 267; ATF 104/1978 IV 258; ATF 106/1977 IV 167. Türk hukukunda örnek kararlar için bkz. Yarg. 6. CD, 13.10.2003 T, E. 2002/16699, K. 2003/6727; Yarg. 7. CD, 17.6.1993 T, E. 1993/384, K. 1993/3753

³⁵² Özellikle, *pactum stupri*, bir hayat kadınına ücret verme taahhüdü (ATF 91/1965 IV sh.69=JdT 1965 IV sh:105); hayat kadını ve karşısındaki kişi arasındaki anlaşmalar, konusu evlilik dışı cinsel ilişki olan ve tür ilişkileri destekleyen anlaşmalar, üçüncü kişiyle cinsel ilişkiye girmeme taahhüdü (SJ 1949 sh.497, 502) cinselliği ticaret amaçlı kullanan sözleşmeler, örnekler ve daha fazlası için bkz. **Engel**, sh.290; **Zufferey-Werro**, sh.277,291; **Deschenaux/Steinaur**, sh.172; **Tercier**, (personnalité), sh.58; **A.Bucher**, sh.128. Örnek olarak bkz. Yarg. HGK. 20.3.2002 T,E.2002/13-177, K.2002/206, Yarg.19.HD. 8.4.1996 T, E.1995/5994, K.1996/3549, Yarg. 4.HD, 18.2.1968 T, E.9317, K.8158, YİBGK, 14.1.1943 T, E.1943/30, K.1948/2.

Yine evlilik ve aile üzerine kurulu değerler toplumsal anlamları sebebiyle genel ahlâk kuralları tarafından korunmaktadırlar³⁵³. Bunların başında “kişinin yakınlarıyla ilişki kurma hakkı” gelir. Çünkü, aile toplum hayatı için vazgeçilemez bir unsurdur ve hem bireysel hem de kolektif değerler bütünüyle korunmalıdır. Genel ahlâk kuralları da bu değerlerden biridir. Toplumlardaki değişim ve hareketlilik aile olgusunun da zamana ve mekana göre değiştirmekte; bu da doğal olarak genel ahlâk kurallarının nisbiliğine yansımaktadır³⁵⁴. Bu anlamda “evlenme özgürlüğü”³⁵⁵, ve dolayısıyla “boşanma özgürlüğü”³⁵⁶ için de genel ahlâka aykırılık farklı şekillerde

³⁵³ Nitekim TCK.m.233 f.3 hükmünde aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali açıklanırken; velayet hakkı kaldırılmış olsa dahi çocukların ahlâk, güvenlik ve sağlıklarının ağır tehlikeye sokulması durumundan ana veya babanın cezalandırılacağı hükmü yer alır.

³⁵⁴ Toplumlardaki bu değişimlere rağmen, ailenin toplum içindeki temel bir hukuki değer olarak algılanması anlayışı değişmemektedir. Şu anda bilhassa Batı Avrupa’da, evlilik birliği kurulmaksızın birlikte yaşamalarda görülen artışa rağmen, ailenin sahip olduğu bu değer değişmemiştir. Elbette ki bunda ailenin hukuki bir kurum niteliği taşıması kadar, toplumda değişen bireysel ahlâk anlayışına rağmen değişmeyen temel etik değerler ile bunları etkileyen dini inanışların da etkisi büyüktür.

³⁵⁵ Kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında evlenme özgürlükleri hakkında bkz. **Guillod**, La liberté de se marier, in Présence et actualité de la constitution dans l’ordre juridique, Mélanges offerts a la Société Suisse des juristes pour son Congrès 1991, Genève, Bale, Francfort-sur-le-Main, 1991, sh.97 vd; **Tercier**, (personnalité) sh.62; **Deschenaux/Steinauer**, sh.174; **A.Bucher**, sh.128; **Benabent**, La liberté individuelle et le mariage, RTC 1973, sh.440 vd; Ayrıca aile hayatı hakkında bkz. **Boulanger**, La vie familiale, **Cabrillac/Frison-Roche/Revet**, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003, içinde sh.183-203; **Thévenaz**, sh.177 vd. Ayrıca burada evlenme vaadi olmakla beraber bağımsız bir sözleşme niteliği bulunan “nişanlanmanın” da genel ahlâk kurallarının koruması altında olduğunu söylemekte fayda vardır. Nitekim genel ahlaka aykırı yapılan bir nişanlanma geçersiz kabul edilmektedir. Örn: Evli olan bir adamın evlilik akdini sona erdirmeden, bu durumu bilen bir başka kadınla yaptığı nişanlanma genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersizdir. Öte yandan, bizzat nişanlanma akdinin evlenme özgürlüğünü ihlal edip etmediği hususunda, evlilikten vazgeçme halinde tarafların evlenmeye zorlanamaması ya da bu konuda bir ifa davasının açılması mümkün olmadığından (MK.m.119) herhangi bir aykırılık da söz konusu olmaz. Hatta kanun koyucu bu konuda, evlenmekten kaçınan kişi için öngörülen cayma tazminatını veya cezai şartın dava edilemeyeceğini, ancak yapılan ödemelerin de geri alınamayacağını hükme bağlamaktadır. (MK.m.119/II).

³⁵⁶ Evlenme özgürlüğüyle ilgili hükümlerin, mutatis mutandis, boşanma özgürlüğü için de geçerli olması hakkında bkz. **Tercier**, (personnalité), sh.63; **Thévenaz**, sh.178. Ayrıca ATF 51 II 118. Öte yandan evlenme bir sözleşmedir ve bazı yazarlara göre bu durumda aslında bizzat sözleşmenin kendisi evlenme özgürlüğünün sınırlarına getirilen bir istisnadır. (Propter matrimonium libertatis matrimonii perdere causas) **Thévenaz**, sh.179. Hatta bu konuda Deschenaux/Steinauer, evlenmenin eşlerin genel özgürlüklerini de ihlal ettiğini çünkü evliliğin bir hayat ortaklığı yarattığı ve genellikle büyük maddi ve manevi sıkıntılar verdiğini belirtmektedir. Eşler, pozitif hukuk tarafından gerçekleşmesi istenen geçerli bir sebep olmadan özgürce boşanamazlar. Bu anlamda da evlenme, CC.m.27/2 hükmünün (MK.m.23/2) bir istisnasını oluşturmaktadır. **Deschenaux/Steinauer**, sh.92.

ortaya çıkabilir³⁵⁷. Her durumda söz konusu özgürlüklere aykırılık taşıyan bütün şartlar, MK.m.20 hükmü gereğince batıl olacaktır³⁵⁸. Örneğin, eşlerin birbirine zina yapmaya izin vermesi, eşlerden birinin diğeri üzerindeki bakım-yardım ödevinden feragat etmesi, eşlerden birinin çocuk sahibi olmayacağı yönündeki taahhüdü, karının kocasının gelecekte kendine karşı göstereceği kötü muamelelere karşı manevi tazminat hakkından feragat etmesi, para karşılığı boşanma talebini geri çekme taahhüdü gibi³⁵⁹.

Kişilerin, hem özel hayatları, hem mesleki yaşamları itibariyle toplumda kazandıkları itibar, saygınlık yani “şeref ve haysiyet³⁶⁰” değerleri de her ne kadar kişisel haklar içinde manevi değerler arasında yer alsalar da; genel ahlâk kuralları

³⁵⁷ Evlenme özgürlüğünün ihlali genellikle tek taraflı hukuki işlemlerin içeriğindeki bozucu veya erteleyici şartlarda (örn: MK.m.515’e göre, miras bırakan ölüme bağlı tasarrufların koşullara veya yüklemelere bağlayabilir ancak bunlardan hukuka veya ahlâka aykırı olanlar içinde bulundukları tasarrufu geçersiz kılarlar), bazen de iki veya çok taraflı hukuki işlemler içinde (BK.m.319 gereği bir hizmet akdinin şartları kanuna, ahlâka aykırı olmamak üzere istenildiği gibi düzenlenebilir) görülmektedir.

³⁵⁸ A.Bucher, sh.122; Grossen, sh.13; Ayrıca bu konuda bkz. Coiret, La liberté du mariage au risque des pressions matérielles, RTC 1985, sh.63 vd; Huët, Les atteintes a la liberté nuptiale dans les actes juridiques, RTC 1967, sh.45 vd.

³⁵⁹ Yargıtay evlilik dışı birliktelik sürdürmek karşılığı maddi menfaat sağlanmasını genel ahlâka aykırı bulmaktadır: Yarg. 19.HD, 8.4.1996 T, E. 1995/5994, K.1996/3549; YHGK, 3.2.1982 T, E. 1979/1-464, K.1982/77, Yarg. 8.HD, 17.9.1985 T, E.1985/7521, K.1985/8192, Yarg. 4.HD, 17.3.1983 T, E.1982/10416, K.1983/2939; yine boşanmaya rıza göstermek için maddi menfaat sağlanması genel ahlâka aykırıdır: Yarg. 11.HD, 18.6.1991 T, E.1989/9057, K.1991/4151, Yarg. 11 HD, 26.12.1985 T, E.1985/7135, K.1985/7370. Buna karşılık Yüksek mahkeme bir kararında kayınpederin gelinine oğlu ile evlendiğinde altın bağışlama sözü vermesini, geleneklere ve törelere uygun olması nedeniyle genel ahlâka aykırı bulmamıştır. Yarg. 13.HD, 17.05.1982 T, E.1982/3118, K.1982/3560. Ayrıca farklı örnekler için bkz. ATF 65/1939 II sh. 133 vd = JdT 1940 I sh. 98 vd; ATF 77/1951 II sh: 205, 209 = JdT 1952 I sh. 482, 486; ATF 62/1936 II sh. 5 vd = JdT 1936 sh: 459 vd. Engel, sh.290-291. Yazar konuyla ilgili genel ahlâka aykırı olmayan şu örnekleri vermektedir: Boşanma ya da yeniden evlenme halinde bedel ödemeyi öngören anlaşma ATF 71/1945 II sh. 132, 139-140 = JdT 1946 I sh.2, 9. Kadın tarafından boşanmadan sonra mal rejiminin tasfiyesi anlaşmasında nafakadan feragat. (ATF 62/1936 II sh. 5 vd = JdT 1936 I sh. 459); erkeğin, uzun yıllar boyunca birlikte yaşadığı ve pretium stupri içermeyen kadının maddi varlığını teminat altına aldığı anlaşma gibi. (ATF 109/1983 II sh. 15, 18 = JdT 1983 I sh. 6/1, 602-603)

³⁶⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 177 vd; A.Bucher, sh.134 vd; Grossen, sh.73a vd; Engel, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 10; Tercier, (personnalité),sh.69 vd; Leandro, L’honneur dans le droit suisse, Genève, 1983 ; Zufferey-Werro, sh.175 vd. Ayrıca Fransız Hukuku için bkz. Carbonnier, sh.309 vd; Akipek/Akıntürk, sh.406 vd; Kılıçoğlu, (basın), sh.61-71. Şeref ve haysiyet özellikle Ceza Hukuku alanında da önemli bir yer tutmakta ve husus Kanunda “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında özel olarak düzenlenmektedir. (TCK.m.125-131)

bakımından toplumsal değerler içinde de önem kazanırlar. Çünkü şeref kavramı; kişinin kendine ait haysiyetini ifade eden “iç onuru” ile; sosyal ortamında saygı duyulması için ihtiyacı olan bütün özellikleri ifade eden “dış onuru” aynı anda ifade etmekte ve özel hukuk bakımından her ikisi de aynı korumaya tabi olmaktadır³⁶¹. Buna göre dış haysiyet değerleri, içlerinde özellikle iki menfaati barındırırlar. *Ahlaki değerler ile*, bireylerin haysiyet değerlerinin genel ahlâka ve hukuka saygı çerçevesinde kullanılmasını şart koşarlar, ki bu durum özellikle mesleki onur, saygınlık ve güvenle ilgili işlerdeki doğru davranışları içerir³⁶². Buna karşılık *toplumsal değerler ile* de, kişini diğer tüm özelliklerini içeren ve sosyal rolünü kapsayan bir yapı ortaya koyarlar, ki bu da bireyin mesleki yetenek, yatkınlık ve entelektüel birikimden toplumsallık ile bireysellik değerlerine kadar uzanan geniş bir alandaki davranışlara yön verir³⁶³.

Bu sebeptendir ki *ahlâksal şeref ve haysiyet* kavramı, geniş anlamı ile hukuksal şeref ve haysiyeti de kapsayan, dar anlamda ise ahlaksal yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin olan değerlerdir. Hukuksal şeref ve haysiyetten farklı olarak, bu dar anlamları ile, yaptırıma bağlanmayan ancak toplumdaki ahlâk kurallarına aykırı davranıldığı için tepkiler doğuran davranışlardan doğarlar. Örneğin bir kimsenin rüşvet almakla ya da dolandırıcılıkla suçlanması hukuksal olarak şeref ve haysiyet değerlerinin ihlali iken; aynı kişinin ikiyüzlülük, yalancılık yada güvenilmezlik ile suçlanmasında ise ahlaksal şeref ve haysiyet ihlal edilmektedir. Bu değerleri

³⁶¹ **Tercier**, (personnalité), sh.69; ATF 31/1905 II 242, JdT1906 I 2; **Engel**, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 10.

³⁶² Ahlaki ve manevi yapı, özel olarak korunan bir şeref alanıdır çünkü aykırılıklar önemli sonuçlar doğurabilir. Bu konuda bkz. ATF 42/1916 II 587, JdT 1917 I 136. **Tercier**, (personnalité), sh.69.

³⁶³ **Grossen**, sh.85

oluşturan toplumlara ait değer yargılarıdır ve bunlar genel olabileceği gibi, belirli kişilere ait de olabilirler³⁶⁴.

O halde, insan onuruyla direk ilişkili olması sebebiyle kimse, önceden ve kabul edilemez şekilde şerefine aykırılık oluşturacak bir taahhütte bulunamaz³⁶⁵. Bu duruma aykırı bütün anlaşmalar batıldır. Bunun gibi, ister doğru ister yanlış olsun, bir kişiyi şahsi yada mesleki şerefine aykırılık taşıyan bilgilerini, kamuoyuna açıklanması yönünde zorlamak da genel ahlâka aykırıdır. Ya da bir kimsenin şeref ve haysiyetinin ihlali yönünde gösterdiği rıza, bu özgürlüğünün genel ahlâka aykırı ihlali sonucu doğurduğunda da durum aynıdır. Örneğin, mesleki olarak kendine ait olmayan bir hatayı kabullenerek açıklamak yönünde yapılan bir anlaşma³⁶⁶; ya da bir kimsenin cinsel hayatı ile yaşadıklarının açıklanması, görüntülerinin yayınlanması yönünde gösterdiği rıza böyledir. Burada aynı zamanda kişinin ekonomik özgürlüğünün de ihlal edilmiş olması gerekmez. Kişinin şerefine ve haysiyetine verilen zarara gösterdiği rızanın MK.m.23/II anlamında genel ahlâka aykırılık taşıması yeterlidir³⁶⁷.

³⁶⁴ Örneğin yaşa, cinsiyete, aile şerefine, iş ve mesleğe, ticari şerefe dayalı olarak bir toplumda, belirli kişilere ait şeref ve haysiyet değerlerinin varolması mümkündür. Hukuksal ve ahlaksal şeref ve haysiyet hakkında örnekler ve daha fazlası için bkz. **Kılıçoğlu**, (basın), sh.64-68.

³⁶⁵ **Deschenaux/Steinauer**, sh.178; **A.Bucher**, sh.134; **Grossen**, sh.85; **Thévenaz**, sh.185. Örneğin, bir kimse yaptığı satım sözleşmesinde semen yerine 1 yıl boyunca bana istediğin kadar hareket edebilirsin, istediğin iftirayı atabilirsin şeklinde bir taahhüt altına giremez. Her ne kadar tarafların sözleşme özgürlükleri varsa ve içeriği serbestçe belirleme imkanları olsa da genel ahlâka aykırı bir edim sözleşmeye konu olamaz.

³⁶⁶ **Thévenaz**, sh.185. Yazar burada bir kişinin şerefiyle ilgili değerlere yapılacak olan ihlalin, hukuk süjesinin bu durumu kabul etmesinin mümkün olmadığı hallerde de büyük zarar doğurabileceğini belirtmektedir. Ayrıca bir diğer örnek olarak da bir kimsenin işlemediği bir adam öldürme suçunun katili olduğunu kabul ederek kamuoyuna açıklaması yönündeki sözleşme verilebilir.

³⁶⁷ **Deschenaux/Steinauer**, sh.99; **A.Bucher**, sh.122 vd. Ayrıca bu konuda bkz. YHGK 26.3.2003 T, E.2003/4-161, K.2003/201. Kararda mahkeme, son dönemde yayımlanan bir kitapta kişilik hakları ihlal edildiği düşüncesiyle dava açan davalıyı haklı bulmuştur. Kararla ilgili karşı oy yazısında, yazar tarafından önsözde yer alan teşekkürde kendisine yardım ettiği ve yayım için sınırlı rıza göstermediği belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce de, metin içinde kullanılan ifadelerin kişilik haklarını ihlal ettiği çok açıktır ve her durumda kişinin vereceği rıza genel ahlâka aykırı olmamak zorundadır. Bu nedenle mahkemenin kararının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Toplumsal yaşama katılım, beraberinde her birey için, kendisinin ve yakınlarının ihtiyaçlarını sağlayacak, ekonomik ve mesleki faaliyetlerde, bulunma ihtiyacını da getirmektedir. Bu sebeple her hukuk süjesinin “*ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü (ekonomik özgürlüğü)*” vardır. Bir kimsenin mesleki ve ekonomik alanda hareket etme imkanı bulamaması yada bu imkanının kısıtlanması halinde zarar göreceği şüphesizdir³⁶⁸. Bu sebeple özgürlük üçüncü kişilerin ihlallerine karşı da kanun tarafından korumaktadır. Genel olarak kişisel özgürlükleri koruyan düzenlemelerden, MK.m.23/2 hükmü dışında, BK.m. 21’de yer bulan “gabin” (§ 5, IV); BK.m.349’da düzenlenen rekabet yasağı; yine BK.m.161/III’de hükme bağlanan “fahiş cezai şart indirimi” (§ 7, III, C, 6); BK.m.343’de düzenlenen “uzun süreli iş akitleri” (§ 7, III, C, 3); ayrıca TTK.m.56 ve BK.m.48’de yer bulan “haksız rekabet” düzenlemeleri; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun³⁶⁹ (§ 7, III, C, 5) örnek olarak verilebilir.

Somut olarak kanun hükümleriyle düzenlenip hukuka aykırılık oluşturan bu ve benzer durumlar dışında, “*bir kimsenin ekonomik özgürlüğünün aşırı*

³⁶⁸ **Grossen**, RDS, sh.96 vd. İsviçre Federal mahkemesi ekonomik özgürlüğü; “Herkesin, kamu düzeni sınırları içinde, varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyetlerde bulunma özgürlüğü vardır” şeklinde tanımlamaktadır. ATF 82/1956 II 292/302=JdT 1957 I 202/208. Ayrıca bir spor antrenörünün mesleğini devam ettirmesi hakkında bkz. ATF 120/1994 II 369/370=JdT 1997 I 314; Aubert ise ekonomik özgürlüğü; “Ticaret hukukunda ticaret ve endüstri özgürlüğünün medenî hukuktaki uzantısı olarak, kazanç sağlayan bir davranışın özgürce yapılabilmesi ve seçilebilmesi hakkıdır” şekline tanımlamaktadır. Bu konuda bkz. **Deschenaux/Steinaur**, sh.184.

³⁶⁹ RKKH’dan doğan uygulamalar bazı genel ahlâka aykırılık halleri için özel hüküm olarak uygulama alanı bulmaktadır. Çünkü bu Kanunun getirdiği genel sınırlamalar içinde kalabilecek bir çok hal, aynı zamanda genel ahlâka aykırılık da teşkil edebilir. Örneğin, başkalarının piyasaya girmesini önlemek için karşılıklı lisans sözleşmesi yapmak gibi. Bu anlamda gerek Patent hakkındaki KHK m.80, gerekse Markalar hakkındaki KHK. M.16/4-5 hükümleri de lisans sözleşmelerinin doğrudan ve dolaylı sınırlarını çizmektedirler. Diğer yandan patentin veya markanın adil olmayan bir bedel karşılığında elde edilmiş olması, genel ahlâka aykırı sayılabileceği gibi, sözleşme şartlarının adil olmaması veya rekabeti bozacak unsurları içermesiyle de ahlâka aykırılık sebebiyle geçersizliğe götürecektir. Bu konuda ve ayrıca zorunlu patentin genel ahlâka aykırılığı meselesi hakkında bkz. **Özdemir**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, sh. 73-74.

sınırlandırılması” bazı durumlarda genel ahlâk kurallarına aykırı kabul edilmektedir. Aslında her sözleşme ilişkisi tabiatı gereği, iki tarafa yüklediği borçlar ve değişimlerle (*do ut des*) tarafların ekonomik özgürlüklerini sınırlamaktadır³⁷⁰. Burada önemli olan husus, aşağıda da inceleyeceğimiz üzere; bir yandan sözleşmeye bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) geçerliken; diğer yanda genel ahlâk kurallarının koruduğu bu özgürlüğün hangi şartlarda aşırı ihlal belirleyen kriterlerin bulunmasındadır. (§ 7, III, C, 2)

Öte yandan, bütün sözleşmelerin temellerinde karşılıklı sosyal ilişkilere dayandığı düşünüldüğünde, ilişkiye giren taraflar arasındaki “*karşılıklı iyi niyet, güven ve sadakat*” değerleri de ön plana çıkmakta ve bu menfaatlerde doğal olarak genel ahlâk kurallarının koruma alanına girmektedir. Bu durum, hileli veya dürüstlüğü aykırı araçlara başvuruyla kurulan bir sözleşme³⁷¹; kamuoyu ya da üçüncü kişileri yanıltmaya yönelik bir sözleşme³⁷² veya meslek yada görevle ilgili ödevlerin ihlaline yönelik sözleşmeler şeklinde ortaya çıkabilir. Burada dikkat çekmek isteriz ki, taraflardan biri, sözleşmenin kurulması sırasında hileli ve dürüstlüğü aykırı

³⁷⁰ Bu anlamda taraflardan birine ait bir taahhüdün zamanla genel ahlâka aykırı hale dönüşmesi mümkündür; bu noktada istisnai bir durum olan “*kölelik (esaret) anlaşmasından*” söz edilmektedir. **Engel**, sh.285. ATF 104/1978 II sh.108 =JdT 1980 I sh.77 ve sh. 84. Bu konuda bkz. aşağıda § 7, III, C, 2, a.

³⁷¹ Örneğin, sözleşme taraflarından birinin bedel karşılığı, üçüncü kişi karşısındaki edimlerini ihlal etme yönündeki anlaşma (ATF 30/1904 II sh.413); yine, konusu miras bırakmaya zorlamaya yönelik bir anlaşma gibi. (ATF 66/1940 II sh.256 = JdT 1941 I sh.245) Buna karşılık, bir mirasçının bedel karşılığı diğeri lehine bir mülkü istememe taahhüdü genel ahlâka aykırı değildir. (ATF 73/1947 II sh. 20 vd= JdT 1944 I sh.237, 239-241) Burada durum toplumdaki bazı kimselerin bilgisizliğinden ya da saflığından yararlanma şeklinde olabilir. Bu durum özellikle, fikri mülkiyet, marka ve belirleyici işaretlerle ilgili risk yaratacak durumlara yönelik yapılan anlaşmalarla ilgili kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple bu konuda gabinle ilgili düzenlemeler (BK.m.21) de bir kenara bırakıldığında meselenin çok az uygulama alanı kalmaktadır. Ayrıca, şans oyunlarının (kumar,bahis vs ile ilgili) organizasyonu sözleşmeleri burada ayrı tutulabilir. **Zufferey-Werro**, sh.177

³⁷² Örneğin, Bir tarafın vergi kaçırmasına imkan veren anlaşmalar (ATF 48/1922 II sh.270 =JdT 1923 I sh.13) BK.m.226’de düzenlenen, genel ahlâka aykırı şekilde müzayedeye fesat karıştırılması durumundan biri olarak, bir kimsenin müzayedede teklif vermemesi yönünde yapılan anlaşmadır. (*pactum de non licitando*). Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda § 7, II, B.

araçlarla, iş hayatındaki dürüstlük kurallarını ihlal ederse; bu durum genel ahlâka değil bizzat MK.m.2 gereği dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaktır ve böyle bir durumda somut olayın özelliklerine göre sözleşme öncesi sorumluluğa gitmek mümkündür. (§ 8, II, B, 2)

III- Genel Ahlâk Kurallarını Belirlemede Kullanılabilecek Yardımcı Yöntemler

Genel ahlâk kurallarının içerdiği değerler araştırılırken, yukarıda da belirttiğimiz gibi (§3, II, B, 2), hakime yol gösterecek olan öncelikle, toplumun sosyolojik anlamdaki gelenekleri ile asgari, orta düzeydeki, sosyal ve hukuki ahlâk anlayışı olacaktır. Ancak, bu değerlendirmeyi yapmak, hakim için, her somut olayda beklenildiği kadar kolay olmayabilir. Acaba, tereddütte düşülen bu durumlarda, objektif değerlendirmenin yapılabilmesini sağlayacak başka yardımcı yöntemler var mıdır?

A) Zufferey-Werro’a Göre Kullanılabilecek Yöntemler

Zufferey-Werro, bu konuda hakime “sözleşmenin tekrarlanma sıklığının”, “sözleşmeye bağlı toplumdaki kamuoyu görüşlerinin”, “geniş anlamıyla kıyasın” ve “diğer bazı yöntemlerin” yardımcı olabileceğini belirtmektedir³⁷³.

Yazara göre bilhassa, sosyal bir grup içindeki karşılıklı ilişkilerin doğurduğu belli bir “*sözleşme modelinin tekrarı, sıklığı*” hakim tarafından davranışın ortak ve az

³⁷³ Zufferey-Werro, sh.197-215.

çok kabul edilebilir olduğunu gösterdiğinden dikkate alınmalıdır. Genel ahlâk kurallarını meydana getiren gelenekler için gerekli olan ve bireyleri bu kurallara uymaya yönlendiren “zorunluluk” duygusunu yaratacak olan da bu tekrarlardır. Örneğin, uygulamada sıklıkla görülen iki doktor arasındaki müşteri devretme yönündeki anlaşmalar; yine bir ticari işletmenin müşteri çevresiyle beraber devredilmesi³⁷⁴ yada, kişinin sonucunda genel ahlâka aykırı bir durum yaratan sözleşmeye karşı çok uzun süre itiraz etmemesi gibi³⁷⁵. Genel ahlâk kurallarının içeriğini oluşturan sosyolojik kurallar, bireylerin sürekli ve kapsamlı benzer davranışları tekrarlamasından kaynaklandığı için, ihtiyaç duyulan zorunluluk duygusu da böylece sağlanmaktadır.

Gerek hukuk sosyolojisinin gerekse basın yayın araçlarının gelişimi sonucu, toplumdaki “*kamuoyu yoklamaları, araştırmalar, yapılan anketler*”, hakim için bilhassa özel alanlardaki baskın görüşleri; toplumun belli bir zamanında ve belli bir kesimindeki hızlı, yeni örneklemeleri ortaya koymak açısından önemli verilerdir. İsviçre’de içtihatlar açısından çok kullanılan bir yöntem olmasalar da³⁷⁶; Almanya’da

³⁷⁴ ATF 35/1909 II 56. Bu konudaki diğer örnekler için (ATF 15 1889, sh.415; RSJ 21/1924-25, sh.275; RSJ 57/1961, sh.12, n.1 gibi) bkz. **Zufferey-Werro**, sh.198 vd. Yazar bu örneklerin büyük kısmının artık kanun hükümleriyle düzenlendiğini bu sebeple hukuka aykırı olduklarını zaten genel ahlâk kurallarından hukuka aykırılığa geçişi sağlayan aşamanın da bu olduğunu söylemektedir.

³⁷⁵ Örneğin, geçerli olarak kurulan bir sözleşme sonucunda kişinin ekonomik özgürlüğünü ihlal etmiş ancak bu duruma muhatap olan kişi genel ahlâka aykırılığı ileri sürmek için 20 yıl beklemişse (RSJ 20/1923-24, sh.49) mesele artık genel ahlâka aykırılık özelliğini kaybetmiştir. **Zufferey-Werro**, sh.199.

³⁷⁶ Yazar İsviçre hukuku için, bu tür kamuoyu görüşlerine dayalı kararların bulunmadığını sadece ceza hukuku alanında İsviçre Federal mahkemesi, genel ahlâk kurallarına karşı gelmeyle ilgili, makul vatandaşların uyum (görgü) duygularını ortaya koyma amaçlı bir çalışmaya göndermede bulunmuştur. Mahkeme kararında pornografik filmlerle ilgili kamuoyu görüşlerini üzerindeki şüpheleri dile getirmiştir. ATF 103/1977 IV 96 =JdT 1978 I 83, **Zufferey-Werro**, sh.202. Bu konuda uygulamada çok fazla örnekle karşılaşmak mümkün değildir. 1977 yılında bir İtalyan mahkemesi, ceza hukuku alanında edep kavramının aydınlatılması için özel olarak bir enstitüden anket yapmasını istemiştir. **Carbonnier**, (Sociologie), sh.381.

bilhassa genel ahlâk kurallarının belirlenmesinde kullanılan³⁷⁷, zaman zaman kanunlaştırma aşamalarında da başvurulmaktadır. Özellikle cinsel alanda, toplumdaki hızlı değişimleri yakalayabilmek adına hakim bu tür kamuoyu yoklamalarından yararlanarak halkın gelenek ve ahlâk anlayışındaki değişimi izlemesi, böylece bu yöndeki ihtiyaçları belirlemesi mümkündür³⁷⁸.

Diğer yandan hakim, genel ahlâk kurallarını belirlerken; anayasa hukuku hükümleri, şekli anlamdaki kanunlar ve mesleki kuralları kapsayan “*geniş anlamda kıyastan*” da yararlanabilir. Burada yazarın ifade ettiği, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş genel ahlâk kuralı ile ilgili bir hukuk normu ve somut mesele arasında kıyas hükümlerinin uygulanabilirliği. Bilhassa hukuk düzeni içindeki genel bağlantıları sebebiyle, BK.m.19 ve m.20’nin, MK.m.23 ve buna bağlı, kişilik hakları, kamu düzeni gibi kavramlar hep aynı amaca hizmet ederler: sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmak. Bu konuda yazar “Anayasal Hakların Yatay Etkileri Teorisinden (*L’effet Horizontal des Droits Fondamentaux*)” yola çıkarak şu tespitleri yapmaktadır³⁷⁹: Anayasada yer alan hükümler aslında her şeyden önce temel hak ve özgürlükleri koruyan hükümlerdir. Ancak bunlarla ilgili kıyas uygulanırken unutmamak gereklidir ki; bu hükümler meseleye direk uygulanamazlar zira bu

³⁷⁷ Alman mahkemeleri, bu tür kamuoyu yoklamalarının genel ahlâk kurallarının uygulanmasında birer ispat aracı olduğunu kabul etmektedirler. RGZ 167, sh 171 (177). BGH 1957, sh.426 (428); BGH 1958, sh.110 vd; BGH 1966, sh. 70 vd; BGH 1968, sh.133 vd. **Zufferey-Werro**, sh.202.

³⁷⁸ Yazarın bu görüşünü destekleyerek; örneğin, İsviçre’deki 5 Haziran 2005 tarihli referandumda halka sorulan eşcinsellere yasal haklar tanınmasıyla ilgili soruya vatandaşların yüzde 58’inin ‘eşcinsel çiftlere belli alanlarda evli çiftler gibi hak tanınmasına ilişkin öneriyi’ kabul yönünde oy kullanmaları, yasal düzenlemelere gidilene kadar hakim yönünden bu konudaki değişimleri izlemek bakımından yardımcı olabileceğini düşünmekteyiz.

³⁷⁹ Bu konuda özel olarak bkz. **Besson**, L’égalité horizontale: L’égalité de traitement entre particuliers 1999, Fribourg. Ayrıca **Zufferey-Werro**, sh.206 ve dipn.35’de belirttiği şu eserler: **Müller**, Elemente einer Schweizerischen Grundrechtstheorie, Berne, 1982, sh.8 vd; **Saladin**, Grundrechte im Wandel, Berne, 1982, sh.292; **Hangartner**, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts, Zürich, 1982, II, sh.50 vd.

durumda zaten hukuka aykırılık söz konusu olur. Ayrıca, hakimın kanun koyucunun anayasal düzenlemelerinin etkisiyle de ilgisi bulunmaz. Temel hakların, genel hükümler veya belirsiz hukuki durumlarla özel hukuk meselelerini etkilemesi de aslında, normlar hiyerarşisi içindeki etkinin sonucudur. Yoksa bu hükümler genel ahlâk kurallarını belirlemek için yeterince açık değillerdir. Ve nihayet, anayasal değerler, bireyin kişiliğinin özgür gelişimi çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan hakimın hangi çerçevede genel ahlâk kurallarına aykırılığı belirleyeceğini ortaya koymak açısından anayasal hükümler önemlidir. Bu kurumlar, yasal hükümler, genel ahlâk kavramı ile korunan değerlerle beraber dikkate alındığında, yapılacak yeterli bir açıklama hakimi yasal çözüme hatta genel ahlâka aykırılık kavramına götürebilecektir³⁸⁰.

Ayrıca bu yöntemler dışında, bilirkişi raporları, doktrin, kanun tasarı ve taslakları, idari kararlar, basın yayın organları ve toplumdaki sosyal tepkiler, skandallar gibi diğer başka yöntemler de somut olayın özelliklerine göre hakime genel ahlâk kuralını belirlemesinde yardımcı olabilecektir³⁸¹.

³⁸⁰ Yazar bu konuda İsviçre hukuku ile ilgili Anayasal hükümleri (sh.204-206); diğer şekli kanunlarla ilgili hükümleri (sh.207-213) ve deontolojik kurallarla ilgili hükümleri (sh.213-214) maddeler halinde belirlemektedir. Yazara göre, aslında bu örnekler hukuka aykırılık ile genel ahlâka aykırılık arasında benzerlikleri de ortaya koymaktadır. Temelinde genel ahlâka aykırılık sebebiyle istenmeyen bir sözleşme türü, tek bir yasal hükmün hukuk düzenine girmesi ile artık hukuka aykırı bir hal alacaktır. Bu durumun aksi de elbette ki mümkündür. **Zufferey-Werro**, sh.204.

³⁸¹ Bunlar sistemli yöntemler değillerdir, şüpheli, rastlantısal ve anlaşmanın ipuçlarını sağlayan araçlardır. **Ost/Kerchove**, sh.113. Bu sebeple asla tek başlarına kullanılamazlar ancak, diğer araçlarla beraber bir arada hakime yardımcı olabilirler. **Zufferey-Werro**, sh.215.

B) Eleştiriler ve Görüşümüz

Bir *davranışın sürekli tekrarı*, onu her şeyden önce, belli bir gruba ait alışkanlık; ardından gelenek ve eğer şartlar gerçekleşirse genel ahlâk kuralı kalıbına sokar. Bu noktada, bir değer kavramı içine dahil olup olmadığı araştırılırken; tek başına yeterli bir kıstas olmayan; ancak zaten genel ahlâk kavramı için “olmazsa olmaz” bir unsur olan tekrarın, sıklığın sözleşme ilişkisi içinde ayrıca ve yeniden aranmasının pratik bir değeri ve önemi olmadığını düşünmekteyiz.

Toplum içinde yapılan *anketler, kamuoyu yoklamaları ve araştırmalar* ise, bir yere kadar hakim için yol gösterici olabilecek araçlardır. Ancak unutmamak gereklidir ki, bu tür araştırmalarda her zaman, belli gruplara yönelmek, sosyal, politik ya da dini bir görüşü öne çıkarmak eğilimi kendini gösterebilir. Bu tür bir yöntem kullanılırken son derece dikkatli olunmalıdır. Zira bu tür kamuoyu yoklamalarının en geniş tabanlı yapılanlarında dahi; örnekler her zaman katılımı sınırlı kalmaya mahkumdur. Ancak yine de, hakim açısından toplumdaki genel ahlâk anlayışının gösterdiği hareketliliği izleyebilme fırsatı yaratan bu tür verilerin her zaman değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira bu tür araştırmalar dikkatli ele alındıklarında, hem genel ahlâk kuralı olmaya aday değerlerin, hem de kanun koyucunun yapacağı yeni yasal düzenleme ihtiyaçlarının tespitinde hakime yol gösterici olabilir.

Bunun yanında, hukuk düzeni tarafından *genel ahlâk kurallarının koruduğu değerlere ait somut yasal düzenlemeler* ve bağlı uygulama örnekleri her zaman için

hakime kıyasen genel ahlâka aykırılığı belirlemede yardımcıdır. Yargıtay da bir kararında (YİBK. 14.1.1948 T., E.20, K.2) “Bir akdin kanuna veya ahlâka ve adaba aykırı olup olmadığı konusu yoruma bağlı sorunlardandır. Bu yorum yapılırken yalnız Borçlar Kanununun koyduğu kurallar değil; memleketin sağlık ve intizamını, inzibatını sağlamak amacı ile konulmuş diğer mevzuat da göz önünde bulundurulur.” ifadesiyle bu durumu açıkça belirtmektedir. Zira bu hükümlerin doğrudan doğruya uygulanamadığı; ancak hakimin önündeki meseleye kıyasen uygulanabilecek değerler dolaylı olarak genel ahlâk kavramının koruması altında girmektedir. Biz de bu konuda: Anayasanın “Cumhuriyetin nitelikleri içinde saydığı insan haklarına saygılı devlet olmak” (m.2); “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olması” (m.10); “teminat altına alınan bütün kişisel, sosyal, ekonomik ve siyasi temel hak ve özgürlükler” (m.12-m.74) örnek olarak verebiliriz. Öte yandan, zaten hukuk düzeni ile ahlâk kuralları arasındaki sıkı ilişki ortaya koymaktadır ki, pek çok genel ahlâk kuralı bugün hukuksal birer norm halini almış ve ihlalleri hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. Çünkü yasal düzenlemeler o toplumdaki kanun koyucunun sadece sosyal ve politik değil aynı zamanda etik anlayışlarının da izlerini taşır. O halde bu hükümlerin ve uygulama alanlarının incelenmesi kanaatimizce hakim açısından somut meseleye göre yol gösterici olabilir³⁸².

Bunun dışında ülkemizde de, özellikle son yıllarda toplum üzerindeki etkileri tartışılmaz olan *basın-yayın ve medya organlarının, ülkede yapılan yeni*

³⁸² Örneğin, BK. m.45, m.46, m.47; MK m.26, m.121, m.138/II, m.174; TK m.56 gibi genel kanunlar ile FSEK m.14, MarKHK m.19, m.64 gibi daha özel düzenlemeler ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu gibi meslek gruplarına ait kanunlar gibi.

*kanunlaştırma çalışmalarının, bilirkişi raporları*³⁸³ *ve toplumsal olaylara verilen sosyal tepkilerin hakim açısından göz önünde bulundurulması gerektiğini de düşünmekteyiz.*

§ 5. SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN SINIRLARI

Genel ahlâk kavramının hukuk düzeni içindeki önemini ve etkisini daha iyi anlayabilmek adına, kavramın diğer bazı hukuki kuramlar ile sınırlarını doğru tespit etmek gerekir. Bunlardan en önemlileri, hukuka aykırılık, kamu düzeni, kişilik hakları, gabin, dürüstlük kuralı ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanımı yasağı ile genel ahlâk kurallarının Borçlar Kanunun içinde özel bir uygulamasını oluşturan dar anlamı ile sorumluluk hukuku bakımından genel ahlâka aykırılıktır.

I- Hukuka Aykırılık ve Genel Ahlâka Aykırılık

Hukuka aykırılık kavramının genel ahlâka aykırılık ile ilişkisini ortaya koymadan önce hukuk ve ahlâk kavramlarına kısaca göz atmak gerekir. Buna göre ahlâk kuralları da tıpkı hukuk kuralları gibi, sosyal ilişkiler içindeki insan davranışlarını konu alır. Farklılıklarına rağmen, iki düzen kuralı çoğu kez örtüşmekte; hatta bazıları zaman içinde kanun koyucu tarafından hukuk kuralı haline getirilmektedir. Örneğin hırsızlık ve sahtekarlık yapmak, adam öldürmek, rüşvet

³⁸³ Örneğin, YHGK'nun E.1970/1053, K.1974/222, T.20.3.1974 kararında, “*kişinin ekonomik yıkımına*” sebep olan bir sözleşme hükmünün genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçerli olmayacağı, bunun hukuki bir sorun olduğu bu sebeple mahkemeye ait bir görev olduğu belirtildikten sonra, iktisadi durumun tespitinde özel bilgisi olan bilirkişilerden yararlanılabileceği belirtilmektedir.

vermek, zina yapmak gibi pek çok ahlâka aykırı durum bugün *evrensel etik ilkeler* şeklinde hemen hemen tüm pozitif hukuk sistemlerinde düzenlenir.

Bu nedenle hem ahlâk kuralları hem de hukuk kuralları üst bir norm olarak iyiden, doğrudan ve adilden, yani *ahlâkın ahlâkını oluşturan etikten*, (§ 3, I, B) temel alırlar. Çünkü bir hukuk kuralının kamusal vicdanda benimsenmesini, haklı ve adil kabul edilmesini sağlayan hükmün etik temel üzerinde kurulu olup olmamasıdır³⁸⁴. Buna *hukuk kurallarının etik temeli* denir³⁸⁵ ki aynı temel kamusal vicdanda benimsenen genel ahlâk kuralları için de mevcuttur. Dolayısıyla hukuk kurallarına uymak da, maddi yaptırımlarının gücü bir yana, aslında toplumda ahlâki bir ödev gibi benimsenir.

Ancak unutmamak gerekir ki, ortak olan etik temelleri bir yana ahlâk ile hukuk aslında iki farklı sistemi ortaya koyar³⁸⁶. Her şeyden önce *dar anlamıyla hukuk*

³⁸⁴ Toplumlardaki hak, adalet, dürüstlük ya da genel ahlâk gibi değerler de aynı temelden kaynak alır. Aynı zamanda hukuk kurallarının da ruhunu (*ratio*) oluşturan bu etik temel, kuralların toplumda benimsenebilmeleri ve egemen olabilmeleri için gereken adalet ve hakkaniyet fikrini de oluşturur. Her zaman ifade edildiği gibi hukukun asgari ahlâk olmasının nedeni de zaten budur. Kaldı ki, hukuk kurallarının ahlâka uygunluğunda alınan en temel kıstas zaten ahlak kurallarının temelinde yatan “insan olmanın gerektirdiği gibi yaşamak ilkesidir”. Dolayısıyla hukuk kuralları her şeyden önce, genel ahlâka da temel olan etik kurallarına uygun ve onunla paralel olmalıdır.

³⁸⁵ **Akyol**, sh.85. Ahlakiliği desteklemeyen, savunmayan hukuk kurallarının toplumun ahlâk anlayışına karşı düşeceği bir gerçektir. Ancak bu durum tüm hukuk kurallarının ahlâk kurallarıyla ilişkisi olduğu sonucunu doğurmayacaktır. Bir takım hukuk kurallarının ahlâk kurallarıyla hiçbir ilgisi yoktur. Örneğin, rüşet yaşı saptayan kural, nüfus kayıtlarıyla, tapu kütüğünün tutulmasıyla ilgi hükümler gibi.

³⁸⁶ Hukuk ve ahlâk kavramları arasındaki ilişki, benzerlik ve farklılıklar hakkında bkz. **Boudon**, *Penser la relation entre le droit et les mœurs*, Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique, C. LV, n.1, Janvier-Mars 2002, sh.3-16; bilhassa hukuk ile ahlâkı birleştiren ve ayıran iki doktrin görüşü hakkında bkz. **Roland/Boyer**, *Introduction au droit*, Paris, 2002, sh.9 vd; ayrıca **Roy/Schœnenberger**, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich-Bale-Geneve, 2002, sh.26 vd; **Jaluzot**, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, 2001, sh.62 vd; **Yüksel**, *Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış*, SBFD, 2002, S.1 (ocak-mart), sh.177-195; **Darmais**, *Le Contrat Moral*, Paris, 2000; **Barreau**, *La loi morale fondement du droit*, Ethique, n.22, La vie en question, Le légal et le moral; Paris, 1996, sh.11-19; **Alland**, *Droit et Mœurs*, Revue Française de théorie juridique, n.29, 1994, sh.3-11; **Ansary**, sh.48-49; **Kılhoğlu**, *Ahlâk-Hukuk İlişkisi*, İstanbul, 1988;

kuralları bir kanun koyucu tarafından yazılı olarak metne dökülmüş ve maddi yaptırımları bulunan hükümlerdir³⁸⁷. Oysa ahlâk kuralları, belli bir kişi tarafından yazılı olarak metne alınmayan ve toplumda ayıplanma, dışlanma gibi manevi tepkiler dışında maddi bir yaptırıma sahip olmayan kurallardır. Öte yandan ahlâk kuralları, sadece toplumda bir arada yaşayan insanlar arası ilişkileri değil, aynı zamanda her bireyin kendi iç dünyasındaki duygu ve değer yargılarına ait özelliklerini de (*sübjektif ahlâk*) kapsar³⁸⁸. O halde, genel ahlâk kurallarının, sosyolojik kurallar ile ahlâk kurallarından temel alan ve kamusal vicdanda benimsenen *sosyal, asgari, hukuki ahlâk* anlayışını ortaya koydukları hatırlandığında (§ 3, II); acaba hukuka aykırılık ile genel ahlâka aykırılık arasındaki ilişki ve sınır nedir?

Bu soruların yanıtı herşeyden önce kavramların anlamlarının doğru tespit edilmesinden geçer. Buna göre Borçlar Kanunu içinde tanımı verilmeyen³⁸⁹ hukuka aykırılık kavramı farklı ayırımlar ile incelenir. Öncelikle “*şekli anlamda hukuka*

Zufferey-Werro, sh.158 vd; **Ost/Kerchove**, Les Bonnes Mœurs, lieu d’interférence du droit et de la morale, Bonne Mœurs, discours pénaux et nationalité juridique, essai d’analyse critique, Bruxelles, 1981; **Güriz**, (Felsefe), sh.15 vd; **Perelman**, Droit, Morale et Philosophie, Bibliothèque de philosophie du droit vol.8, Paris, 1976, sh.185-190; **Blagoyevitch**, La morale et l’obligation civile, RGDL, 1936, sh.226-233; **Serozan**, sh.30 vd; **Bulut**, sh.29 vd.

³⁸⁷ Her ne kadar *geniş anlamıyla hukuk kuralı* kavramına, yazılı olmayan örf ve âdet hukuku kuralları dahil olsa da, bu hükümlerin de kaynağının kanun olması (MK.m.1) sebebiyle farklılık ortadan kalmaz. Ancak kanaatimizce bu husus, bir yandan hukuku ahlâktan ayırırken, diğer yandan ortak gelenek kökenleri sebebiyle genel ahlâk kuralları ile yakınlığını da oluşturmaktadır. Hatemi bu noktada isabetli olarak hukuk kavramının, tabi hukuk olarak değil pozitif hukuk olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. **Hatemi**, sh.26.

³⁸⁸ Hukuk toplumsal bir değeri, ahlâk ise temelde insani değerleri takip etmeyi tercih eder. Bu sebeple hukuk bireyin iradesi üzerinde iken ahlâk bireyin iradesine bağlıdır. **Sevig**, sh.568-569

³⁸⁹ Türk Borçlar Kanunu tasarılarının 56 ncı maddesi sorumluluk hukuku bakımından hukuka aykırılığın tanımını şu biçimde vermektedir: “*Hukuk düzeninin malvarlığı veya kişi varlığı değerlerini zarardan korumak amacıyla koyduğu emir ve yasaklara uymayan davranışlar, hukuka aykırıdır.*” Aynı şekilde şu anda İsviçre’de tartışılmakta olan İsviçre Borçlar Kanununun sorumluluk hukukuyla ilgili bölümünde yapılacak olan değişiklikle ilgili tasarı çalışmalarının 46 ncı maddesinde ise kavram şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Hukuk düzeninin koruduğu bir hakka aykırılık taşıyan zarar verici davranış hukuka aykırıdır.*” Tasarının ikinci fıkrasında ise “*zarar doğuran davranış bir kişinin hareketlerinden kaynaklanıyorsa ve bu hareketler, emredici bir hükme, hukuk düzeninin bir yasağına, dürüstlük kurallarına ya da sözleşmeden doğan bir ödevde aykırı ise hukuka aykırıdır.*” ifadesi yer alır.

aykırılık”, sözleşmede yer alan bir hükmün pozitif hukuk normu ile çatışmasını; buna karşılık “*maddi anlamda hukuka aykırılık*” ise, sözleşmenin içerdiği hak ve borçlar itibariyle hukuk düzeninin emredici bir normuna aykırılığı ifade eder³⁹⁰. Bir başka ayırımında ise, *dar anlamıyla hukuka aykırılık*; hukuk sükelerinin yani kişilerin mutlak ve ekonomik varlıklarını zarar verici müdahalelerden koruma amaçlı hukuk normlarının ihlalini; *geniş anlamıyla hukuka aykırılık*, belirli bir davranış zorunlu kılan hükümlerin ihlalini ve nihayet *en geniş anlamda hukuka aykırılık* ise, emredici bir hukuk kuralının ihlali ile sözleşme özgürlüğü alanının sınırlarının aşılmasını ifade eder³⁹¹. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sözleşme hukuku ve sorumluluk hukuku alanlarında kullanılan hukuka aykırılık terimleri aynı anlam ve kapsamda kullanılmamaktadır. BK.m.19 ve m.20’de düzenlenen hukuka aykırılık en geniş anlamda hukuk aykırılığın; buna karşılık m.41’de düzenlenen hukuka aykırılık ise dar anlamda hukuka aykırılığın ifadesidir.³⁹² (§ 5, VII)

Aşağıda da inceleyeceğimiz sorumluluk hukukundaki, (BK. m.41 vd) anlamı bir yana (§5, VI); BK. m.19 hükmünde ifade bulan hukuka aykırılık; kişi davranışlarının, yasak ve emir koyan, soyut, genel bir hukuk normuyla çatışmasından doğar ve sözleşmenin içeriğiyle ilgili³⁹³ maddi hukuka aykırılıkları düzenler³⁹⁴. Bu

³⁹⁰ Başpınar, sh.124-125.

³⁹¹ Deschenaux/Tercier, sh.68; Tercier, 85; Yung, Devoirs généraux et obligations, sh.110, Guggenheim, sh.47-48.

³⁹² Bu konuda bkz. Petitpierre, La partie générale du code des obligations: Un texte au service d’un système, Pour Un Droit Pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève, 2002, sh.86 vd; A.Bucher, sh.218 vd. Ayrıca, belirli biçimde bir davranış zorunlu kılan bir hukuk kuralının ihlalini ifade eden geniş anlamda hukuka aykırılık için Deschenaux/Tercier, sağdan akan trafikte karayolunun solundan gitmeyi örnek olarak göstermektedir. Deschenaux/Tercier, sh.68

³⁹³ Hatemi bu yönden hukuka aykırılığı açıklarken, dar anlamda hukuka aykırılığın, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan davranışlardan; buna karşılık geniş anlamda hukuka aykırılığın ise, hukuki işlemin geçerli olabilmesi için BK.m.19 ve m.20 yanında ayrıca tarafların uyması gerektiği diğer kuralların ihlalinden doğduğunu açıklamaktadır. Bu yönde şekil kurallarına aykırılık örneğini vermekte ve şekil şartına uyulmayan sözleşmelerinde geçersiz olduklarını ancak bu tür geniş

sebeple en geniş anlamı ile hukuka aykırılık artık normun koruduğu menfaatin ihlal edilip edilmediğine, zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın³⁹⁵ sorumluluk hukukundaki anlamından farklı olarak ortaya çıkmaktadır³⁹⁶. Bizim bu bölümde ele alacağımız hukuka aykırılık kavramı da en geniş anlamı ile ifade bulan ve hukuk düzeninin “*emredici yasal hükümlerine*” aykırılık oluşturan durumlarla ilgilidir³⁹⁷.

Buna göre, hukuk düzeninin ihlal edilmesini istemediği davranış kuralının ilk özelliği hükmün “*emredici nitelikte (ius cogens)*” olmasıdır. Emredici hukuk kuralları, düzenleyici ve tamamlayıcı hukuk kurallarının aksine, kişilerin ya da sözleşme taraflarının kendi iradeleriyle aksini düzenleyemedikleri (*ius cogens quod privatorum pactis mutari non potest*) ve uyulması zorunlu olan kurallardır³⁹⁸. Hukuk düzeni içinde buyruk (emir) ya da yasak koyarak şekillenen emredici normlar; *kamu düzeni, genel ahlâk, zayıfların korunması, milli güvenlik, genel asayiş, şahıs ve malvarlığı değerlerinin korunması gibi* amaçlarla düzenlenirler ve irade özgürlüğünü sınırlarlar³⁹⁹. Bu yönleriyle genel ve objektif davranış kurallarını ifade eden istisnai

anlamda hukuka aykırılıkların, BK.m.19 hükmünden farklı olarak BK.m.65 şartlarını gerçekleştiremeyeceklerini belirtmektedir. **Hatemi**, sh.8-12. Ayrıca bkz. aşağıda § 9, II, B.

³⁹⁴ Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman hukukunda hukuka aykırılık kavramı, açıkça yasak koyan bir normun ihlali şartını aramaktadır. (*BGB § 134: Kanundan başka bir şekilde anlaşılmadıkça, kanuni yasağa aykırı hukuki işlem sakattır.*) Buna karşılık Türk ve İsviçre hukuklarında, mutlaka yasal bir yasağın ihlal edilmesi şartı aranmadan, emredici bir hukuk kuralının ihlali yeterlidir. **Başpınar**, sh.125; Ayrıca Alman hukukunda hukuka aykırılık için bkz. **Pédamon**, sh 81 vd; **Ferrand**, sh.246.

³⁹⁵ **Eren**, sh.458-549.

³⁹⁶ **Zufferey-Werro**, sh.100.

³⁹⁷ Nitekim Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 27 inci maddesinin ilk fıkrasında açıkça emredici hükümler terimi kullanılmaktadır. “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler batıldır.*”

³⁹⁸ **Engel**, 271; **Tercier**, sh.139 vd; **Tercier**, (*contrat*), sh.12; **Petitpierre**, Une proportion de lecture systématique des art.19 et 20 CO, SJ 2001 II 123, n.3, sh.74 ; **Eren**, sh.286 vd.

³⁹⁹ Bu durumdan yola çıkarak **Zufferey-Werro**, BK.m.19/2 hükmünde emredici hükümler (ve kişilik hakları) deyimlerinin gereksiz olduğunu savunmaktadır. Yazara göre hüküm fıkrasını ayırdetmek için açıklanan emredici kurallar, taraflar arasındaki ilişkiden çıkarılan bir düzenleme ile teyit

hükümlerdir⁴⁰⁰. O halde hukuk düzeninin tamamı göz önünde bulundurularak⁴⁰¹, dar yorumla (*in stricto sensu*), uygulama alanları belirlenir⁴⁰².

Bu anlamda, sözleşme taraflarınca her zaman değiştirilip aksi kararlaştırılabilen düzenleyici hukuk kurallarına; yani tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk normlarına aykırılık maddi anlamda bir hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. Bunlar tarafların sözleşme ilişkisi içinde belirledikleri ve sözleşmenin içeriğine dahil ettikleri unsurlar oldukları için ihlalleri butlan yaptırımına değil; ancak borca aykırılık hükümlerine (BK.m.96 vd) tabi olabilir⁴⁰³.

Emredici kurallar, *kamu hukuku ya da özel hukuk* kökenli olabileceği gibi *yazılı olan ya da yazılı olmayan bir davranış kuralını* da temel alabilir. Buna göre, yazılı olmayan “örf ve âdet hukuku kurallarından” ve “hukukun genel ilkelerine

edilemez. Mesele bir hükmün kesin olarak ne zaman emredici kural olduğunun bilinmesiyle ilgilidir ki bu durum da ya açıkça emredici niteliği anlaşılan ya da, kamu düzeni, genel ahlâk ve kişilik haklarına aykırılık içeren durumlarda söz konusudur. O halde her iki durumda da emredici kurallara yapılan atfın bir önemi yoktur. Bu doğrultuda yazar CO m.19 hükmü için şu öneride bulunmaktadır: “Sözleşme özgürlüğü hukuk düzeninin sınırları içinde teminat altına alınır.” **Zufferey-Werro**, sh.71-72.

⁴⁰⁰ “Ancak objektif bir normun ihlali hukuka aykırılık oluşturabilir.” ATF 102/1976 II 339 8340), JdT 1978 I 585; 80/1954 II 327=JdT 1955 I 497 (500), **Engel**, sh. 271; **A.Bucher**, sh.218; **Zufferey-Werro**, sh.100.

⁴⁰¹ **Engel**, sh.271; **Hatemi**, sh.36; **Eren**, sh.286.

⁴⁰² Kanun ile sağlanan hukuk düzeni, kanun hakimiyeti, irade özgürlüğünden üstün tutulmuştur, bu doğrudur. Kanun düzeni kurmak konusundaki ödevi, genel anlamda ve zaman içinde irade özgürlüğünün de güvencesidir. Bu sebeple emredici kurallar vazgeçilmez, aşılmaz, feragat edilemez, değiştirilemez. İlk bakışta, irade özgürlüğüne, irade serbestliğine aykırı gibi görünseler de, gerçekte iradenin açıklanmasına yardım ederler, fırsat ve olanak sağlarlar. **Akyol**, sh.155.

⁴⁰³ Öte yandan genel anlamı ile alacak hakları da mutlak haklardan olmadığından, ihlalleri BK.m.41/I anlamında hukuka aykırılık oluşturmaz. Çünkü bu haklar, herkese karşı mevcut olmayan ve yalnız belirli kişiler tarafından ihlal edilebilen haklardır. Bu ihlal de hukuka aykırılıktan çok borca aykırılığa neden olur. Ancak bir üçüncü kişinin, borçlunun borcunu ia etmesine engel olması, örneğin konusu teslim borcu olan bir borç ilişkisinde üçüncü kişinin alacaklıya teslim edilecek eşyayı tahrip etmesi, hakim görüşe göre, hukuka aykırılığa sebep olmaz. Bu durumda yalnız borçlu eşyayı tahrip eden kişiye karşı bir hak iddia edebilir. Buna karşılık alacaklının üçüncü kişiye karşı tazminat istemesi mümkün değildir. Üçüncü kişinin borçlunun borcunu ifa etmemeye tahrik ve teşvik etmesi, alacaklıya karşı kasden ahlâka aykırı bir şekilde zarar verme amacı taşıyor ise, BK.m.41/II hükmüne göre genel ahlâka aykırılık oluşturur. **Eren**, sh.555-556.

dayalı kurallardan” temel alan emredici nitelikli hukuk kurallarına aykırılıklar da hukuka aykırılık yaratır; ki genel ahlâk kuralları da bu ilkelerden biridir⁴⁰⁴. BK.m.19 hükmü anlamında emredici kurallara aykırılık sözleşmeye konu edimlerde, taraflara ait taahhütler bütününde ya da yine tarafların amacında gizli olabilir. Her iki tarafın da sözleşme konusunu istemiş olmaları kaydıyla, tarafların hukuka aykırılık bilincine sahip olmaları yani hukuka aykırılığı bilmeleri gerekli değildir⁴⁰⁵. Dolayısıyla hukuka aykırılık “doğrudan doğruya” yani açıkça emredici bir hukuk kuralına aykırılık ya da “dolaylı” olarak yani tarafların yasal bir yolu istenmeyen bir sonucu elde etmek için kullanmaları şeklinde⁴⁰⁶ doğabilir.

Bir hukuk kuralının emredici niteliği ya açıkça kanun maddesinin *metninden*, ya da *genel ahlâk*, kamu düzeni ve kişilik haklarında olduğu gibi maddenin *yorumundan* anlaşılır. Bu anlamda sözleşme özgürlüğünün sınırlarını hükme bağlayan BK’nun 19 uncu maddesi de⁴⁰⁷ başlıbaşına *emredici bir hukuk kurallarıdır*

⁴⁰⁴ Aynı şekilde hakimin hukuk yaratması (MK.m.1), dürüstlük kuralları (MK.m.2), kişiliğin korunması (MK.m.23 ve BK.m.49) da bu yönde hukukun genel ilkeleri arasındadır. **Deschenaux/Tercier**, sh.70-71; **Tandoğan** (Sorumluluk), sh.307; **Engel**, sh.271; **Eren**, sh.286.

⁴⁰⁵ ATF 102/1976 II 401=JdT 1978 I 495; ATF 62/1936 II 10=JdT 1936 I 615; 47/1921 II 59=JdT 1921 I 268; **A.Bucher**, sh.218; **Engel**, sh.271.

⁴⁰⁶ Kanuna karşı hilede olduğu gibi. Bu durumda tarafların yaptıkları bir hukuki işlem başka bir hukuki işlem yerine geçmektedir. Kanun tarafından ulaşılmak istenen sonuç mutlak olarak yasaklanmış yani butlan yaptırımına tabi kılınmışsa, yapılan sözleşme de batıl olacaktır. Tarafların kanuna karşı hile kastı taşıyıp taşıyamamaları hukuki işlemin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır. Hakim için önemli olan araçtan çok amaçtaki yasaklamaya karşı yapılan kanuna karşı hiledir. Kanuna karşı hile için bkz. **Deschenaux**, sh.148; **Engel**, sh.195; **Yung**, sh.162 vd; **Perrin**, La fraude a la loi et l’ordre public en droit prive, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, sh.259 vd. Elbette kanuna karşı hileyi hakkın kötüye kullanımından da ayırmak gereklidir, çünkü kanuna karşı hile için yasal bir hükmün kanun tarafından engellenmek istenen bir sonuca gitmek için kullanılması gerekir. Bu nedenle hakim hileli olarak kullanılan yasal hükmün sonuçlarını reddedecektir. **Roy/Schönenberger**, sh.39.

⁴⁰⁷ Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında hükümler 26 ıncı ve 27 inci maddelerde hükme bağlanmaktadır. BK.m.19 hükmü sadece sözleşme özgürlüğü ilkesini düzenleyecek ve sınırlarını belirtmeyecek şekilde Tasarı m.26’da şu ifadeyle yer alır: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*”; BK.m.20 hükmünün karşılığını oluşturan Tasarının 27 inci maddesinde ise, özgürlüğün sınırları birinci fıkrada “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler batıldır*” ve butlan yaptırımını düzenleyen ikinci fıkrada ise “*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir*

ve dolayısıyla ihlali hukuka aykırılık oluşturur⁴⁰⁸. Peki o halde hukuka aykırılık ile genel ahlâka aykırılık kavramlarının ilişkisi, benzerlik ve farklılıkları nelerdir? Hukuka aykırılık emredici hukuk kurallarının ihlali gereğince bütün genel ahlâka aykırılıkları da kapsar mı? Bu anlamda acaba genel ahlâka aykırılık (ve ileride inceleyeceğimiz kamu düzeni ile kişilik hakları) gereksiz birer hukuki ayırım mı oluşturur?

Öncelikle şunu tekrar belirtmekte fayda vardır ki, temelini ahlaki değerlerden alan kuralların bir kısmı bizzat pozitif hukuk düzeni tarafından kaleme alınmakta (kimseyi öldürmemek, hırsızlık yapmamak gibi); bir kısmı ise kanun koyucunun genel ahlâk kurallarına göndermede bulunduğu hükümlerle (BK.m.19 gibi) düzenlenmektedir. Bu iki metne alınış arasında ise “*bağımsız birer hukuk normu*” oluşturmaları yönünden hiçbir fark yoktur. Sonuçta her iki hüküm de, hakim önünde, maddi olarak yaptırıma bağlanmış birer hukuk kuralı olarak bulunur. Bu iki ihtimal arasındaki fark ise; temelini ahlâk kurallarından alan somut, net ve sınırları belirli hukuk kurallarını hakim doğrudan uygulaması; buna karşılık genel ahlâk kurallarına göndermede bulunulan hallerde, kavramdaki *intra legem* boşluğu takdir yetkisinin sınırlar içinde doldurmak zorunda olmasıdır. (§4, I)

kısımının batıl olması diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı batıl olur” şeklinde ifade edilir.

⁴⁰⁸ Bazı yazarlar ise bu kuralların üçüncü bir tür şekli hukuk kuralları oldukları görüşündedir. Bunlar genel ahlâka uygun maddi bir davranışı emretmez; genel ahlâka aykırı sözleşmeleri rıza ile kurmaya ya da ifa etmeye engel olmazlar, ancak buna karşılık borçlandırıcı etkilerini kaybederler. Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, sh.102 ve dipn.17’de belirtilen şu eserler: **Bucher**, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Mélanges Deschenaux, Fribourg, 1977, sh.250 dipn.2, ayrıca **Burckhardt**, Organisation der Rechtsgemeinschaft, Zürich, 1948, sh.32 ve aynı yazarın Einführung in die Rechtsgemeinschaft, Zürich, 1948, sh.137.

Hukuka aykırılık ve genel ahlâk kurallarına aykırılık aslında şekli olarak birbirinden ayrı olan, ancak maddi olarak izledikleri amaçları birbirine çok yakın olan iki kavramdır. Öncelikle her iki kavram da aslında *benzer hukuki değerlere göndermede* bulunurlar. (§4, II) Yukarıda da açıkladığımız üzere genel ahlâk kuralları ile korunmak istenen değerlerin, bugün çoğunlukla kanun koyucu tarafından pozitif yasal düzenlemeler şeklini almasının sebebi de zaten budur. Nihayetinde yasal düzenlemeler o toplumdaki kanun koyucunun sadece sosyal ve politik değil, aynı zamanda etik anlayışlarının da izlerini taşır⁴⁰⁹. İşte bu hedefler hakime genel ahlâk kuralının içeriğini tespit ederken yardımcı olabilir (§ 4, III, B). *Larenz* özel olarak bu benzerliğe dikkat çekmekte ve genel ahlâk kurallarının sadece baskın ahlâk kurallarına göndermede bulunmadığını, aynı zamanda özel olarak anayasal hukuki değerlere sahip kurallara da atıf yaptığını ve genel ahlâka ancak bu kurallarda tereddüt bulunduğu anda başvurulabileceğini belirtir⁴¹⁰.

Gerçekten bizce de, genel ahlâka aykırılığın uygulama alanı, hukuka aykırılığa göre daha talidir. Çünkü her ne kadar ortak korunan hukuki menfaatler bulunsun da, açık bir yasal hükmün bulunduğu hallerde, hakimnin ayrıca somutlaştırılmaları gereken (§4, I) genel ahlâk kurallarına uygunluğu araştırmasına ihtiyaç yoktur. Tek bir yasal kanun hükmü, genel ahlâka aykırılıktan hukuka aykırılığa geçmek için yeterlidir⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Ancak unutmamak gerekir ki hukuk asla tek başına etik ile belirlenemez. Hukuk Devlet'in, bireyler ve ahlâk tarafından kabul edilen ve uyulan sosyal kurallar arasında varolabilecek anlaşmazlığı çözmesinin bir sonucudur. Bu nedenle etik de hukuku ve adaleti hazmetmeli, kendini zorla hukuka ve adalete kabul ettirmemelidir. Bu konuda bkz. **Thévenaz**, sh.87.

⁴¹⁰ Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, sh.108, dipn.52.

⁴¹¹ Bu ilişki hakkında bkz. **Damm**, Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung, JZ 1986, sh.919 vd. Ayrıca örnekler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.108-109.

Öte yandan gerek hukuka aykırılığın, gerekse genel ahlâka aykırılığın yaptırımı BK.m.20 hükmü gereğince butlandır. (§ 8) Ancak burada kanaatimizce şu hususa dikkat çekmek gerekir ki; kanunun genel ahlâk kurallarına aykırılık konusunda getirdiği butlan yaptırımı, *temelini etik kurallardan alan bütün düzenlemeler için geçerli değildir*. Örneğin, BK.m.28’de hükme bağlanan hile aslında, bir başkasını kandırmamak, yalan söylememek gibi etik değerler üzerine kurulu bir hukuki kurumdur, buna karşılık yaptırımı butlan değil iptaldir. (BK.m.31) (§5, V)

Bu durumun sebebi bizce, hem ahlâk hem de genel ahlâk kurallarının üst değerini ifade eden *etiğin*, hukuk kavramına göre daha geniş kapsamlı olmasıdır. Bunun içindir ki, hukuka aykırılık yaratan haller sınırlıdır ve somut olarak hakimin önündedir. Hakim de önüne gelen meselede o konuyu düzenleyen emredici bir hükmün varlığı ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması halinde takdir imkanı olmaksızın karar verebilecektir. Oysa, ne etik kuralları ne de genel ahlâk kuralları, bu kadar net ve somut bir şekilde hakimin karşısında değillerdir.

Doktrinde dar anlamı ile hukuk kurallarına aykırılık yerine *kanuna aykırılık*; üst kavram olarak da kanuna aykırılık ile genel ahlâka aykırılığı kapsayacak şekilde *hukuka aykırılık* terimleri kullanılır. *Hatemi* burada aslında üst terim olarak *hukuk düzenine aykırılık* ifadesinin kullanılması gerektiğini ifade eder⁴¹². *Petitpierre* ise emredici kurallara aykırılığı “*küçük hukuka aykırılık*” (*petit illicéite*) buna karşılık genel ahlâk kuralları, kamu düzeni ve kişilik haklarına bağlı aykırılıkları ise, hukuk

⁴¹² **Hatemi**, sh.31-32. Engel’de yine bu anlamda hukuka aykırılığı “hukukun ihlali” (*violation du droit*) olarak ifade etmektedir. **Engel**, sh. 270 vd.

düzeninin bütününe aykırılık oluşturdıkları için “büyük hukuku aykırılık” (*grande illicéite*) olarak adlandırır⁴¹³.

Madem ki, emredici kurallar, hem *yazılı olan hem de yazılı olmayan davranış kurallarını* temel alabilirler ve buna göre, yazılı olmayan “örf ve âdet hukuku kuralları” ile “hukukun genel ilkelerine dayalı” emredici hukuk kuralları var olabilir; o halde dar anlamı ile yani *yazılı olan emredici hukuk kurallarına* aykırılık için “*kanuna aykırılık*” teriminin kullanılmasında bizce de bir sakınca yoktur. Ancak elbette ki burada *kanun* ifadesinin, diğer yazılı kaynakları da (kanun hükmünde kararname, içtihadı birleştirme kararı gibi) kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir⁴¹⁴. Bu sebeple BK.m.19 kapsamında sözleşme özgürlüğünün sınırlarını saymayı tercih eden kanun koyucu yönünden hukuka aykırılık terimi yerine sadece “*emredici hukuk kurallarının ihlali*” ifadesinin kullanılması kanaatimizce daha isabetlidir⁴¹⁵. Buna karşılık kanuna aykırılık ile emredici niteliği olan ancak yazılı olmayan diğer hükümlere; yani kamu düzenine, genel ahlâk kurallarına ve kişilik haklarına aykırılığı kapsayacak üst terim ise “*hukuka aykırılık*” olmalıdır.

⁴¹³ **Petitpierre**, sh.75.

⁴¹⁴ **Kılıçoğlu**, sh. 65.

⁴¹⁵ Yeni Borçlar Kanunu Tasarımının 27 inci maddesinde emredici hüküm ifadesi bu bakımdan bizce de isabetlidir. Kaldı ki somut olarak hükme bağlanan genel ahlâk kuralları dışında, bizzat atıf hükümleriyle kanun koyucunun düzenlediği hukukun genel ilkelerine aykırılıklar (örn. MK.m.2, m.23, BK.m.19 gibi) bağımsız olarak emredici hükümlerin ihlalini yani en geniş anlamı ile hukuka aykırılığı oluşturduğundan bu ayırım ile ulaşılan sonuçta herhangi bir farklılık zaten doğmayacaktır.

II- Kamu Düzeni ve Genel Ahlâka Aykırılık

Hukuk sistemimiz içinde farklı alanlarda kullanılan⁴¹⁶ kamu düzeni kavramının özel hukuk alanındaki görüntüsü bilhassa aile, miras ve eşya hukuklarında kendini göstermekte; buna karşılık borçlar hukuku alanındaki yeri⁴¹⁷, anlamı ve kapsamı ise tartışılmaktadır. Amacı bütün olarak hukuk düzenini ve birey karşısında toplum menfaatlerini korumak olan kavram, bu anlamda devlet düzeni tarafından belirlenen ve hukuki hayatın temelini oluşturan genel bir anlayışı ifade eder⁴¹⁸.

Kelime anlamı olarak *kamu*, toplumu; *düzen* ise, devletin içinde var olan hukuk düzenini ortaya koymaktadır⁴¹⁹. Bu yönde kavram, “belirli bir yerde ve

⁴¹⁶ Kamu hukuku ve iş hukuku kurallarının çoğu kamu düzeniyle ilgilidir. Anayasa hukukunda kamu düzeni temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının gerekçesi olabilir. Örn. Anay.m.11, m.15, m.16, m.19, m.22, m.26, m.28, m.29 gibi. Kamu hukukunda, bilhassa Anay.m.13 hükmüne paralel olarak, kavram, üç unsuru içerecek şekilde belirlenmektedir: kamu huzuru, kamu güvenliği (genel asayiş) ve kamu sağlığı. Öte yandan, Any.m.13’de genel asayiş ve genel sağlık ayrıca bir genel sınırlama sebebi olarak geçtiği için kamu düzeni kavramından burada kamu huzuru kavramı olarak anlaşılması gerektiği bunun da, yaşamın normal seyrini olumsuz yönde etkileyecek her türlü düzensizlik ve karışıklık yokluğunu ifade ettiği belirtilmektedir. Bu kavramlar hakkında bkz. **Gözübüyük/Tan**, sh.474 vd; **Gözler**, sh.230 vd. İş hukuku alanında kamu düzeni kuralları ise ikiye ayrılır: Genel kamu düzeni kuralları ve sosyal kamu düzeni kuralları. Sosyal kamu düzeni kuralları, işçiye koruma amacıyla konulan kurallar olup, işçi lehine bunların aksine sözleşme yapılmakla birlikte, işçi aleyhine değiştirilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık Kamu düzeni kavramının anlamı Devletler özel hukuku ve iç hukuk anılanlarında da birbirinden farklıdır. Mesela Devletler özel hukuku alanında Lex Fori’nin kamu düzeni anlayışına aykırı bir yabancı kanun kuralı uygulanmaz veya yabancı mahkemenin verilen ilamın tanınması kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurabilecekse bu ilam tanınmaz. **Hatemi**, sh.38. Ayrıca yabancı emredici kurallarının ihlalinin kamu düzeni ve genel ahlâk kuralları yönünden incelemesi yönünde bkz. **Bonomi**, La Violation D’une Règle Impérative Etrangère est-elle contraire à L’Ethique et aux Bonnes Mœurs? L’éthique et le Droit, Publie sous la direction de Martin Killias, Fribourg, 2000, sh.181-197.

⁴¹⁷ Örneğin, Von Tuhr’a göre, özel hukuk alanında kamu düzeni kavramı, toplumun korunmaya değer menfaatlerinin bulunduğu özel hukuk ilkelerinden oluşur. Buna karşılık Borçlar hukuku alanında ise kamu düzeni kuralı bulunmamaktadır. **Von Tuhr**, sh. 244. Bu konuda bkz. **Gugeinheim**, sh.36; **Eren**, sh.288. Buna karşılık genel olarak, sözleşme özgürlüğü, ahde vefa ve dürüstlük kuralları gibi kurallar, toplum menfaati yönünden büyük önem taşıdıklarından doktrinde kamu düzeni kuralları içinde sayılmaktadırlar. **Engel**, sh.114. Güven ilkesinin gerçekten kamu düzenine ilişkin olup olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Edis**, sh.295 vd ile aşağıda § 5, VI.

⁴¹⁸ **Gugeinheim**, sh.35.

⁴¹⁹ **Atamer**, sh.185. Ayrıca düzen, hem güvenliği hem de özgürlüğü sağlar. **Kaboğlu**, sh.94.

zamanda, uyulması ile korunması yönünde, hem bireyin hem de toplumun genel menfaatinin bulunduğu kurallar bütünü” şeklinde tanımlanabilir⁴²⁰. Yargıtay da son yıllarda kavram daha kapsamlı ifadelerle açıklamaktadır: “Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi (...) ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi bulunmaktadır”⁴²¹.

Öte yandan her toplumda, o toplumun temelini teşkil eden hususları koruyan *klasik kamu düzeni* anlayışının yanında; özellikle bir yandan ekonomik yönden zayıf tarafı koruyucu, diğer yandan milli ekonominin muayyen bir yöne gitmesini sağlayan ve buna engel olacak özel sözleşmelere karşı olan *ekonomik kamu düzeni* anlayışı da bulunmaktadır⁴²². O halde, örneğin serbest piyasa ekonomisini benimseyen, liberal ekonomik sistemimiz içinde, bu özgürlüğü kısıtlayıcı ve tehdit edici sözleşmeler de her zaman kamu düzeninin ihlali sonucu doğuracaktır.

⁴²⁰ Toplum menfaatlerine konulmuş kanun hükümlerinin toplamına, kamu düzeni denir. **Engel**, sh.113; **İnan**, sh.73; **Tunçomağ**, sh.249; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh.402; **Hatemi**, sh.42-43; **Oğuzman/Öz**, sh.73; **Eren** 288. Ya da çok daha genel bir tanımla; belirli bir zamanda ve yerde örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kanun kurallarıdır. **Hatemi**, sh.42-43.

⁴²¹ *YHGK 12.12. 1990 T, E.990, K.3-527*. Oysa Yüksek mahkeme daha önceki dönemde “kamu düzenini sadece kamu yararı düşüncesiyle konulmuş özel hukuk düzeni olarak tanımlamakta idi.” Örn. Yarg.13 HD, 30.5.1996 T, E.5075, K.5380, YKD 1996, sh.1261-1262; Yarg.13. HD, 18.3.1996 T, E.1734, K.2495, YKD 1996, sh.746-748. **Karahasan**, sh.265-273. Aynı yönde İsviçre Federal mahkemesinin de kamu düzeninin söz konusu olabilmesi için, bir kurala aykırılığın, memleketin hukuk düzeninin temel ilkelerinden biriyle çatışması veya memleketin genel hukuk duygusunun ağır şekilde zedelemesi gerektiğini belirtmektedir. ATF 88 II 1 = JdT 1962 I 491; **Uygur**, sh.946. Çünkü kamu düzeni kamunun yani toplumun menfaatlerini koruyan kurallar bütünüdür. ATF 38/1912 I 484 (491) = SJ 1913, sh.705, **Zufferey-Werro**, sh.13.

⁴²² Ekonomik kamu düzeni kavramı ilk olarak Ripert tarafından ortaya atılmış bir kavramdır. **Ripert**, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Mélanges Geny, 1934, sh.347. Ayrıca bkz. **Malaurie**, sh. 109; **Flour/Aubert/Savaux**, sh.203 vd; **Terre/Simler/Lequette**, sh.376 vd. Ayrıca bkz. **Erman**, sh. 613-614; **Kaboğlu**, sh.95-96.

Dolayısıyla bizim için de önemli olan özel hukuk anlamında ve sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak kamu düzeni kavramının taşıdığı anlamdır ki bu konuda doktrinde iki temel görüş vardır. Kavramı *dar anlamıyla* ele alan ilk görüşe göre, kamu düzeni hukuka aykırılık içinde ele alınmalıdır. Bu anlamda BK.m.19 hükmünde ifade bulan kamu düzenine aykırılık emredici ve pozitif hukuk kurallarının ihlalden başka bir anlama gelmez. Üstelik bu hükümler kamu hukukuyla ilgili de olabilir; çünkü sözleşme özgürlüğü ilkesi, kanun koyucunun ağır basan kamu hukuku menfaatlerini korumak yönünde hükümleri metne almasına engel olamaz⁴²³. Bu görüşe göre, sözleşme hukuku alanında kamu düzeninin asıl görevi ise, açıkça emredici niteliği kanun hükmünden anlaşılamayan ve bu niteliği araştırılması gereken hükümlerde kendini gösterir. Buna göre, ihlal edilmeleri halinde kamu düzenine aykırılık yaratacak kurallar emredici hükümlerdir. Bir başka ifadeyle kamu düzenine aykırılık hangi hükmün emredici olduğunu belirlemeye yarayan bir yorum yardımcısıdır ve tek başına sözleşmenin içerik denetiminde kullanılamaz⁴²⁴. Gerçekten Türk hukuku yönünden de yargı kararları incelendiğinde, mahkemelerimizin kamu düzeni kavramını, hep kuralların emredici niteliklerini tespit bakımından; dolayısıyla pozitif hukuk kuralları yönünden ele aldığı görülmektedir⁴²⁵.

⁴²³ Örneğin kamu hukuku yönünden İdare hukuku, usul hukuku, ceza hukuk gibi alanlarda kamu düzeni kurallarıyla ilişkisinin olabileceği gibi. Bu anlamda kavram kanun koyucuya verilen yetki çerçevesinde kaleme alınmış bütün kamu hukuku düzenlemelerini de kapsayacaktır. İşte asgari ve azami ücretlerin, çalışma saatleri ile tatil saatlerinin belirlenmesi gibi bazı işlemlerde yasaklayıcı hükümler konularak, bu kuralların taraflar arasındaki anlaşmalara uygulanmaları da böylece mümkün olmaktadır. Üstelik bu hükümler her zaman emredici özelliktedir. Bu görüş hakkında bkz. **Zufferey-Werro**, sh.115 dipn.2’de belirtilen yazarlar ve özel olarak E.**Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich, 1979, sh.214, 218.

⁴²⁴ Bu görüş taraftarı yazarlar ve daha fazla bilgi için bkz, **Zufferey-Werro**, sh.115; **Hatemi**, sh. 39 vd; **Eren**, sh.288; **Atamer**, sh.184, dipn.232. Ayrıca Yarg. 13 HD 18.3.1996 T, E.1734, K.2495, YKD 1996, sh.746, 748; Yarg. 11 HD, 11.12.1978 T, E.5246, K.5544, BATIDER C.X/4, 1979, sh.1027-1029.

⁴²⁵ Örnek olarak, iyiniyetin kamu düzeni ile ilgili olması yönünde bkz. Yarg. 1.HD, 22.12.2005 T, E.2005/13770, K.2005/2942; babalık davasının kamu düzeniyle ilgili olması yönünden bkz.Yarg.

Buna karşılık kavramı *geniş anlamıyla* yorumlayan ikinci görüşe göreyse, kamu düzeni sadece kuralların emredici niteliklerini tespit etmeye yarayan bir yorum aracı değil, aynı zamanda yedek hukuk kuralları ile değer yargılarına göndermede bulunan ve sözleşmenin içerik denetiminde bağımsız olarak da kullanılan bir kavramdır⁴²⁶. Kavramın daha geniş olarak değerlendirilmesinin sebebi ise, sadece kamu hukuku menfaatlerini değil aynı zamanda toplumdaki genel menfaatlere dokunan tüm özel hukuk hükümlerini de kapsamından kaynaklanır⁴²⁷. O halde, kamu hukuku ya da özel hukukun, toplum için vazgeçilemez değerlerini korumak amacıyla metne alanın bütün hükümlerin ihlali madde kapsamında kamu düzenine aykırılık oluşturacaktır ki bunlar özel hukuktaki emredici kuralların çekirdeğini oluşturan ve taraflar arasındaki hakları mutlak olarak koruyan bağımsız hükümlerdir⁴²⁸. Böylece kanun koyucunun BK.m.19 hükmü içinde neden hem emredici hukuk kurallarından, hem de kamu düzeninden bahsettiği de açıklanmış olmaktadır. Aynı görüş taraftarı olarak ve kamu düzeni kavramının bağımsız bir

2.HD, 12.09.2005 T, E.2005/9793, K.2005/11787; usul hukuku yönünden görev ve yetkinin kamu düzeni ile ilgili olması bakımından bkz. Yarg. 2.HD, 21.07, 2005 T, E.2005/9197, K.2005/11719; Yarg. 2.HD, 01.06.2005 T, E.2005/5851, K.2005/8508, asgari ücretin kamu düzenine ilişkin olması hakkında bkz. Yarg. 11.HD, 08.03.2005 T, E. 2005/5689, K.2005/2253, nüfus kütüklerindeki kayıtların tescil ve düzeltmelerinin kamu düzeniyle ilgili olması hakkında bkz. Yarg. 18.HD, 03.03.2005 T, E. 2004/10963, K.2005/1708.

⁴²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen bu anlamıyla kamu düzeni, devletin veya topluluğun temel bir menfaatinin bulunduğu yasal düzenlemeler bütünüdür; ATF 116/1990 II 634= JdT 1992 I sh. 63-64= SJ 1991 sh.225-226, **Engel**, sh.111, **Simonius**, sh.803, **Zufferey-Werro**, sh.115 dipn.5’de belirtilen yazarlar: **Becker**, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Commentaire Bernois, Berne 1941, art.19 CO, n.24; **Egger**, Einleitung und Personenrecht, Commentaire Zurichois, Zürich, 1930; art 27 CC, n.10; **Keller/Schöbi**, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, in Das schweizerische Schuldrecht, Bale et Francfort-sur-le-Main, 1988, sh.143; **Oser/Schönenberger**, Das Obligationenrecht, Commentaire Zurichois, Zurich, 1929, art 19 CO, n.11, ayrıca bkz. **Kramer**, Berner Kommentar, art 19, n.156; **Atamer**, sh.184, dipn.233.

⁴²⁷ Kamu düzenine ait kuralların bir bölümü kamu hukuku içinde yer alır ancak kanaatimizce ikisini karıştırmamak gereklidir: Çünkü kamu düzeniyle ilgili olmayan kamu hukuku kuralları olabileceği gibi (*ratione loci*) kamu düzeniyle ilgili olan özel hukuk kuralları da bulunur. (*evlilik töreni ve hükümlerinde olduğu gibi*)

⁴²⁸ Bunları genellikle mutlak haklar, aile hukuku ve miras hukukunda karşımıza çıkarlar ve özel olarak BK. m.20 ve İMK. m.27/2’de olduğu gibi, her zaman MK.m.2’nin doğrudan doğruya uygulanmasını ortaya koyarlar. **Engel**, sh.114.

denetim işlevi olduğunun düşününen *Zufferey-Werro* ise, biraz daha farklı bir gerekçeyle bu sonuca ulaşır. Yazara göre, kamu düzeni aslında açık ve yazılı kanun hükümlerinin yokluğunda, Devlet veya kuruluşlarını tehdit eden fiili durumlar için gerekli bir atıftır. Bir başka deyişle Devletin kurumlarıyla beraber gereği gibi işleyebilmesini sağlayan kurallar bütünü kamu düzenini oluşturur⁴²⁹. Bu sebeple kavram hukuka aykırılık içinde değerlendirilmemelidir ki, zaten CO.m.20 (BK.m.20) hükmündeki boşluk tarihi gerekçelerden kaynaklanır ve bugün artık CO.m.19/2 (BK.m.19/2) kaynağı da farklı bir kapsama sahiptir⁴³⁰.

Bize göre de kamu düzeni kavramının, borçlar hukuku sistemimiz içinde hangi hükmün emredici olduğunu belirlemeye yarayan yorum yardımcısı olmaktan daha fazla bir işlevi bulunur. Ancak unutmamak gerekir ki, kavram her ülkenin kendi sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmekte yani toplumdan topluma, zamana ve mekana göre değişen, *nisbi* bir nitelikte ortaya çıkmaktadır⁴³¹.

⁴²⁹ Yazarın dar ve geniş anlamda kamu düzeni kavramlarından farklı olarak önerdiği görüşü için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.116-118. Bu doğrultuda, *Zufferey-Werro*'ya göre emredici bir hukuk normuna ya da genel ahlâk kurallarına aykırılık oluşturmadan kamu düzenini ihlal edebilecek durumlar dört ihtimalden doğabilir: Bir devlet memurunun istifa etmeyi taahhüt ettiği sözleşmede olduğu gibi, *idari bir işleyişten*; başkasına ait para cezasını ödemek yönünde yapılan sözleşmede olduğu gibi, *yargısal bir işleyişten*; borçlunun konkordato veya iflas halinde dahi eksiksiz olarak alacağını ödeme sözü vermesi durumunda olduğu gibi, *alacakların tahsilinden* ve nihayet *ulusal güvenlik*ten. Örnekler, ilgili mahkeme kararları ve daha fazlası için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.123-124.

⁴³⁰ Bu anlamda BK.m.20/1 hükmündeki boşluk, kamu düzeninin ihlali içinde, emredici hukukun ihlali ya da genel ahlakın ihlaline kıyasen yani butlan yaptırımı ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Ayrıca bu konular hakkında bkz. **Zufferey-Werro**, sh.48, sh.53 ve sh. 65.

⁴³¹ **Malaurie**, sh.107 vd. Diğer bir deyişle sözü edilen gerçekler, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. **Karahasan**, sh.265. Türk hukuku için bu duruma şu örnek verilebilir: Türk Parasını Koruma Mevzuatının yabancı döviz bulundurulmasını yasakladığı dönemde bu konu kamu düzeni, sınırlayıcı bir yönde iken bugün serbestlik söz konusudur. **Oğuzman/Öz**, sh.73. Yarg. HGK 28.11.1973 T, E. 609; K.959'da: "kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşullarının oluşturduğu özel bir anlam taşır" ifadesi yer almaktadır. Ancak kavramdaki bu değişkenliğe karşılık, kamu düzenine ilişkin yeni kanun derhal yürürlüğe girer ve kendisine aykırı hukuki işlemleri geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kaldırmaya bile, yürürlüğe girdikten sonra bu hukuki işlemlerin sonuçlarını kendisi düzenler. (Eski Tatbikat K.m.2) Hukuki işlemin yeni kanun devrinde de sonuç doğurması başlı başına kamu düzenine aykırı bir durum yaratıyorsa, bu sonuç doğurma önlenir. Bir

Bir başka değişle, toplumlara ait kamu düzeni anlayışını belirleyen, her ülkenin kendi kanun koyucusunun, o dönemdeki kaygıları ile görüşleridir. Bu noktada yeri gelmişken, özellikle Alman ve Fransız hukuklarında kamu düzeninin taşıdığı anlamın ve oynadığı rolün, Türk-İsviçre hukuklarından daha farklı olduğunu da belirtmek gerekir. Zira *Alman* hukukunda kamu düzeni kavramı ayrı bir butlan sebebi olarak anılmadığı için genel ahlâka aykırılık ve gabini düzenleyen BGB § 138, kamu düzenini de kapsayacak şekilde yorumlanmakta;⁴³² yine *Fransız* hukukunda, kavram, genel ahlâk kurallarının bilhassa cinsel ahlâka ait bir türü olarak kabul edilmektedir⁴³³.

Türk ve İsviçre hukuklarında ise kamu düzenine aykırılık, Anayasanın öngördüğü özgürlükçü, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti düzenine aykırılık

sözleşmenin sonradan kamu düzenine ilişkin bir kurala aykırı sayılması, sözleşme borçlusu açısından kusursuz imkansızlık sayılabilir ve bu takdirde BK.m.117/I gereğince işlem yapılabilir. **Hatemi**, sh.44-46.

⁴³² Aslında Alman Medeni kanunun (BGB) hazırlık çalışmalarında sosyalist parlamenterler kamu düzeni kavramının metne alınmasını önermiştir. Çünkü, genel ahlak kurallarıyla ilgili içtihatlar belli bir sınıf adaletini dolaylı olarak sağlamaktadır. Buna karşılık belirsiz olan kamu düzeni kavramının mahkeme salonlarına çok fazla yasal tartışmayı sokacağı düşüncesiyle kavram metne alınmamıştır. Simitis ise, genel ahlâk kavramının kısmi olarak kamu düzeni ile aynı olduğunu çünkü hukuki ahlakın, toplumdaki sosyal ve ekonomik şartlara uygunluğu gerekli kıldığını belirtmektedir. Bu yazarın görüşünün ardından kamu düzeni kavramı doktrinde daha sık görülmeye başlamıştır. **Zufferey-Werro**, sh.121, dipn.26. **Simitis**, Guten Sitten und Ordre Public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. I BGB, Marburg, 1960, sh.168. Ayrıca bkz. **Pédamon**, sh.82 vd; **Witz**, sh.217 vd; **Ferrand**, sh.250 vd.

⁴³³ Ancak günümüzde Fransa’da sosyal (politik) ahlâk (örneğin evliliğin kurulmasındaki gibi alanlarda) ve ekonomik ahlâk (örneğin, rekabet, ücret gibi alanlarda) anlayışlarının da varlığı ile daha modern bir kamu düzeni anlayışı doğmuştur. Buna göre, genel ahlâk kuralları, kamu düzenini oluşturan öğelerden biridir. Genel olarak Fransız hukukunda kamu düzeni kavramı, devletin korunması, ailenin korunması ve ahlakın korunmasından oluşan zaman zaman mesleki kamu düzeni kurallarını da kapsayan *klasik kamu düzeni ile*, ekonomik kamu düzeni olarak ikiye ayrılmaktadır. Bkz. yukarıda § I, II, A, 2. **Terre/Simler/Lequette**, sh.376 vd; **Flour/Aubert/Savaux**, sh.203 vd; **Catala**, sh.1-14; **Darmaisin**, sh.53 vd; **Malinvaud**, sh.181; **Alland**, sh.7; **Schmidt-Szolewski**, sh. 205 vd; **Senn**, sh.53; **Fenouillet**, sh.487; **Ripert**, sh. 37 vd.; **Moradiere**, sh.767-753; cinsel ahlâk ve kamu düzeni hakkında ise bkz. **Ost/Kerchove**, sh.54-58. Ayrıca Fransız hukukunda kamu düzenine aykırılığın butlan yaptırımı hakkında bkz. **Kayser**, sh.1115 vd. Öte yandan Fransa’da son dönemde kamu düzeni kavramının genel ahlâk kurallarının önüne geçmesi eğilimi de bulunmaktadır. Bu konuda özel olarak bkz. **Fenouillet**, Les Bonnes Mœurs Sont Mortes! Vive l’ordre Public Philanthropique! Le Droit Prive français A la Fin du XX e Siècle Etudes Offertes À Pierre Catala, Paris, 2001, sh.487-528.

olarak yorumlanmakta⁴³⁴ ve içeriği kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler BK.m.19 hükmü kapsamında emredici kuralların ihlali sebebiyle hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu nedenle BK.m.20 hükmünde açıkça kamu düzeni kavramından bahsedilmese de, hüküm kamu düzeni için de uygulanmaktadır⁴³⁵. O halde yanıtlanması gereken sorular kanaatimizce, bizim hukuk sistemimizde kamu düzenini belirleyici unsurların neler olduğu; bu anlamda kavramın emredici niteliği gereği hukuka aykırılık yanında aslında gereksiz bir düzenleme içerip içermediği ve genel ahlâk kurallarıyla olan benzerlikleri ile farklılıklarıdır.

Kamu düzeni kavramı her şeyden önce emredici hukuk kuralları tarafından açıklanmaktadır. Elbette ki kamu düzenine ait olmayan emredici hükümler bulunduğu gibi⁴³⁶, henüz kanunlaştırılmamış kamu düzeni kuralları da mevcuttur⁴³⁷. Çünkü kamu düzeni kavramının kaynağı bir kanun hükmü, toplumdaki etik anlayış ya da temel hukuk ilkeleri olabilir⁴³⁸. Zaten kavramın amacı, toplumda geçerli olan hukuk ilkeleri ile kurumlarının korunmasıdır⁴³⁹.

⁴³⁴ Serozan, sh.271.

⁴³⁵ Gueinheim, sh.36; Bonomi, sh.184.

⁴³⁶ Engel, sh.113.

⁴³⁷ Aynı yönde bkz. Roy/Schoenenberger, sh.40. Yazara göre zaten yazılı olanlar hukuka aykırılık ile kesişirler. Bunun için yazılı olmayanlar devletin düzenli işleyebilmesi ve temel menfaatlerin korunması için tıpkı yazılı kamu düzeni kuralları gibi uyulması zorunlu ve emredici hükümlerdir. Oğuzman/Öz, sh.73; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 402. Buna karşılık aksi yönde bkz. Hatemi, sh. 39. Yazara göre, yazılı hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kuralı yoktur. BK.m.19'da kamu düzenine ilişkin ve ihlal edilmeleri kamu düzenine aykırı kanun kurallarından söz edilmiştir. Yoksa yazılı hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kurallarından değil. O halde bir işlem, kanuna aykırı değilse, kamu düzenine aykırı olamaz. Yani kanuna aykırılık kamu düzenini de kapsayan geniş bir kavramdır. Bu nedenle hangi kuralların kamu düzenine ilişkin olduğunu belirleyebilmek için hakime yol gösterecek ilkelere ihtiyaç vardır. Pozitif hukukun bütün yazılı kuralları kamu düzenine ilişkin değildir. Bunlar: 1) Emredici ise kamu düzeniyle ilgilidir 2) Emredici değilse, Anayasadan çıkan kıstaslar ile Any.m.8 ve m.11'e paralel anayasanın sözüne ve ruhuna uygun sınırlar olmalıdır ve hakimın kişisel yorumuna açık olmamalıdır. Hatemi, sh.41-42.

⁴³⁸ Bu konuda bkz. Malaurie, sh.14 vd. Örneğin, taraflardan birinin diğerinin işlediği trafik suçundan doğan borcu ödeyeceği yönünde yapılan bir anlaşma; yine iki kişinin hacizden mal kaçırmak yönünde yaptıkları anlaşma ya da bir kimsenin kanunen şahitliği zorunlu olmasına rağmen, şahitlik yapmaya gelmesi için bir kişiye para ödeme borcu altına girmesi durumlarında, emredici pozitif

Zaten her ne kadar pozitif hukukun emredici kurallarının bir kısmı ile mahkeme içtihatları kamu düzeninin, başlıca iki kaynağını oluştursalar da, kavram aslında takdiridir ve kesin olarak sınırlamaya imkan yoktur⁴⁴⁰. Bu nedenle bireyin sözleşme özgürlüğü ile topluma ait bir menfaati çatıştığında hakim öncelikle *hangi kamusal değerlerin ihlal edildiğine* bakmak zorundadır⁴⁴¹. Bu temel değerler kısmen genel ahlâk kuralları (ya da kişilik hakları) tarafından da korunuyor olabilir ki kanaatimizce bu durumun asıl sebebi her iki kavramın da *temelde pozitif anayasal değer yargıları ile* somutlaştırılıyor olmalarıdır⁴⁴². Bu nedenle kanaatimizce de kamu düzeni kavramı, sadece hangi hükümlerin emredici niteliğe sahip olduklarını belirlemede rol oynamaz, aynı zamanda değer yargılarına da göndermede bulunarak, sözleşmenin içerik denetiminde, emredici kurallardan bağımsız bir görev de üstlenir. Kanun koyucunun BK.m.19/2 hükmünde her iki kavramı da ayrı ayrı belirtmesi bu nedenle rastlantı değildir⁴⁴³.

yasal hükümler ihlal edilmemekte ancak, devletin alacaklıyı korumak, cezaların şahsiliği, adaletin bütünlüğü gibi korumak istediği bazı kamusal amaçlar, ilkeler ve dolayısıyla kamu düzeni ihlal edilmektedir. Örnekler için bkz. **Gugeinheim**, sh.37; ayrıca farklı örnekler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.123, 124.

⁴³⁹ **Erten**, sh.86, dipn.95’de atıf yapılan: **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. neubearbeitete Auflage, München 1970, sh.41.

⁴⁴⁰ **Schwarz**, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, sh.343; **Karahasan**, sh.236.

⁴⁴¹ **Erten**, sh.86-87. Bu anlamda örneğin, YHGK 4.12.1996 T, E.1996/3-717, K.1996/850’da tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları, borcun ifasında çıkmış ya da çıkacak yasal hükümlerin kabul edileceği yönündeki bir hüküm, sözleşme özgürlüğü sınırları içinde geçerli kabul edilmekte ve hem kamu düzeni yönünden hem de genel ahlâk kuralları ile kişilik hakları bakımından bir aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü taraflar, sözleşmedeki edimlerinin gelecekte çıkacak bir kanun, yönetmelik, tüzük ya da kararname hükümlerine göre belirlenebileceğini kararlaştırabilirler ve bu durum kamusal değerlerin ihlali anlamına gelmez.

⁴⁴² Bu noktada biz bazı yazarların, genel ahlâk kuralları yönünden uygulanabilirlik denetimi olarak kabul ettikleri anayasal değerlerin söz konusu kavramların içeriklerini somutlaştıramayacakları görüşüne katılmamaktayız. Hatemi’e göre ahlâk normlarının uygulanabilirliği denetlenirken esas alınacak olan anayasal düzendir. Anayasal düzene aykırı ahlâk kurallarının uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla anayasal normların bir yandan ahlâka aykırılık kavramı ile özel hukuka aktarılması diğer yandan da yine aynı normların bu kavramın sınırlarını belirlemesi yöntem açısından tutarlı bir yaklaşım değildir. **Hatemi**, sh.104 vd. Aynı yönde bkz. **Atamer**, sh.153.

⁴⁴³ Kaldı ki Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da, her ne kadar BK.m.19 hükmünün karşılığı olan Tasarı m.26’da sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenmese de, BK.m.20/1 hükmünü karşılayan

Bu doğrultuda genel ahlâk kuralları ile kamu düzeni kuralları arasında bazı benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle sözleşme özgürlüğünün içerik denetiminde rol oynayan ve nisbi olan iki kavramın da amaç yönünden benzerlikleri vardır. Nitekim kamu düzeni kuralları örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını korumak; genel ahlâk kuralları ise, bireyin ve toplumun yararını sağlamak ve zararını önlemek amaçlarına sahiptir⁴⁴⁴. Yargıtay kararlarında incelendiğinde kamu düzenine aykırılığın “*genel ahlâk kuralları, Türk kanunlarının ana kuralları veya kanunların dayanağı genel zihniyetle bağdaşmazlık*” şeklinde ifade edildiği görülür⁴⁴⁵. Ancak kanaatimizce bu açıklamadan kamu düzeni kavramının genel ahlâk kurallarını kapsayan üst bir kavram olduğu sonucuna ulaşılamaz. Çünkü her ne kadar iki kavrama ait korunan ortak değerler bulunsa da; genel ahlâk kurallarının aksine, kamu düzeni hiçbir sosyal norm içermez ve bireylerin herhangi bir ahlâk anlayışını teminat altına almaz. Hatta toplumun düzgün işleyişi için gerekli olmalarına rağmen, sosyal ve ahlâki kurallar bir kamusal menfaati ifade ettiğinde dahi sonuç değişmeyecektir⁴⁴⁶. Çünkü bu menfaatler, genel ahlâk kuralları içinde değerlendirilen ortak ve toplumsal nitelikleriyle dikkate alınırlar. Örneğin, evlilik ve aile üzerine kurulu değerler ya da cinsellikte olduğu gibi. (§ 4, II, 3) Kaldı ki, genel ahlâk kuralları toplumun etik temelleri ve manevi yönüyle ilgili iken; kamu düzeni, toplumun maddi temellerini oluşturur⁴⁴⁷.

Tasarı m.27/1 hükmünde de aynı ayırım yapılmaktadır: “Kanunun *emredici hükümlerine*, ahlâka, *kamu düzenine*, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler batıldır.”

⁴⁴⁴ **Hatemi**, sh.55.

⁴⁴⁵ Örnek olarak bkz. YİBGK, 14.1.1943 T, E.1943/30, K.1948/2; Yarg. 2.HD, 23.3.1998 T, E.1998/2474, K.1998/3498.

⁴⁴⁶ **Zufferey-Werro**, sh.120. Ayrıca bkz. ATF 100 1974 IV 236.

⁴⁴⁷ **Uygun**, sh.131; **Bulut**, sh.33.

Öte yandan her iki kavram da hakim için birer *genel atıf hükmüdür*. Bir başka deyişle hakim açısından gerek genel ahlâk gerekse kamu düzeni kuralları somut meseleye doğrudan uygulanamayan *intra legem bir boşluğa* işaret ederler. Her ne kadar iki hüküm de *somutlaştırılma* ihtiyacı taşısa da (§ 4, II); farkları, genel ahlâk kurallarında hakim boşluğu sosyolojik kurallar ve ahlâk kuralları gibi hukuk dışı değerlere gönderme ile doldurması (§ 3, II, B, 2); buna karşılık kamu düzeninde ise boşluğun sadece hukuki değerler ile belirlenebilmesidir⁴⁴⁸. Bunun sebebi kanaatimizce, toplumsal menfaatlerin korunmasında, her zaman sosyal hayatın sürekliliğini sağlayan; hukuk düzeninin temel alınması gerekliliğidir.

İsviçre hukukunda *Oser/Schönenberger* gibi, kimi yazarlar genel ahlâk kuralları ile kamu düzeni arasında bir ilişki sorunu bulunmadığını, CO.m.19/2 hükmünün tamamen yorumlayıcı bir işlevi olduğunu ve her iki kavramın da birbirinin yerini tutabileceğini düşünmekte; buna karşılık, *Egger, Becker, Gauch/Schluep* gibi yazarlar ise, genel ahlâk kurallarının kişilik hakları ve kamu düzenini kapsayan bir üst kavram olduğunu savunmaktadırlar⁴⁴⁹. Kanaatimizce her ne kadar iki kavramın zaman zaman örtüştüğü ve ortak değerleri koruduğu görülse de, birbirinin yerini tutabilmesi mümkün değildir. Zira ne genel ahlâk kuralları bütün toplumsal menfaatleri koruyabilir; ne de kamu düzeni bireysel değer yargılarına ya da sosyolojik kuralların etkilerine cevap verebilir. Buna karşılık, genel ahlâk kurallarının kamu düzeni ve kişilik haklarını kapsayan üst bir kavram olarak değerlendirilmesi yönündeki görüşe kanaatimizce, açık bir kamu düzeni kavramı

⁴⁴⁸ **Zufferey-Werro**, sh.118-119. Kamu düzeninin temel hukuki değerlere göndermede bulunması hakkında bkz. **Tercier**, sh.106.

⁴⁴⁹ Söz konusu yazarlar ve diğerleri hakkında bkz. **Zufferey-Werro**, sh.120-121; Ayrıca aynı yönde bkz. **Erten**, sh.76 dipn.71.

içermeyen Alman hukuku ve benzeri hukuk sistemlerinin etkisindeki bir yaklaşımdır⁴⁵⁰. Çünkü kamu düzeni, yorum aracı olmanın ötesinde ayrıca BK.m.19/2 hükmünde düzenlenen, bağımsız bir denetim aracıdır da.

Yine belirtmek gerekir ki, BK.m.19 hükmü kapsamında aslında her iki değere aykırılık da emredici bir hukuk normunun ihlali ve dolayısıyla hukuka aykırılık yaratır. Bu sebeple yukarıda genel ahlâk kuralları bakımından belirttiğimiz husus (§ 5, I), kamu düzeni kavramı için de geçerlidir. Buna göre, sözleşmeler açık bir yasal hükmü ihlal ettiğinde hükmün ratio legis'i genel ahlâk kurallarını ya da kamu düzeninin korumak amacı taşıyor olabilir. Ancak *yasal hükmün varlığı halinde öncelik hukuka aykırılık yönünde olacağından, hakimin ayrıca kamu düzeni ya da genel ahlâk kurallarının araştırmasına ihtiyaç yoktur*. O halde kamu düzeni kavramı, genel ahlâk gibi, açık bir yasal hükmün yokluğu halinde, hakim tarafından sözleşmenin içerik denetiminde ayrıca dikkate alınmalıdır.

III- Kişilik Hakları ve Genel Ahlâka Aykırılık

Her şeyden önce *kişilik*, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkların yani *kişi* kavramının üstünde bir bütünlüğü ifade eder. Bu sebeple ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsun her zaman için kişiliği oluşturan bazı unsurlara ihtiyaç vardır. Bunlar *kişisel durumlar, ehliyetler, maddi, manevi ve ekonomik değerlerdir*. İşte bu unsurların tamamı üzerinde hukuken korunan menfaatler kişilik haklarını oluşturur. Bir başka ifadeyle *kişilik hakları* söz konusu bütünlük ile kişisel değerler arasındaki

⁴⁵⁰ Ya da tam aksi yönde, genel ahlâk kurallarının, kamu düzenini oluşturan bir unsur şeklinde kamu düzeni kavramı içinde erimesi de ancak Fransız hukukunun tesiri altındaki bir görüş olabilir. Biz bu iki değerlendirmenin de Türk-İsviçre hukuklarında isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

ilişkilerdir⁴⁵¹ ve bu değerlerin ortak özellikleri⁴⁵² Anayasanın 12 inci maddesinde de belirtildiği üzere “*dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez*” nitelikte olmalarıdır⁴⁵³.

Bu sebeple değerlerin, haklara bir aykırılık oluşmasa bile, her şeyden önce ait oldukları kişilerin şahsiyetlerinden ayrılamayan, “*mutlak*”⁴⁵⁴ bir nitelikleri vardır. Zaten herhangi bir şekilde sınırlanamayacakları gibi, sözleşme taahhüdüne konu olamama nedenleri de budur. Çünkü, “*devredilemez*”⁴⁵⁵ nitelikleri vardır ve feragat edilmeleri; kazandırıcı işleme konu olmaları ya da miras yoluyla geçmeleri söz

⁴⁵¹ Bu ilişkinin sonucu kişilik hakkının, değerlerin tümü üzerinde geçerli olan bir hak mı yoksa kişisel değerlerin her biri üzerinde ayrı ayrı haklar mı bulunduğu konusunda bkz. **Zevkliler**, sh.306; ayrıca bkz. **Akipek/Akıntürk**, sh.360 vd.

⁴⁵² Bu özellikler hakkında bkz. **Zufferey-Werro**, sh.171; **Tercier**, (personnalité), sh.48 vd, **Ost/Kerchove**, sh.91; **Deschenaux/Steinauer**, sh.165 vd; **A.Bucher**,sh.126 vd; **Levy**, sh.57 vd; **Thévenaz**, sh.63 vd.

⁴⁵³ Aslında her bireyin kişiliğinden ayrılamayan bazı haklara sahip olması görüşü tabi hukuk felsefesinden temel alır ve bu haklara “*insan hakları*” denir. Buna karşılık “*bireysel özgürlük*” kavramının ortaya çıkışı ve özgürlüklerin ilk kez “*hukuken korunan menfaatler (değerler)*” seviyesine çıkarılmaları ise XVIII inci yüzyılda, kişilerin hukukun konusu olarak kabul edilmeye başlamaları ve eşitlik ilkeleri ile hayata geçirilmiştir. Bu menfaatler bugün kamu hukuku yönünden “*temel hak ve özgürlükler*” olarak adlandırdığımız değerlerdir. Bu anlamda insan hakları ve temel hak ve özgürlükler, T.C. Anayasasında öncelikle Cumhuriyetin nitelikleri içinde “devletin insan haklarına saygılı olduğunu” belirten 2 inci maddesi ile düzenlenmekte; ardından kanun koyucu hukuk düzeninin koruduğu ve teminat altına aldığı, yasama ve yürütme organlarını tasarrufu ile kolaylıkla kaldırılamayacak olan temel hak ve özgürlük değerlerini 12 inci ve 74 üncü maddeleri arasında hükme bağlar.

⁴⁵⁴ Mutlak hak olmaları kişilik haklarının, ihlal eden ‘herkese’ karşı ileri sürülebilmelerini de ifade eder. (MK.m.24/f.1) ATF 123/1997 III 354/357 = JdT 1998 I 333/334 Bu anlamda, kişilik haklarının ‘*koruyucu*’ bir nitelikleri de vardır ve böylece üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı bireyi korurlar. **A.Bucher**, sh.126; **Deschenaux/Steinauer**, sh.165; **Tercier**, (personnalité), sh.49. Böylece kişisel hakların gelişimi, üçüncü kişilerin haklarına aykırılık kapsamında teyit edilir. Ayrıca korunan bu menfaatler mutlak nitelikleri sebebiyle “*zamanaşımına*” da uğramazlar. ATF 123/1997 III 204; ATF 118/1992 II 1/4 = JdT 1995 I 545; ATF 109/1983 II 418/422 =JdT 1984 I 630/631; **Deschenaux/Steinauer**, sh.168.

⁴⁵⁵ Temel haklarla ilgili bu özellik ilk kez yine tabi hukuk görüşünü savunan yazalar tarafından ortaya atılmıştır. Bireyleri bütün güçlere karşı korumak için, bazı tabi hakların insan doğası gereği devredilemez şekilde kişiye bağlı olduklarını kabul etmişlerdir. **Thévenaz**, sh. 47. Ancak, hak sahipleri bazı durumlarda, menfaatin kullanımını (isim hakkı gibi) bir üçüncü kişiye geçirebilir. Yine de unutmamak gerekir ki, hak her zaman kendine ait kalacaktır. ATF 118/1992 II 1/5 =JdT 1995 I 545; ATF 95/1969 II 481/503=JdT 1971 I 226/233; ATF 84/1958 II 570/573 =JdT 1959 I 583. Hak sahiplerinin ölümüyle bu haklar da sona erer. Kural olarak, mirasçılar kişi adına ne dava açabilir, ne de hakkı ihlal edilen kişi yerine devam ettirebilir. **A.Bucher**, sh.138.

konusu değildir. Kaldı ki bu menfaatlerin herhangi bir “*mameleki varlıkları*”⁴⁵⁶ yani nakdi veya ekonomik değerleri de yoktur.

Kişilik haklarının bütün bu özellikleri, hakların sadece üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda bizzat kişinin kendi tasarruflarına karşı da sınırlanması sonucunu doğurmuştur. Nitekim MK’ un 23 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı sınırlayamaz*” ifadesi kişilik kavramına dahil olan değerleri tek tek belirtmeksizin genel bir hükümle kişiliğin dahili korunmasını düzenlemektedir⁴⁵⁷. Bu nedenle korunacak olan *maddi, manevi ya da ekonomik* değerlerin tespiti bizzat temel hak ve özgürlüklerin teminatı Anayasal hükümler ve ilkelerle mümkündür⁴⁵⁸. O halde, gerek kişisel özgürlüklerle ilgili genel bir hüküm olan Medenî Kanun m.23/II; gerekse kişiye ait özgürlüklerden birinin yani sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen BK.m.19/II hükümleri için de genel ahlâk kurallarının koruduğu değerler birbirinden farklı değildir.

⁴⁵⁶ Bu sebeple örneğin kişilik hakları ihlal edilen bir kişi, sadece maddi menfaatlerinin zarar gördüğünü ileri sürerek iddialarını yalnızca MK.m.24’e dayandıramayacaktır. ATF 114/1988 II 91/105 = JdT 1988 I 310/315; ATF 110/1984 II 411/415 = JdT 1985 I 203/208. Bu durum iki sonucu beraberinde getirir: 1) Elbette ki kişisel menfaatlere aykırı bir durum (örn: vücut bütünlüğüne), belli bir nakdi zararı da beraberinde getirebilir. (örn: tedavi masrafları); ancak bu durum, söz konusu menfaatin aynı anda malvarlığının ve kişiliğin de parçası olmasından kaynaklanmaktadır; gözümüzde canlandırdığımız haliyle, şahsi olarak, bu menfaatin hiçbir ekonomik değeri yoktur. 2) Yine, şahsi bir menfaate aykırılık kapsamında zarar gören kişiye, zararın tazmini için herhangi bir miktarın ödenmesi sağlanabilir. Ancak, anımsamak gereklidir ki bu meblağ, bütün nakdi değerlerden mahrum olan bir menfaat kaybının dolaylı karşılığı (denkleştirme) üzerine kurulu; geçici bir çaredir (*pis-aller*). **Deschenaux/Steinauer**, sh.166; **Tercier**, (personnalité), sh.50.

⁴⁵⁷ Kişiliğin dışı karşı korunması yanında, içe karşı yani dahili korunmasını terminolojide ilk kullanan kişi Tuor olmuştur. Ancak bu ikili ayırım her hangi bir zıtlık yaratmaz, çünkü MK.m.23/II durumunda dahi üçüncü kişilerle sözleşme yapan taraf, kişilik haklarına aykırılık oluşturan taahhüt üzerinden korunmaya devam eder. Bu durumda sadece, kişilik hakları bakımından istenmeyen duruma yerleşen bizzat kişinin kendisidir. **Zufferey-Werro**, sh. 126-127.

⁴⁵⁸ **Grossen**, sh.5 a.

Buna karşın, kimi yazarlar⁴⁵⁹ MK.m.23/2 hükmünün *sadece karar özgürlüğünü* koruduğunu düşünmektedirler. Bu yazarlara göre hüküm, kişilerin tabi olacakları taahhütlere kendi istedikleri gibi karar verebilme yetkilerini ifade eder. Bu anlamda bir sözleşme eğer borçlunun karar özgürlüğünü kanuna ya da genel ahlâk kurallarına aykırı şekilde sınırlıyorsa, “kişilik haklarına aykırılık” taşıyacaktır. Ancak biz hükmün sadece bir kişinin kendi istediği gibi karar verebilme özgürlüğünü değil, kişiliğe bağlı tüm değerleri koruduğu düşüncesiyle bu görüşe katılmıyoruz⁴⁶⁰. (§ 7, III, A)

O halde, sözleşme hukuku alanında özel olarak uygulanması gereken ve genel bir deyim şeklinde ifade bulan kişilik hakları ile genel ahlâk kuralları arasındaki ilişki nedir? Genel ahlâk kuralları yanında kişilik haklarına da göndermede bulunan BK.m.19/II hükmü ile MK.m.23/II düzenlemesi arasındaki bağlantı, benzerlik ve farklılıklar var mıdır? Her şeyden önce, sözleşme hukuku yönünden kişilik hakları kavramı incelediğinde BK.m.19/II hükmünün, kişiliğe bağlı hakları düzenleyen MK.m.23/II hükmüne göndermede bulunduğu görülür. Bu anlamda kişilik hakları da aslında genel ahlâk kuralları gibi, hem *genel bir çerçeve hüküm*⁴⁶¹ hem de *hukuki olan ve hukuki olmayan değerlere* göndermede bulunan bir *atıf hükmüdür*. Kişilik haklarının atıf hükmü olma özelliğinin iki kaynağı vardır. İlki *kişilik haklarına atıfta*

⁴⁵⁹ A.Bucher, sh.120; Zufferey-Werro, sh.126; Jaggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Rapport à la Société suisse des juristes, RDS, 1960 II 199a; Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, Bern, 1993, sh.121.

⁴⁶⁰ Aynı yönde bkz. Thévenaz, sh.65.

⁴⁶¹ Bu özelliğiyle hüküm hakime özel bir durumda, bulunulan şartları dikkate alarak, kanunun sağladığı korumanın içeriğini belirleme görevi verir. Grossen, sh.76; Deschenaux/Steinauer, sh.93. Buna karşılık günümüzde artık içtihatlardaki gelişmelere ve uygulamalara paralel olarak kavramın içeriğini oluşturan değerler üzerinde bir çok ortak değer belirlenmiş ve sayılmaktadır.

*bulunan BK'nun 19 uncu maddesi*⁴⁶²; ikincisi ise, kendi içinde hukuka ve genel ahlâk kurallarına atıf yapan MK'.m.23 hükmüdür. Buna göre eğer hakim için kişilik haklarını ihlal eden somut meselede açık yasal bir düzenleme varsa hukuka aykırılık; yoksa genel ahlâk kurallarına aykırılık mevcut olacaktır. Dolayısıyla, her iki ihtimale göre hüküm kendi içinde, hem hukuki olan hem de hukuki olmayan değerlere atıf içerir⁴⁶³.

Bugün sözleşme özgürlüğünün sınırlarını ortaya koyan bu iki kavram ve hüküm arasındaki gerçek organik bağ ise aslında temelini mehz İsviçre Borçlar Kanunundan önce yürürlükte olan 1881 tarihli Federal Borçlar Kanunundan almaktadır. Her iki hükmün de tarihi kökeni aynıdır. Buna göre İsviçre'de kanunun 17 inci maddesi kişilik haklarına ayrıca değinmeden şu şekilde düzenlenmekte idi: *“Bir sözleşme imkansız, hukuka ya da ahlâk kurallarına aykırı konuya sahip olamaz.”* O dönemde Federal mahkeme içtihatlarında tereddüde yer bırakmadan, taraf özgürlüklerine aşırı aykırılık taşıyan taahhütlerin, genel ahlâk kurallarını ihlal ettikleri ve batıl oldukları kabul edilmekteydi⁴⁶⁴. (§ 8, I) Buna karşılık kanunlaştırma aşamalarına gelindiğinde, CO.m.19 hükmü kanun koyucu tarafından sistematik bir şekilde değil, sadece hakime emredici hukuku belirleyici bütün kriterleri sağlamak⁴⁶⁵

⁴⁶² Bu anlamda, üçüncü bir kişinin kişilik haklarına aykırılık taşıyan bir sözleşme, örneğin bir ünlüye iftira atmak için gazeteciyle yapılan anlaşma, MK.m.23'e göre, kişilik haklarına değil, BK.m.19 anlamında hukuka aykırıdır. Çünkü sonuç olarak bir taahhüt konusu, bazen üçüncü kişinin kişiliğine aykırılık yoğunluğu ile de kanuna aykırı olabilir. Bu durumda sözleşme BK.m.20 anlamında batıldır çünkü BK.m.19 veya m.20 hukuka aykırılığa aynı anlamı verir. **Thévenaz**, sh.129.

⁴⁶³ **Zufferey-Werro**, sh.128-129.

⁴⁶⁴ **Reichard**, sh.11 vd. ATF 40/1914 II 233 (238) = JdT 1915 I 71 (76).

⁴⁶⁵ **Zufferey-Werro**, sh.131, dipn.20'de belirtilen: **Broggini**; Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero, Mélanges Schönenberger, Fribourg, 1968, sh.115. Ayrıca Eugen Huber tarafından ilk kez düzenlenerek metne alınan CC m.27 hükmünün kanunlaştırma aşamaları için bkz. **Thévenaz**, sh.54-61.

ve özellikle kişilik haklarına dikkatini çekmek amacıyla kaleme alınmıştır⁴⁶⁶. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre, kişilik hakları, aslında genel ahlâk kurallarının bir *alt-kavramını* (*un sous-concept*) oluşturur⁴⁶⁷. Zira bugün içtihatlar incelediğinde hala, en önemli genel ahlâka aykırılık hallerinin “özgürlüklerin aşırı ihlallerinden” doğduğu görülür⁴⁶⁸. Buna karşılık unutmamak gerekir ki genel ahlâk kuralları sadece kişilik haklarına bağlı değerleri değil aynı zamanda aile, cinsellik gibi toplumsal başka değerleri de korur. (§4, II, B) Zaten kişilik hakları ile genel ahlâk kuralları arasındaki ayırım noktasını yaratan da bu değerlerdir. O halde toplumun düzgün işleyişi için gerekli olan ve toplumsal güven çerçevesinde ortaya konulan bu değerlere aykırı tüm sözleşmeler kamusal vicdanda kabul edilemez; dolayısıyla genel ahlâk kurallarına da aykırıdır⁴⁶⁹. Bir başka ifadeyle MK.m.23 anlamında kişilik haklarına aykırılık yaratan bir durum, açık bir yasal hükmü ihlal etmedikçe genel ahlâk kurallarının da koruması altındadır⁴⁷⁰. Nitekim kişilik haklarına aykırılık kavramını metne almayan Alman hukukunda da BGB § 138 genel ahlâk kuralları ile aynı hukuki varlıkları korumakta ve anayasal değerlerle kavramı

⁴⁶⁶ Kanunlaştırma ve yapılan tasarı çalışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.54-58.

⁴⁶⁷ **Zufferey-Werro**, sh.129.

⁴⁶⁸ Bu sebeple Gauch/Schluep/Tercier gibi kimi yazarlar genel ahlâka aykırılık hallerini, kişilik haklarına aykırılık ve diğerleri şeklinde ikiye ayırarak incelemektedir. **Gauch/Schluep/Tercier**, sh.72. Buna karşılık **Guillod/Steffen**, CO.m.19 ve m.20 hükümlerine göre sözleşme özgürlüğünün sınırlarını, hukuka aykırılık, kamu düzeni, genel ahlâk ve kişilik hakları ile ayrı ayrı sınırlamakta bunlara imkansızlığı da eklemektedir. **Guillod/Steffen**, (Commentaire Romand), sh. 132-136.

⁴⁶⁹ **Ost/Kerchove**, sh.52; ayrıca **Grzegorzcyk**, La théorie générale des valeurs et le droit, Paris, 1982, sh.188.

⁴⁷⁰ Örnek olarak bkz. Yarg. 4. HD 13.3.1971 T, E.12928, K. 3376. Zufferey-Werro, böyle bir durumda genel ahlâk kuralları yerine kamu düzeninin koruma sağlayıp sağlamayacağı sorusuna kamu düzeni kavramına verdiği anlam ile yanıt bulmaktadır. Yazara göre kamu düzeni, bütün hukuka aykırılıkların yokluğu halinde devlet kurumlarının işleyişine aykırılık söz konusu olduğunda mevcuttur. Eğer bir sözleşme kişilik haklarını açık bir yasal hükme aykırılık taşımadan ihlal ediyorsa, ancak genel ahlâk kurallarına aykırı olabilir çünkü CC.m.27/2 kamu düzenini açıklamaz ve karar özgürlüğü kurumların korunması için vazgeçilmez bir değer değildir. Bu sistem, kişilik haklarının hukuk düzenini temel değerlerinden olması ve geniş anlamda kamu düzeni kavramına dahil olması konusunda bir tereddüt yaratmaz, çünkü toplum bunları terk edemez. **Zufferey-Werro**, sh.127.

somutlaştırmaktadır⁴⁷¹. Ancak Türk ve İsviçre hukuku yönünden farklı iki hükmün varlığı, MK.m.23 düzenlemesine aykırılığın, BK.m.20 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir.

Buna göre, aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere (§8, I, C, 2) *Eugen Bucher*, MK.m.23 ve BK.m.20 hükümlerinin genel ahlâk kurallarına verdiği anlamın aynı olmadığını; MK.m.23'ün bireysel özgürlükleri BK.m.20'nin ise genel menfaatleri teminat altına aldığını düşünmektedir. Bu nedenle yazara göre, özgürlükler yönünden aşırılık sebebiyle kabul edilemez olan taahhütler için, kişilik hakları ihlal edilen taraf lehine sözleşmenin butlanı değil; ilişkiyi sona erdirmeye imkanı doğar. Çünkü aksi yöndeki bir imkan, kişilik haklarını ihlal eden taraf yönünden de sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı yaratacaktır ki bu durum hükmün koruma amacına tamamen aykırılık yaratır⁴⁷². Bu nedenle BK.m.20 hükmü kapsamında bir değerlendirme yapılamaz. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, (§ 8, I, C, 3) her iki hüküm kapsamında değerlendirilen genel ahlâk kurallarının farklı içerikleri yoktur. Tek fark MK.m.23 hükmünün *kişilik haklarının*; buna karşılık BK.m.20'nin ise genel olarak *sözleşme içeriğinin* genel ahlâka aykırı *sınırlandırılmasında* uygulanmasıdır. Dolayısıyla MK.m.23 anlamında genel ahlâka aykırılık, BK.m.20 anlamında bir içerik sakatlığı nedenidir⁴⁷³. Bu nedenle somut olayda, MK.m.23/2 kapsamında, özgürlüğü aşırı derecede ihlal edilen kişi (§ 7, III) istemedikçe karşı taraf sözleşmenin genel ahlâka aykırı olduğunu (ya da hukuka aykırılığını) ileri süremez ya da hakim önündeki meselede re'sen dikkate alamaz.

⁴⁷¹ Bu konuda Alman hukuku ayırım ve örnekleri için bkz. **Pédamon**, sh. 84-88; **Ferrand**, sh.250-255; **Witz**, sh.220-237.

⁴⁷² **E.Bucher**, n.523 vd; **Thévenaz**, sh.108 vd; **Zufferey-Werro**, sh.356; **Deschenaux/Steinauer**, sh.97.

⁴⁷³ **Başpınar**, sh.141.

Oysa BK.m.20 düzenlemesine paralel olarak genel ahlâka aykırılık, sözleşmeye konu edimde (§ 7, I) ya da amaçta (§ 7, II) ortaya çıktığında ise herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim re'sen dikkate almak zorundadır.

Bu noktada BK.m.19 hükmü içinde kanun koyucunun kişilik haklarına yaptığı göndermenin gerekliliği; hatta MK.m.23/2 hükmüne hukuk düzeni içinde gerçekten ihtiyaç olup olmadığı da tartışılmaktadır. Özellikle *Zufferey-Werro*, BK.m.20 anlamında sözleşmenin içeriğinin, taahhütleri de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği kuralından yola çıkarak MK.m.23/2 hükmünün, kişileri aşırı taahhütlerin sonuçlarına karşı korumak için *gerekli olmadığı* neticesine ulaşır⁴⁷⁴. Ancak MK.m.23 hükmü, herhangi bir taahhüdün geçerliliğini araştırmak için değil, taahhüdün doğurduğu kişilik hakları ihlallerini araştırmak sebebiyle genel ahlâk kurallarına göndermede bulunmaktadır. Buna karşılık BK.m.19 ve m.20 hükümleri kapsamında genel olarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sınırlanır. Ayrıca bu tür bir hükmün yokluğu halinde, sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâk kurallarının (BK.m.19) boşluğu doldurabilecek olması hükmün gereksiz olduğu sonucunu da yaratmaz. Kaldı ki böyle bir gerekçelendirme pozitif hukukun üstünlüğü üzerine kurulu hukuk sistemlerine uygun da olmayacaktır⁴⁷⁵. Üstelik kişilik haklarının subjektif nitelikleri genel ahlâk kurallarının objektifliği ile de örtüşmeyebilir⁴⁷⁶. Bütün bu gerekçelerle biz, MK.m.23/II hükmünün gereksiz değil aksine kanun koyucu tarafından muhafaza edilmesi gereken bir hüküm olduğunu düşünmekteyiz.

⁴⁷⁴ Ayrıca yazara göre hükmün usule ait olmanın dışında pratik bir kapsamı yoktur; sadece gerçek ve tüzel kişiler için varlıklarını iddia ettikleri hakların tanınması için hakime başvuru imkanı verir ve bunu teminat altına alır; nihayetinde kanunlar ile genel ahlâk kurallarına atıfta bulunur ki bunlar zaten kanunların farklı yerlerinde kişiliği koruyan özel hükümler ile BK.m.20 içinde önceden ele alınmıştır. Bu sebeple yazar MK.m.23 hükmü için şu düzenlemeyi önermektedir: “*Kimse kısmen dahi hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçemez*”. *Zufferey-Werro*, sh.60-61; ayrıca sh.70 ve 72.

⁴⁷⁵ Aynı yönde bkz. *Thévenaz*, sh.131.

⁴⁷⁶ *Guillod/Steffen*, (Commentaire Romand), sh.135.

IV- Gabin ve Genel Ahlâka Aykırılık

Tarafların sözleşme özgürlüğü içinde, karşılıklı olarak edimlerini serbestçe belirleyebilme imkanlarına getirilen, gabin sınırlaması Borçlar Kanunumuzun 21 inci maddesinde düzenlenmektedir⁴⁷⁷. Gabinin gerçekleşebilmesi için öncelikle tarafların edimleri arasında açık bir oransızlık bulunmalıdır. (*objektif şart*) Söz konusu aşırı dengesizliğe karar verecek olan kişi ise hakimdir. Bu noktada baskın görüş, hakimın sadece asli edimleri değil, bütün olarak sözleşme hükümlerini birlikte değerlendirilerek oransızlığa karar vermesi yönündedir⁴⁷⁸. Gabinin gerçekleşmesi için gereken ikinci şart ise, zor durumda bulunma, hafiflik ya da tecrübesizlik sebebiyle taraflardan birinin sömürülmesi; ve sözleşmenin karşı tarafının bu durumdan haberdar olarak yararlanma amacı içinde bulunmasıdır⁴⁷⁹. (*sübjektif şart*) Söz konusu şartlar gerçekleştiğinde, gabinin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde

⁴⁷⁷ Gabinle ilgili bkz. **Eren**, sh.377 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 458 vd; **Oğuzman/Öz**, sh. 113 vd; **Kılıçoğlu**, sh. 149 vd; **Buz**, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, c. XIX, S.4, 1998, 53 vd. Ayrıca, **Schmidlin**, (Commentaire Romand), sh. 141 vd; **Engel**, sh. 298 vd; **Tercier**, sh. 157 vd.

⁴⁷⁸ **Engel**, sh.299; **Tercier**, sh. 158. Alman hukukunda bu durum BGB § 138/III hükmünde açıkça edim ile karşılığında elde edilen tüm malvarlığı menfaatleri arasındaki dengesizlik olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bu konuda bkz. **Arslan**, Gabinin Unsurları, Ankara, 2006; **Kalkan**, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2003.

⁴⁷⁹ Bu noktada sözleşmenin kurulmasına mutlaka sömürenin teşvik etmiş olması ya da sözleşmenin karşı tarafını ekonomik açıdan mahvetmek gibi bir kastı olmasına da gerek yoktur. Önemli olan karşı tarafın zayıflığından haberdar olmak ve bundan faydalanma amacı ile sözleşmeyi kurmaktır. **Atamer**, sh.165, dipn. 134. Bir başka ifadeyle “*Gabin vardır diyebilmek için, objektif şart ile birlikte sübjektif şart teşkil eden müzayaka veya hiffet veyahut tecrübesizlik hallerinden birinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması, diğer bir deyimle karşı tarafın durumunun istismar edilmesi lazımdır*” YHGK 5.2.1969 T, 66/1-263/90 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Yarg. 19.HD, 20.06.2005 T, E.2005/2795, K.2005/6854, Yarg.19.HD, 20.6.2005 T, E.2005/2795, K.2005/6854, YHGK 23.6.2004 T, E.2004/19-346, K.2004/374.

sömürülen kişi lehine *iptal* hakkı doğacaktır ve gabine uğrayan taraf, süresi içinde iptal hakkını kullanmaz ise sözleşme baştan itibaren geçerli sayılacaktır⁴⁸⁰.

Aslında tüm hukuk düzenlerinde gabinle ilgili yasal düzenlemeler kaynaklarını kamu düzeni ve ahlâk düzenine ilişkin temellerden alırlar. Bu sebeple örneğin, *Alman* hukukunda, gabin, genel ahlâka aykırılığın özel bir durumu olarak aynı hüküm içinde düzenlenmektedir. (*BGB § 138 f. 2*) Ancak gabin halinde hakim, genel ahlâk kuralları yönünden hangi ahlaki değerlerin ihlal edildiğini ayrıca araştırmasına artık gerek yoktur. Çünkü genel ahlâk kuralları ile korunan hukuki değerler, özgürlükler gibi kişisel menfaatler iken; gabin halinde korunan özel olarak ekonomik gücün kötüye kullanımı, zayıf tarafın korunması, asgari sosyal standartların muhafaza edilmesi ve sosyal adaletsizlikle mücadeledir⁴⁸¹. *Fransız* hukukunda ise, gabin genel bir hüküm ile düzenlenmemekte, sadece taşınmaz satımı gibi bazı özel sözleşmeler için belli kişilere tanınmaktadır (*örn.FMK.m.1674*). Buna karşılık mahkemeler, aşırı ücret indirimi hakkını tanımakta ancak bunu da sadece tek bir şarta bağlamaktadırlar: Edimler arasında ekonomik eşitsizlik. Bu sebeple sübjektif şartı içermeyen *Fransız* hukukunda gabin ile korunan durumlar, *Türk* ve *İsviçre* hukuklarında ancak BK'nun 19 uncu ve 20 inci maddeleri ile korunan halleri

⁴⁸⁰ **Eren**, sh. 381 vd. Öte yandan, doktrinde farklı teorik temellere dayanarak sözleşmenin kısmen ayakta tutulabilmesi imkanı da tartışılmaktadır. **Buz**, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, C.XIX, S:4, 1998, sh. 53 vd; **Kılıçoğlu**, sh. 153; **Schmidlin**, (Commentaire Romand), sh. 145; **Engel**, sh.306. Bu temeller, kısmi butlan (BK.m.20/II), hakim, hukuk yaratması (MK.m.1) ve gabin hükmünün (BK.m.21) amaca uygun sınırlandırılmasıdır. *E.Bucher* ise, kısmen iptal hakkının, BK.m.25 hükümlerine kıyas ile, sömürenin normal, eşit edimi teklif etmesi halinde, zarar görenin bunu kabul etmesi ile açıklamaktadır. **Schmidlin**, (Commentaire Romand), sh. 145-146; **Eren**, sh.382. *İsviçre* Federal mahkemesi de bu konuda ilk olarak 1997 yılında, kısmi butlanın kıyasen gabin içinde uygulanabileceği kararı ile gündeme getirmiştir. ATF 123 II 292, 297; ATF 84 II 1007, 112. Ancak mesele henüz *İsviçre*'de de kesinleşmemiştir.

⁴⁸¹ **Pédamon**, sh.87-88; **Ferrand**, sh.253-254; **Engel**, sh.299. Ancak unutmamak gerekir ki *Alman* hukukunda BGB § 138'in gabinle ilgili bu ikinci fıkrası, ilk fıkranın kapsamını sınırlamaz, sadece ilk fıkrada belirtilen genel hükmün somutlaştırıldığı bir durumu ortaya koyar. **Witz**, sh.226-228.

içerebilir. Buna karşılık BK'nun 21 inci madde ile korunanları kapsaması ise söz konusu değildir⁴⁸².

Mehaz *İsviçre* hukukunda ise ilgili 21 inci madde kabul edilmeden önce gabinli sözleşmeler, 1881 tarihli Borçlar kanunun 17 inci maddesine göre çözümlenmekte ve çoğunlukla genel ahlâka aykırı sayılmakta idi⁴⁸³. Ancak bugün artık ilgili yasal düzenlemeler ile Türk ve İsviçre hukuklarında gabinli sözleşmeler ve genel ahlâk kuralları arasında aynı benzerlikleri oluşturmak imkanı kalmamıştır. Çünkü BK.m.21 hükmü açıkça gerekli olan şartları yasal bir hüküm içinde düzenlemekte; böylece şekli olarak iki hukuki kurumu birbirinden oldukça net ayrılmaktadır. Bu nedenle gabin sadece sömürülen tarafa, bir yıllık süre içinde sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verirken; genel ahlâk kurallarının aykırılık herhangi bir süreye veya belli bir tarafın ileri sürmesine bağlı kalmaksızın hakim tarafından resen dahi sözleşme ilişkisini sona erdirebilir. Benzerlikleri ise, gerek gabinin gerekse genel ahlâk kurallarının sözleşmenin konusu üzerinde etkili olmalarından; edimler arasındaki oransızlık (§ 7, III, B); ve sözleşmenin sonucunda ulaşılan şartların (§ 7, II), her ikisi tarafından da dikkate alınmasından ve yine gabin ile

⁴⁸² Engel, sh.299; Zufferey-Werro, sh.136. Bu anlamda Fransız hukukunda gabin kavramı, Alman hukukuna göre oldukça dar anlaşılmakta; genellikle belli bir miktar para borcunda aşırı menfaat ihlalleriyle ilgili hükümleri kapsamaktadır. Pédamon, sh.87.

⁴⁸³ Buna göre somut meseleler ya farklı kantonlarda ceza hükümlerine aykırılık sebebiyle hukuka aykırı ya da tüm gabinli sözleşmelerin kabul edilemez olmaları nedeniyle genel ahlâka aykırı sayılmakta idi. Ki burada da amaç zayıf tarafın korunması, tefeciliğin önlenmesi gibi ahlâk kurallarına yönelik idi. Bu konuda Borçlar kanunundaki komisyon görüşleri ve daha fazlası için bkz. Zufferey-Werro, sh.134-135. Bugün ise borçlar hukuku sistemi içinde revizyon çalışmaları gündeme gelen İsviçre hukukundaki güncel eğilimleri bu konuda Engel şu şekilde yorumlamaktadır: “Eğer 1881 tarihli BK’nu hala ekonomik hayattaki saf ticari anlayış üzerine kurulu olsaydı, 1911 revizyonu ahlâk kurallarından ziyade; maddi ve daha çok özel hukukta *gabin* başlığı altında, sözleşme hukukundaki meselelere eğilirdi. Bu eğilim ise devamında, özel sosyal hak olarak adlandırdığımız kavramın içinde güçlenirdi. Sözleşme hukuku bu anlamda, çok daha “maddiyatçıdır” ki bu sebeple şekil özgürlüğünün yeri, gün geçtikçe sözleşme adaletinin maddi anlayışı ile doldurulmaktadır. Nitekim, bankalar, kira ve iş hukuku, tüketicinin korunması veya genel işlem şartları alanlarında bu durum özellikle ortaya çıkmaktadır.” Engel, (évolution), sh.12.

hedeflenen zayıf tarafın korunması gibi⁴⁸⁴ toplumsal şeref, haysiyet ve ekonomik menfaatlerin genel ahlâk kuralları tarafından korunan toplumsal değerler (§ 4, II, B, 2) olmalarından kaynaklanmaktadır.

Yargıtayın özellikle son dönemlerde gabin ile genel ahlâk kurallarına aynı anda göndermede bulunduğu görülür⁴⁸⁵. Ancak unutmamak gerekir ki, iki hüküm birbirinin tamamlayıcısı değildir. Bir başka ifadeyle, BK.m.21 hükmünün uygulanabileceği bir meselede artık BK.m.19 ve m.20 hükümlerinin (ya da MK.m.23) uygulanması özel hükmün varlığı sebebiyle (*lex specialis derogat generali*) söz konusu olmaz⁴⁸⁶. Aynı şekilde eğer bir meselede BK.m.21 hükmünün objektif ya da sübjektif şartlarından biri oluşmamışsa, bu durumda BK.m.19 hükmünün ve genel ahlâka aykırılığın mutlaka uygulanabileceği sonucu da çıkarılmamalıdır⁴⁸⁷. Çünkü genel ahlâk kuralları yönünden edimler arası oransızlık, aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere ancak borçlunun özgürlüğüne yansımaya başladığında önemlidir. Bilhassa ekonomik özgürlük yönünden dikkate alınan bu kıstas ise tek başına asli bir kriter değil sadece borçlunun kişisel durumu gibi yardımcı bir kriter olabilir. (§ 7, III, B) Çünkü bir sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi tarafların güçlerinin karşılıklı, eşit ve denk olması şartına bağlı

⁴⁸⁴ YHGK 24.1.1973 T, 1971/1-376 E, 24 K'da "Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak ve zayıf tarafı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir" ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁸⁵ Örnek olarak bkz. Yarg. 19.HD, 20.06.2005 T, E.2005/2795, K.2005/6854; Yarg. 19.HD, 21.2.2005 T, E.2004/6115, K.2005/1568; Yarg.19.HD, 20.6.2005 T, E.2005/2795, K.2005/6854; YHGK 8.12.2004 T, E.2004/11-739, K.2004/652; YHGK 8.12.2004 T, E.2004/11-729, K.2004/652; YHGK 23.6.2004 T, E.2004/19-346, K.2004/374; Yarg.19.HD, 12.6.2003 T, E.2002/5289, K.2003/6204; Yarg. 11 HD, 13.12.2004 T, E.2004/3114, K. 2004/12275; Yarg. 11.HD, 6.10.2003 T, E.2003/1886, K.2003/8919; Yarg. 11.HD, 13.9.2004 T, E.2003/13707, K.2004/8148.

⁴⁸⁶ Zufferey-Werro, sh.138.

⁴⁸⁷ Edimler arası objektif eşitsizliğin tek başına genel ahlâka aykırılık için yeterli olmaması hakkında ayrıca bkz. Tercier, Le Prix Abusif Vers Une Nouvelle Conception De La Liberté Contractuelle, BR, 1998, sh. 71-80.

kılinamaz. Kaldı ki zaten istenilse bile bu tür bir araştırma hakim tarafından gerçekleştirilemez. Federal mahkemenin bir kararında açıkça ifade ettiği üzere; BK.m.20 hükmü bu anlamda hakimi, medenî hakları kullanma ehliyeti olanların vasisi durumuna getirmiş değildir⁴⁸⁸. Ancak, taraflardan birinin “açıkça daha üstün ve güçlü olan durumu”, bilhassa borçludan abartılı bir taahhüt elde etmek için kullanılıyorsa; ve borçlunun bu yüklenimi kendi menfaatleri bakımından kabul edilebilir değilse, gabin şartları oluşmadığı sürece genel ahlâk kuralları yönünden (BK.m.19) bir değerlendirme yapılabilir⁴⁸⁹. Bu noktada İsviçre Federal Mahkemesinin, gabinle ilgili yasal düzenlemenin varlığı nedeniyle, edimler arasındaki aşırı oransızlık hallerinde BK.m.20 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı yönündeki görüşüne katılmadığımızı da belirtmek isteriz⁴⁹⁰.

V- Dürüstlük Kuralı, Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı ve Genel Ahlâka Aykırılık

Roma hukukunda temelinde “başkasına zarar vermeme, kimseye kötülük yapmama değerlerine” bağlı olan “*bono fides*” (ve daha sonraları *aequitas*) kavramı⁴⁹¹, zaman içinde doğruyu ve adili daha çok arayan bir kimliğe bürünerek⁴⁹²

⁴⁸⁸ ATF 84/1958 II 13= JdT 1958 I 263 (275); Zufferey-Werro, sh.161.

⁴⁸⁹ Örneğin, Yarg. 13.HD, 25.4.1991 T, E.1990/8778, K.1991/4492 kararında tahkim şartı koyan tarafın bunu yaparken diğer taraf üzerindeki ekonomik gücünü kullanmasını genel ahlâka aykırı bulmuştur. Kararda, tahkim sözleşmesinin genel ahlâka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemeyeceği belirtilerek; bu durumun genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğer üzerinde *ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak* tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamını seçme imkanının verilmesi hallerinde ortaya çıkacağını belirtmektedir.

⁴⁹⁰ ATF 115 II 232 vd. Zira Engel’in de belirttiği üzere, bazı hallerde en azından kısmi butlan imkanı yaratabilmek açısından bu imkanın tanınmasının sözleşme adaletine daha uygun olacağı görüşündedir. Engel, sh. 306. Ayrıca bu konuda bkz. Engel, L’évolution récente du droit des obligations, (Engel/Chappuis/Marchand/Morin), Lausanne, 2004.sh.12-13.

⁴⁹¹ Bono fides Roma’da verilen söz tanrıçası Fides’den kaynak almaktadır. Fides’in oturduğu yer insanın sağ eli olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle sözleşen kimseler el sıkışır ve böylece

dürüstlük kuralları şeklinde günümüze kadar gelmiştir. Hukukun hedefi olan adaleti ve hakkaniyeti sağlamak için, pozitif hukukun (*de lege lata*) yetersiz kaldığı noktalarda; meseleler kimi zaman ayrı bir hukuk sistemi ile (*örneğin, İngiliz hukukundaki Rules of Equity*)⁴⁹³, kimi zamansa bizim hukukumuzda olduğu gibi, (*de lega ferenda*) temel hakkaniyet ilkeler ile (*örneğin MK.m.2, m.3 gibi*) çözülmektedir. Bu yönüyle dürüstlük kurallarının, hukuk düzeni içinde temel ve üstün ilkeleri ortaya koyan *etik değerlerden biri* olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

vaatlerini tanrıçanın yaptırımını altına koyarlar ki el sıkışma adeti de buradan gelmektedir. **Sevig**, sh.525. Bu anlamda sır saklamak, insanlar arası güven ile zayıfların korunması değerlerini temel alan ‘bono fides’ kavramı, günlük dilde, ahlaki değerlerde (pudor, probitas, continentia); sosyal yaşamda (dignitas, gloria) kurumsallaşmada (imperium) ve hukukta (iustitia, aequitas) da kullanılmıştır. MÖ III üncü yüzyıldan, MS. VI-VII inci yüzyıllara kadar devam eden bu süreçte kavram önce bono fides davalarında ve bono fides anlaşmalarında kullanılmış ardından, jus commun ile beraber ortak hukukta hakkaniyet kavramını içinde eriten bir iradeyle eş anlamlı değer kazanmış ve aequitas kavramına yaklaşmıştır. Ahlâkın hukuk içinde dikkate alınmasını ve taraf iradelerinin belli bir noktaya kadar önem kazanmasını sağlayan “*bonus pater familias*” kavramı da bu noktada öne çıkmaya başlamıştır. Bono fides kavramının Roma hukukundaki gelişimi hakkında bkz. **Elsener**, Les racines romanistes de l’interdiction de l’abus de droit, Neuchatel, 2004; **Jaluzot**, sh. 19 vd; **Broggini**, sh.3-11; **Engel**, (*cent ans*), sh.24. Ve bugün günümüzde hakkaniyet kavramı bilhassa özel hukuktan doğan haklarda, kişiler arası ilişkiler için bir tür anahtar gibi kullanılır. **Engel**, sh.18 ve 21. **Huwiller**, sh.60 vd. Ayrıca hakkaniyet, adalet ve hukuk kavramlarının farkları için bkz. dipn. 218, **Sevig**, sh.518-522 ve sh.530-531.

⁴⁹² XIX uncu yüzyılda büyük kanunlaştırmalarla Medenî kanunlarda yer almaya başlayan kavram öncelikle tabi hukuk etkisinde kalan hukukçular tarafından tabi hukuktan gelen ve temelini tanrıdan alan, bu sebeple insanın değiştiremeyeceği bir değer olarak benimsenmiş, zamanla bilhassa 2.dünya savaşıdan sonra değişim göstererek sözleşme özgürlüğünün genel bir ilkesi halini almış ve sözleşmelerin kontrolü için bir kriter şekline dönüşmüştür. Bu dönemde genel hükümler alanını daraltmaya çalışan anlayış, tıpkı genel ahlâk kuralları gibi dürüstlük kuralları için de geçerli olmuş ancak, kavram daha önemli bir hal alarak, yorumlanırken içine yeni değerler dahil edilmiş ve uygulama alanı genişletilmiştir. Bu gelişim süreci hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Jaluzot**, sh.35-58; **Broggini**, sh.11-21; **Augsburger-Bucheli**, sh.23 vd. Ayrıca dürüstlük kuralları günümüzde Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Les Principes Du Droit Europeen Des Contrats*) içinde de yerini almıştır. Özellikle sözleşme özgürlüğü sınırlarını dürüstlük kuralları ve emredici kurallar ile çizen madde 1:102; boşlukların doldurulması ve yorumlamada kuralın rolünü içeren madde 1:106 ayrıca m.1:302; m.1:305; m.2: 301; m.3:201; m.4:103, m.5:102, m.6:102 gibi. Ancak sözleşmeden doğan ödevleri incelerken özel olarak dürüstlük kuralları başlığı altında düzenlemeyi yapan m.1:201 hükmüdür, bu hükme göre: “*Her bir sözleşme tarafı dürüstlük kurallarının gereğine uygun davranmak zorundadır. Taraflar bu ödevden vazgeçemez ya da onu sınırlayamazlar.*”

⁴⁹³ Son dönemde İngiliz hukukunda dürüstlük kurallarının özel yeri ve tartışmaları başlatan Mr. J.Steyn-Sir T.Bingham davası hakkında bkz. **Brownsword/Hird/Howells**, Good Faith in Contract, Concept and Context, Suffolk, 1998, sh.1-11.

Dürüstlük kurallarının sözleşme hukuku alanındaki görüntüsü, borçlu ile alacaklıya ait hak ve borçların belirlenmesinde, hukuki işlemlerin, irade beyanlarının yorumunda, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin temelinde anlam bulur⁴⁹⁴. Buna göre, ilke her şeyden önce genel ve objektif bir hukuk normu oluşturur⁴⁹⁵. Kişiler için genel bir ödev⁴⁹⁶ niteliği taşıyan bu hüküm, hem sosyal hayata saygı hem de hakkaniyet seviyesindeki maddi bir hukuk normdur⁴⁹⁷. Kişilerin özel bir hukuki ilişkide bulunmalarını gerektirmeden, “*bütün hakların kullanımında*” sınır çizer⁴⁹⁸. O kadar ki, dolaylı ve tesadüfi bile olsa sosyal bir ilişki seviyesindeki kişiler arasında

⁴⁹⁴ Dürüstlük kurallarının, irade beyanı ve sözleşmelerin yorumlanması ile tamamlanmasına hakim temel ilkelerden olmanın yanında dört temel işlevi olduğu kabul edilir. 1) Somutlaştırma fonksiyonu: Borç ilişkisinde tarafların yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesi amacını ifade eder. 2) Tamamlama fonksiyonu: Borç ilişkisinde çeşitli yan yükümlerinin temelini oluşturur. 3) Sınırlama fonksiyonu: Her hakkın özünde bir sınır içerdiğini ifade eder. 4) Düzeltme fonksiyonu: Borç ilişkisi temelinden çökmüşse, yeni duruma uyarlanmalı, gerekli düzeltme yapılmalıdır. **Eren**, sh.21. Bu anlamda bilhassa sözleşmelerin kurulmasında (sh.25-217) ve ifasında (sh.217-363) dürüstlük kurallarının işlevi ayrıca yine ceza hukuku, idare hukuku ve vergi hukuku ile devletler özel hukuku alanındaki yeri hakkında bkz. Travaux de l’Association Henri **Capitant**, C. XLIII, 1992, La Bonne Foi; ve ayrıca **Widmer/Cottier**, Abus de Droit et bonne foi, Fribourg, 1994. Özel olarak sözleşmenin kurulmasındaki etkileri içinse bkz. **Schönle**, La bonne foi, dans les relations entre particulières, Droits des obligations et Droit Bancaire, Etudes, Genève, 1995, sh.29-50.

⁴⁹⁵ Aslında kural, hakkını kullanırken başkasına zarar vermeye elverişli olan bir kişinin, bu hakkın muhatabının karşısında dikkate alınması gerekliliği fikri üzerinde gelişen genel bir kuraldır. **Huwiller**, sh.41-48.

⁴⁹⁶ Geniş anlamıyla hukuk içinde, hukuki ilişkiler, ödevlerden, özgürlüklerden ve haklardan oluşur. Bu anlamda genel ödevler bütün hukuk sükeleri için ve herkesin karşısında var olan ödevlerdir. Temellerini yazılı olan ve olmayan hukuktan ve yürürlükteki hukuk kurallarından alan bu ödevlerin asıl amacı üçüncü kişilerin bazı yasal menfaatlerinin korunmasıdır. Genel ödevler tamamen temel menfaatleri koruduklarından herkes tarafından saygı duyulması gereken asgari etik standartları sunarlar, bu çizgide bireysel özgürlüklerin son sınırını oluştururlar. **Morin**, (*Critique*), sh.76. Genel ödevlerin en temel sonucu ihlallerinin BK.m.41 ve devamı hükümlerine göre sorumluluk yaratmalarıdır. Buna karşılık, özel ödevlerin ihlali BK.m.96 ve devamına göre akdi sorumluluk yaratır. İsviçre sorumluluk hukukuyla ilgili tasarı bu ayrımı ortadan kaldırması ve hukuka aykırılık kavramını genişletmesiyle de eleştirilmektedir. (§ 5, VI)

⁴⁹⁷ Dürüstlük kurallarının bu özellikleri, şu anda İsviçre sorumluluk hukukunda yapılacak olan değişiklikle ilgili ön tasarı içinde de benimsenmiş ve tasarı yazarları MK.m.2 hükmünü hukuk düzeninin koruyucu hükümlerinden olduğunu bu sebeple ihlallerinin a priori olarak hukuka aykırılık yaratan genel bir hüküm olarak benimsenmesini esas almışlardır. **Widmer/Wessner**, sh.102-104. Hükmün maddi norm niteliğiyle ilgili bkz. **Deschenaux**, sh.141. Ayrıca, SJ 2000 I 35 ve 37; ATF 80 II 43 vd, JdT 1955 I 145; ATF 124 III 204, JdT 1998 I 8; ATF 125 III 259 ve 261.

⁴⁹⁸ **Yung**, La vérité et le mensonge dans le droit privé, Etudes et articles, Genève 1971, sh.80; **Huwiller**, sh.48; **Morin**, (*Droit*), sh.83. Aksi görüş için bkz. **Deschenaux**, sh.137 ve 142; **Misteli**, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zurich, 1999, sh.119 vd;

dahi uygulanma özelliğine sahiptirler⁴⁹⁹. Bir başka ifadeyle doktrinde bir kısım yazarların kabul ettiklerinin aksine, hüküm sadece özel hukuk ilişkileri üzerine kurulu hakları içermez⁵⁰⁰. Aynı zamanda hukuk düzeninin bireye tanıdığı, kişisel özgürlüklerden kaynaklanan, uygulanması bir ilişkinin varlığına bağlı olmayan tüm ayrıcalıkları da kapsar⁵⁰¹.

Hukuk düzeninin teminat altına aldığı bireysel özgürlükler, herkese kendi hayat şartlarını düzenleme yönünde yetkiler verirken⁵⁰², kişilere bir takım haklar da tanır. Her hak aslında, toplumsal ve ahlâki ihtiyaçlara cevap verebilecek menfaatleri korumak amacındadır. Borçlar da kuvvetlerini hakların kullanımından aldıklarına göre; kişisel özgürlüğünü ve buna bağlı hakkını kullanan bir kişinin bir başka hukuk süjesinin karşısında bulunması kaçınılmazdır. İşte menfaatlerin karşı karşıya geldiği noktada devreye, düzeltici bir etik ilke⁵⁰³ olarak dürüstlük kuralları girecektir. O halde, bir hakkın dürüstlük kurallarına uygun kullanımı, “*hakkın içerdiği menfaatleri*

⁴⁹⁹ **Widmer/Wessner**, sh.103. Yazarlar burada iki kişi arasında yanıt verme zorunluluğunun olmadığı ancak hakkaniyet gereği cevap vermesi gerektiği halde kişinin susması örneğini vermektedirler. Yine iki kişi arasındaki sözleşme ilişkisine dahil olmayan bir kişinin, taraflardan birini edimini yerine getirmemeye teşvik etmesi de burada değerlendirilebilir. Ayrıca, aynı yönde **Morin**, (*Critique*), sh.67. Yazar bu yönüyle dürüstlük kurallarının hukuk düzeninin kişiye tanıdığı, kişisel özgürlüklerin sonucu olan, kullanımları özel ilişkiye bağlı olmayan bütün ayrıcalıkları kapsadığını belirtmektedir.

⁵⁰⁰ **Deschenaux**, sh. 137 vd. ayrıca sh. 142; **Misteli**, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zurich 1999, sh. 172. Buna karşılık İsviçre Federal mahkemesi hiç bir zaman, CC.m.2 hükmünün açıkça özel bir hukuki ilişkinin varlığı halinde de uygulanacağına karar vermemiştir. Bu konuda özel olarak bkz. ATF 108 II 309; ATF 116 II 709, JdT 1991 I 359; ATF 120 II 166 et 171; ATF 124 III 297, JdT 1999 I 402.

⁵⁰¹ **Yung**, (*Mensonge*), sh. 80; **Morin**, (*Droits*) sh. 83; Ayrıca bkz. ATF 45 II 398; ATF 80 II 43, JdT 1955 I 145 V; ATF 83 II 348S, JdT 1958 I 196.

⁵⁰² **Besson**, n.605; **Morin**, (*Droits*), sh.81. Yazara göre yine de, eğer bireysel özgürlük, herkese istediğinde benzerleri karşısında bağımsız olma duygusu hissettiriyorsa, bu demektir ki hiç kimse kendi bireysel özgürlük ehliyetinden bir başkasının iradesine karşı kullanacağı bir hak çıkaramaz. Yine sözleşmenin borçlandırıcı etkisi, ancak taraflardan her biri bu menfaatinin diğerine karşı bireysel özgürlüğü çerçevesinde açıkladığında söz konusu olur. Çünkü bu durum basit bir mantıkla göstermektedir ki, söz konusu sonuç taraflardan biri diğerine bağlı kalmak istemediğinde, yok olabilecektir.

⁵⁰³ Burada kişi kendi özgürlüğünü kullanırken, yetki alanı dışına çıktığında, üçüncü kişilerin kişisel özgürlüklerini ve bundan doğan menfaatlerinin kullanımına engel olacaktır. MK.m.2 hükmünün devreye girmesi de tam olarak bu noktada olur. **Morin** (*Droits*), sh.84.

koruyacak şekilde amacına uygun kullanımını” ifade eder⁵⁰⁴. Bu nedenle dürüstlük kurallarının önemli özelliklerinden biri de içeriğindeki belirsizlik sebebiyle her zaman “somutlaştırılmaya”⁵⁰⁵ yani uygulanacakları meseledeki hakkın koruduğu menfaatlerin belirlenmesine ihtiyaç duymalarıdır. O halde, her hangi bir olayda doğrudan uygulanabilen (otonom) kurallar değildir⁵⁰⁶. Bu nedendir ki, hükmün içeriğindeki temel etik ilke, değişen şartlara ve somut olaylara göre uyarlanabilir.

Böylelikle, “dürüst insanın davranışlarına göre hukuki ilişki içinde göz önünde bulundurulması gereken iyi niyet” şeklinde tanımlanabilen⁵⁰⁷ dürüstlük kuralları ile aslında, dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen, orta zekalı insan davranışı (*bonus pater familias*) temel alınarak; bu kişiye ait hareket tarzı objektif ve genel bir hukuk ilkesi haline getirilmek istenir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Deschenaux, 142; Huwiler, sh.48 vd.

⁵⁰⁵ Deschenaux, sh.141 vd. Hatta hukuki güvenlik ve keyfilik yasağı ilkelerinin de temelde dürüstlük kurallarının bu özelliğinden kaynaklandığı, bu şekilde somutlaştıktan sonra meseleye direk uygulandığı belirtilir. Bu konuda bkz. Morin, sh.56; ayrıca (*Droits*), sh.85.

⁵⁰⁶ Morin, sh. 68. Yazar MK.m.2 hükmünün temelde bir yorum kuralı olduğunu ve bu özelliğiyle hiçbir hak meydana getirmeyeceğini belirtmektedir. Daha basit bir deyişle hüküm, aynı olay karşısında, benzerlerinden beklenecek davranış içeren normatif bir anlayışın ifadesidir. Bu yönüyle, MK.m.2 hükmünün somutlaştırılmasından doğan ödevlerin ratio legisini oluştur. Morin, (*Responsabilité*), sh. 59.

⁵⁰⁷ Deschenaux, sh.135; Roy/Schoenenberger, sh.28. *Edis* ise kavramı şu şekilde tanımlamaktadır: “orta zekalı, normal, makul kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğü dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenin kuralların bütünüdür” Edis, sh.291.

⁵⁰⁸ Doktrinde dürüstlük kurallarının “hukuki standart mı” yoksa “hukuk ilkesi mi” olduğu da tartışılmıştır. Hukuki standartlar, özel meselelerde uyarlanacak, her durum için kullanılabilen, ortak bir sosyal davranış ölçüsü verirler. Bunlar değiştirilemez kurallardan çok hakime yol gösterici genel direktifler gibidir. Bu sebeple belirli ve kesin tanımları yoktur ve uygulandıkları şekle göre farklı anlayışları ifade edebilirler. Buna karşılık, genel hükümler, hukuki sonucu belli olan belirli bir hukuki uygulama alanını özelliklerini verirler. Bunlar, belirli, soyut ve genel hükümlerdir. Bu kuralların en belirgin özellikleri somut bir olaya doğrudan uygulanamamalarıdır. XX inci yüzyıla kadar Alman hukukunda dürüstlük kurallarının (*Treu und Glauben*) edimlerin ifasında (§ 242), sözleşmelerin yorumunda (§ 157), bir sözleşme şartının değerlendirilmesinde (§ 162) ve diğer özel durumlarda (§ 320, § 815) bir direktif gibi kabul edilmiş, daha sonra doktrin Yüksek mahkemenin 26 Mayıs 1914 tarihli kararıyla, § 257, 226, 242, 826’nın da genel kuralın birer özel ifadesi olduğunu belirtmiştir. Durum, kavramı Medeni kanun 1134 ve 1135 inci maddelerinde hükme bağlayan Fransız hukukunda da aynıdır. Bu konuda bkz. Jaluzot, sh.69-79.

MK.m.2 hükmünün ikinci fıkrasında ise, yine temelini Roma hukukunda hakkını kötüye kullanılan kişiye tanınan hile def'inden (*exemptio doli*)⁵⁰⁹ alan hakkın kötüye kullanımı yasağı düzenlenmektedir. Türk ve İsviçre hukukuna göre kavram, kişiye hukuken tanınan bir hakkın, açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması sonucunda bir başkasına zarar vermesi yada zarar verme tehlikesi yaratması durumlarında ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesidir⁵¹⁰. Dürüstlük kurallarıyla birbirini tamamlayan hakkın kötüye kullanımının varlığı, genel olarak bir hakkın amacı dışında kullanıldığı, bu kullanımdan hak sahibinin hiç menfaatinin bulunmadığı yada çok az menfaatinin bulunduğu hallerde söz konusu olur. İlkenin asıl amacı hukuku ahlâken yüceltmektir. Hukuk düzeninin tanıdığı haklar kötüye kullanılmaya başladığı noktada artık hak kesintiye uğrayacaktır⁵¹¹. Bu sebeple kavramın kapsamı hakların içinde bulunulan dönemdeki yorumuna bağlı olarak değişim göstermeye mahkumdur.

⁵⁰⁹ Roma hukukunda *exemptio doli* önce ikiye ayrılmaktaydı: bunlardan ilki bir hakkın kazanılması sırasında kullanılmaktayken (*Exemptio doli praeteriti* ve *Exceptio doli specialis*); ikincisi hakkın dava yoluyla kullanımında ileri sürülüyordu. (*exemptio doli generalis*) Daha sonraki dönemlerde bu def'i hakkı alacaklının kusurundan ve hilesinden bağımsız sadece hakkaniyete bağlı kılınarak *exceptio doli praesentis* şeklinde ileri sürülmeye başlanmıştır. Ortak hukuk döneminde ise yerleşen *exceptio doli generalis* kavramıdır. Kavramın Roma hukukundaki gelişmesi hakkında bkz. **Amoos**, sh. 7 vd.

⁵¹⁰ Bir hakkın sahibi bunu iki sınır içinde kullanabilir: Ya kanun koyucu bizzat bu hakkın kullanım sınırlarını belirlemiştir ki bu sınırlar doğal olarak zamana ve toplumdaki anlayışlara göre farklılık gösterecektir. (Örn. MK.m.786 yine MK.m.683 Burada hukuk ve genel ahlâk mülkiyet hakkının kötüye kullanımını yasaklamaktadır.) Ya da hak sahibi yasal sınırlar içinde kalıyor gibi görünse de bazen kanun hakların aşırı kullanımını yasaklamaktadır. **Roy/Schoenenberger**, sh.32-39. Hakkın kötüye kullanımı yasağıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Karimi**, *Les Clauses Abusives et La théorie de L'abus de droit*, Paris, 2001; **Stoffel-Munck**, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Paris, 2000; **Aubert**, sh.135; **Ripert**, 287 vd; **Sevig**, sh.524. Bu ilke, Türkiye'nin 20 Mart 1950'de Roma'da imzaladığı, ve TBMM tarafından 18 Mayıs 1954'de onaylanarak 19 Mart 1954-8662 Resmi gazetede yayımlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17 inci maddesinde de yer almaktadır. Hakların kötüye kullanımının yasaklanması başlıklı hüküm şu şekildedir: Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkına sağlar biçimde yorumlanamaz. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Flauss**, *L'abus de Droit Dans Le Cadre De La Convention Européenne Des Droits De L'Homme, Abus De Droit et Bonne Foi (Widmer-Cottier)*, sh.271-289.

⁵¹¹ **Descehenaux**, sh.138. Yazar şu ifadeyi kullanmaktadır "Eğer kullanımı hukuk düzeni tarafından korunacak bir hakka sahip isem, ve bu koruma sağlanmıyorsa, bu durum hakkın var olmadığını gösterir." Aslında burada iki farklı hak olduğu görüşü kabul edilir. Bunlardan ilki hukuk düzenine bağlı kullanılan ve başkasını zarar vermeyen gerçek hak, diğeri ise kötüye kullanım sonucu zarar doğuran görünüşteki haktır. İşte hukuk düzeni bu görünüşteki hakkı korumayı istemez.

Öte yandan Alman doktrinde, sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde geliştirilen bir görüşe göre ise, sadece hakların değil *kurumların* da kötüye kullanımları mümkündür. Çünkü özel hukuk ilişkileri sadece haklar üzerine değil aynı zamanda toplumsal hayata hakim olan evlilik, mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, rekabet gibi doğrudan hakkın konusu olmayan kurumlar üzerine de kurulur. O halde sadece haklar değil kurumlar da kötüye kullanılabilir⁵¹². Alman hukukunda BGB § 242'nin uygulama alanını genişleterek hukuka ve genel ahlâk kurallarına ait içerik denetimini (BGB § 138) daraltan bu görüşün aksine; Türk ve İsviçre hukuklarında dürüstlük kuralları BK.m.19 ve m.20 hükümlerinden farklı olarak sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirmemektedir⁵¹³.

O halde hakkın kötüye kullanımı ve dürüstlük kuralları birbirini tamamlayan ancak aynı zamanda birbirinden farklı iki hukuki kurumdur. MK.m.2 hükmünün ilk fıkrası hukuki ilişki içindeki kişilerin karşılıklı olarak birbirini gözetme yükümlülüğünü düzenlerken; ikinci fıkrası ise, ileri sürülmesinde açıkça adaletsizlik doğuracak bir hakka dayanmayı yasaklar. Şeklen varolan hakkın kullanımında,

⁵¹² Bu görüşe göre söz konusu kurumlar arasında da bir hiyerarşi bulunmakta ve Anayasa en üst değer olarak ifade bulur. O halde hem hakların hem de kurumların içerikleri mutlaka anayasal ilkelere göre tespit edilmelidir. Bu tespit sırasında kullanılacak değer yargıları söz konusu hiyerarşi içinde belirlenecek ve daha sonra uygunlukları araştırılacaktır. Alman hukukundaki bu görüşler ve yazarlar hakkında bkz. **Atamer**, sh.170-171. Alman hukukunda dürüstlük kuralları, hukuk etiğine ait üst bir ilkedir. Bu nedenle adalet ve hakkaniyete saygı sadece borçlar alanında değil, kişiler arasında hukuki ilişkilerin ortaya çıktığı bütün Alman hukuk düzeni içinde geçerlidir. Bu anlamda dürüstlük kurallarının düzeltici ve tamamlayıcı olmak üzere başlıca iki işlevi bulunmaktadır. **Pedamon**, sh.131 vd; **Ferrand**, sh.302 vd. İsviçre hukuku yönünden meselenin yorumu içinse bkz. **Morin**, (*Droit*), sh.80 vd.

⁵¹³ İsviçre hukuku yönünden bkz. ATF 115 II 232, 236 vd. Kararda şu ifade yer almaktadır: “*Ne dürüstlük kuralları ne de hakkın kötüye kullanımı yasağı genel olarak sözleşme adaletini temin etmek için mevcut değildir. Temelini MK.m.2 hükmünden alan sözleşmeye bağlılık ilkesi sadece sözleşme içeriğinin hukuk düzeninin temel ilkeleri ile çatışması (BK.m.19-20), irade oluşumunda sakatlık olması ... hallerinde sözleşmenin butlanına karar verilmesine imkan yaratır*”.

kanun koyucunun istemediği sonuçlar doğacağı için hakimın somut meseleye müdahalesine ihtiyaç yaratır⁵¹⁴.

Bu noktada dürüstlük kuralları (ve kısmen hakkın kötüye kullanımı) üzerinde düşünen yazarlar kaçınılmaz olarak bazı sorularla karşılaşmışlardır: “Dürüstlük kuralı aslında bir ahlâk kuralı mıdır, yoksa bir hukuk kuralı mıdır? Eğer hukuk kuralı ise, ne tür bir hukuk kuralıdır? Ya da acaba bu kural emredici nitelikte bir kural mıdır, yoksa değil midir?” gibi. Bu sorular içinde bizim için de hareket noktası olan öncelikle dürüstlük kurallarının ahlâk kuralı olup olmadığı meselesidir.

Daha öncede belirttiğimiz üzere ahlâk kavramı bir yanıyla, toplumsal ilişki ile etkileşimin yarattığı değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gerekeni düzenleyen, ve bireylerin hem davranışlarını hem de karşılıklı ilişkilerini değerlendirmeye yarayan toplumsal ve sosyal düzen kurallarıdır. Diğer yanıyla ise, felsefi olarak, toplumlardaki, hak, adalet, dürüstlük ya da genel ahlâk gibi kavramlara temel olan, hukuk kurallarının benimsenmesini sağlayan ve kamusal vicdanı oluşturan, ahlâkın da temeli, etik kurallar bütünüdür. (§ 3, I, C) Bu anlamda ahlâk kurallarının hukuk kuralları ile benzerlikleri ve farklılıkları incelendiğinde (§ 6, I) görülmektedir ki, dürüstlük kuralları da kanun koyucu tarafından yasal bir düzenlemeye konu olarak, pozitif hukuk içinde genel bir hukuk kuralı halini almıştır⁵¹⁵. O halde genel ve evrensel bir ödevin ifadesi olan bu ilkeye aykırılık, her

⁵¹⁴ Bu sebeple sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında dürüstlük kuralları esas alınırken, içerik denetiminde hakkın kötüye kullanımı temel alınmaktadır. **Atamer**, sh.168-169.

⁵¹⁵ **Ripert**, sh.167; **Oprea**, sh.99; **Dechenaux**, sh.150; **Zufferey-Werro**, sh.147; **Jaluzot**, sh.67 vd. Ayrıca dürüstlük kurallarının (m.2) bu anlamda sosyal ve sosyalleştirici kapsamı hakkında bkz. **Engel**, Cent ans de Contrat Sous l’empire des dispositions Générales du code Fédéral des obligations, Basel, 1983, sh.20 vd.

ne kadar etik bir değerin ifadesi de olsa, hukuka aykırılık (*hatta BK.m.41 vd. göre akid dışı sorumluluk kapsamına da girme*) sonucu doğuracaktır. Bu noktada belki de, *Huber’in* ifadesiyle dürüstlük kurallarının “*hukuk etiğine göndermede bulunduklarını*”⁵¹⁶ söylemek meselenin doğru bir özeti olabilir.

MK.m.2’de yer bulan dürüstlük kurallarının kamu düzenine ilişkin ve emredici olup olmadığı, tarafların sözleşme özgürlükleri sınırları içinde bu iki kuralın aksini kararlaştırıp kararlaştıramayacakları meselesi ise doktrinde tartışılmakla beraber genellikle kabul edilen görüş emredici olmadığı yönündedir⁵¹⁷. Kaldı ki zaten, hüküm sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı da taşımaz; bağımsız olarak hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemeyi hedefler⁵¹⁸. Bunun sonucu olarak taraflar, dürüstlük kurallarının somut olayda uygulanmayacağına karar verebilirler⁵¹⁹. Yeter ki yapılacak olan bu sözleşme, BK.m.19, m.20 ve MK.m.23 sınırları içinde olsun.

⁵¹⁶ **Özsunay**, sh.307. Ayrıca bkz. **Engel**, (*cent ans*), sh.22. Nitekim Wilhelmson’da, dürüstlük kurallarının, yargı hakkının sözleşme hukukunda ahlaki etkiyi arttırmaya dayalı olduğunu varsayarak sözleşme öncesi ya da sonrası bir ayırım yapmanın mantıklı olmayacağına dikkat çeker. Ayrıca yazar belirli bir ahlaki prensibi zorlamaktansa iyi niyetin içinde bulunduğu ve işlem gördüğü duruma göre yorumlanmasını tercih eder. Yazara göre iyi niyet evrensel çözümler sunamaz ancak basitçe ahlaki soruların yanıtladığı bir mekanizma olabilir. **Brownsword/Hird/Howells**, sh.7.

⁵¹⁷ Yargıtay’ın da bazı kararlarında benimsediği ve dürüstlük kurallarını kamu düzenine ilişkin bulan görüş hükmü emredici bulmakta, ayrıca hakim tarafından re’sen uygulanma özelliği yine bu duruma bağlanmaktadır. Buna karşılık baskın görüş dürüstlük kurallarının doğrudan uygulanma özelliklerinin kamu düzenine bağlı olmadığı yönündedir. Çünkü kuralların tıpkı tamamlayıcı hukuk kuralları gibi maddi hukuka dahil olarak doğrudan uygulanma özellikleri bulunur. Ayrıca kural teknik anlamda bir itiraz değildir. **Deschenaux**, sh.146; **Edis**, sh.295-299; **Akyol**, (*dürüstlük kuralı*), sh.7. Yazar aksi görüş için, Staudinger/Weber’e göndermede bulunmaktadır. Yargıtay da 14.2.1951 gün, 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bu hususun davanın her aşamasında ileri sürülmesi, hatta mahkemenin kendiliğinden nazara alması gerekir. Ayrıca bkz. Yarg. HGK 22.1.1958 T, E.1, K.7; **Olgaç**, sh.80-81. Yine örnek olarak bkz. Yarg. 6.HD, 23.2.1998 T, E.1998/1267, K.1998/1352; Yarg. 19 HD, 04.02.1997 T, E.1996/3416, K.1997/831; Yarg. 19.HD, 26.11.1994 T, E.1994/6472 E, K.26.11.1994 ayrıca Yarg. HGK. 12.5.1965 T, E.5-D-4, K.203, ABD, S.23, 1966, C.I, sh.38 vd. Ayrıca bkz. **Oğuzman**, Dürüstlük Kurallına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın’a 63 inci yaş Armağanı, sh.407-415. **Uyar**, Yargıtay Kararlarında Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağı, Prof.Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, sh.439-465.

⁵¹⁸ **Deschenaux**, sh.146,

⁵¹⁹ **Deschenaux**, sh.147. Ayrıca, **Schönle**, (*bonne foi*), sh.30; **Edis**, sh.300; **Akyol**, sh.7.

Peki ama birbirinin içine bu kadar geçmiş olan dürüstlük kuralları ile genel ahlâk kuralları arasındaki benzerlikler ve farklılıklar nelerdir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, hem dürüstlük kuralları hem de genel ahlâk kuralları, belli bir toplumdaki kamusal vicdanın yarattığı değer yargılarıdır. Bu yönleriyle, hukuk düzeni içinde korunan, temel esasları oluşturan *genel etik ilkelerdir*⁵²⁰. Dolayısıyla kamusal vicdandaki etkileri sebebiyle objektif olan bu iki değer in kişileri, hatta zaman zaman bu kişilere ait sübjektif ahlâk anlayışlarını dahi etkiledikleri söylenebilir.

Gerek genel ahlâk kavramı, gerekse dürüstlük kuralları, içerikleri kanun koyucu tarafından kesin ve net ortaya konulmayan, değişken, belirsiz ve bireylerin dışında oluşan *genel hükümlerdir*⁵²¹. Değişkenlik kuralların zamana ve mekana göre farklılaşabilmeleri; buna karşılık belirsizlik ise her ayrı meseleye uygun somutlaştırılma ihtiyacını ifade eder. Her iki kavram için de bu somutlaştırmayı sağlayacak olan, korudukları hukuki menfaatlerin ve değerlerin belirlenmesidir. Bu anlamda dürüstlük kuralları da tıpkı genel ahlâk kuralları gibi içinde, ahlâki (dolayısıyla etik) ve sosyolojik değerleri barındırarak hukuk dışı değerlere göndermede bulunur⁵²². Aslında dürüstlük kurallarına bahsettiğimiz ahlaki rengi

⁵²⁰ Bunun içindir ki hukuk düzeni içinde “hiç kimsenin kendi kusuruyla ve kastıyla hak elde edememesi” (*nemo auditur kuralı*) ya da “sözleşme ilişkisine bağlılık” (*pacta sunt servanda*) gibi ahlâka aykırı davranışları yasaklayan ilkelere hep dürüstlük kuralları temel olmaktadır. Dürüstlük kurallarının ahlaki davranışlar yönündeki diğer sınırlama örnekleri için bkz. **Roy/Schoenenberger**, sh.28-30.

⁵²¹ **Morin**, sh.55-58.

⁵²² Dolayısıyla her ikisinin de kapsamında, hukukun arka planında her zaman yer alan ahlâk ve sosyoloji kuralları mevcuttur. Dürüstlük kurallarının temelindeki ahlaki özellikler taraflar arasındaki güven ilişkisini kurduğu gibi, sözleşme özgürlüğünün koruması altında haklar ve borçlar daha kesin çizgilerle belirlenir. **Deschenaux**, sh.137, 147. Ayrıca **Tercier**, (*L'abus de droit*), sh.460. Kaldı ki bu hukuk dışı değerler içinde yine hukuk düzeninin temel eğilimleri ile anayasal ilkeler belirleyicidir. **Pedamon**, sh.132. Fransız hukukunda da dürüstlük kurallarının gerçek içeriğinin *objektif* ve *sübjektif* yönlerden oluştuğu kabul edilmektedir. Buna göre *kuralın sübjektif yönü*, 1) Taraflara ait güven (ki bu da tarafların menfaatleri ve güvenleri ile davranışlarından meydana gelmektedir) 2) Sözleşmeye güven (ki bu da sözleşmenin mantığı ile sözleşmeye ait güvenin uyarlanmasından oluşur) *Kuralın objektif yönünde* ise, gelenekler ve diğer sosyolojik değerler

veren de temelindeki bu güven duygusudur⁵²³. Ayrıca genel kuralları olmaları sebebiyle, gerek dürüstlük kuralları gerekse genel ahlâk kuralları, ancak hukukta özel ve pozitif bir kural bulunmadığı zamanlarda uygulanabilirler.

Her iki kavramda hakim için somut olayda re'sen⁵²⁴ dikkate alınmaları gereken kurallardır. Zira genel ahlâk kuralları emredici niteliktedir, dürüstlük kuralları ise hukuki bir mesele (*quaestio iuris*) olarak, aydınlatılmak ve çözülmek üzere hakim önündedir (*jura novit curia*)⁵²⁵. Başka bir deyişle, maddi bir hukuk kuralı olarak MK.m.2 hükmü, tüm hukuk kuralları bakımından olduğu gibi hakime hitap eden bir direktifi de kapsar⁵²⁶.

Ancak, sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak BK.m.19-20'de düzenlenen "genel ahlâk kurallarına aykırı olmama ilkesi", sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan "geçerlilik şartlarından" biridir. Oysa MK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralları, sözleşmeye ait bir geçerlilik şartı değil, tarafların hak ve borçlarının

bulunmaktadır. İşte bu değerler ahlaki değerler ile anayasal ilkelerden meydana gelmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Jaluzot**, sh. 79-125.

⁵²³ Bu hususta tarihi çıkış noktası sözleşme ilişkisidir: taraflardan her biri verdiği söze bağlı kalacaktır, diğeri de bu söze alacağını ekleyebilecektir. Böylece, karşılıklı güven ilişkisi kurulacaktır. Hiç kimse, hukuka uygun davranışı sebebiyle yaralanamaz ve herkes karşısındakinin kendinden bekleyebileceklerine saygı göstermelidir. **Deschenaux**, sh.137.

⁵²⁴ Bu konuda Yargıtay dürüstlük kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve emredici nitelik taşımaları sebebiyle re'sen uygulanmaları gerektiği ve hakim hükmü doğrudan gözetmekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Örneğin, Yarg. 19.HD. 26.11.1994 T; E. 1994/6472, K. 1994/11467; Yarg. 6.HD. 23.2.1998 T, E.1998/1267, K.1998/1352; Yarg. 19 HD, 04.02.1997 T, E.1996/3416, K.1997/831. Ayrıca bkz., ATF 88/ 1962 II 23 = JdT 1962 I 304; ATF 86/1960 II 232, ATF 79/1953 II 405, ATF 78/1952 II 227, ATF 71/1945 II 107, ATF 69/1943 II 103. **Deschenaux**, sh.145; **Zufferey-Werro**, sh.147.

⁵²⁵ Hukuki meseleler, maddi meselelerin (*quaestio facti*) aksine hakim karşısına hukuki bir kural koyar. Hukuk kuralının aranması, bulunması, içeriğinin aydınlatılması ve uygulanması hakim görevi ve yükümlülüğüdür. (*iura novit curia*) Dolayısıyla hakim dürüstlük kurallarını ya da hakkın kötüye kullanımını tarafların talebine, savunmalarına ihtiyaç kalmadan göz önünde bulundurması gereklidir. **Deschenaux**, sh.145; **Akyol**, (Dürüstlük Kuralı) sh.9; **Zufferey-Werro**, sh.147. Ayrıca bu konuda; ATF 88/1962 II 23= JdT 1962 I 304, ATF 86/1960 II 232 = JdT 1961 I 298, 401 = JdT 1961 I 211, ATF 78/1952 II 227 = JdT 1953 I 238.

⁵²⁶ **Akipek/Akıntürk**, sh. 177; **Edis**, sh.292.

kapsamını belirlemede, sözleşmenin yorumlanmasında, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin anlam bulmasında ihtiyaç duyulan bir ilkedir. Bu sebeple sadece kurulmak istenen sözleşme ilişkisi içinde geçerli olmaz, aynı zamanda bu hukuki ilişkiden ayrı, taraflar arasında güven ilişkisine dayalı bağımsız bir borç ilişkisi de yaratır. Bu ikinci hukuki bağ sözleşmeden, hatta sözleşmenin geçersizliğinden (ki bu geçersizlik sebebi ahlâka aykırılık dahi olabilir) bağımsız varlık gösterebilir⁵²⁷.

O halde *ancak geçerli olarak doğan bir hakkın* dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri sürülmesi, hakkaniyet ilkeleri ile engellenebilir. Bu sebeple bir sözleşmenin içeriğinin genel ahlâk kurallarına uygun olup olmaması ile, sözleşmeden doğan hakların dürüstlük kurallarına uygun kullanılıp kullanılmadıkları farklı denetim araçlarıdır. Genel ahlâka aykırı olmayan bir sözleşmede haklar MK.m.2/II hükmüne göre kötüye kullanılabilir; buna karşılık kötüye kullanılmamış her hakkın genel ahlâk kurallarına uygun olacağını söylemek şüphesiz ki mümkün değildir. Örneğin, bir sözleşme ilişkisinde uygulanacak olan faiz oranının tek taraflı olarak belirlenmesi hükmü genel ahlâk kurallarına aykırı değildir. Çünkü düzenleme tek başına sözleşme taraflarının ekonomik faaliyetlerini kısıtlamaz. Ancak çok açıktır ki

⁵²⁷ Örneğin, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışları ifade eden “*Culpa in contrahendo*” (§ 8, II, B, 2) ve bu ilkenin sözleşme sonrasına yansıdığı “*culpa post pactum perfectum*” hallerinde, baskın görüş, taraflar arasında temeli dürüstlük kuralları olan ve içeriğinde özen ve koruma yükümlülüklerinin yer aldığı bir borç ilişkisinin varlığıdır. Bu borç ilişkisi dürüstlük kurallarından doğduğundan, tarafların sonradan sözleşme ilişkisinden vazgeçmeleri ya da sözleşmenin geçersiz olması, sorumluluğun borca aykırılığına engel olmayacaktır. Yine “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler”, “edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri”, “fiili sözleşme ilişkileri” gibi pek çok durumda da yapılan tartışmalar dürüstlük kurallarının bu özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Öz**, sh.321 vd; **A.Bucher**, sh.245 vd; **Engel**, sh.503 vd; **Piotet**, La culpa in contrahendo aujourd’hui, RSJ 77/1981, sh.225 vd; **Tercier**, La culpa in contrahendo en droit suisse, Première journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich, 1984, sh.225.

hükümden hakkı doğan taraf bunu dürüstlük kurallarına uygun kullanmak zorundadır⁵²⁸.

Öte yandan kanaatimizce taraflar sözleşme özgürlüğü sınırları içinde kalmak şartıyla, dürüstlük kurallarına aykırı bir düzenlemede de bulunabilirler. Oysa, genel ahlâk kuralları emredici nitelikli kurallardır ve tarafların aksi yönde bir düzenlemeye girmeleri mümkün değildir. Bir başka ifadeyle taraflar, karşılıklı iradeleri birbirine uygun olduğu sürece, özgürlük sınırlarını aşmadan sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler ve üzerinde anlaştıkları bu içerik sırf dürüstlük kurallarına aykırılık taşıyor diye hukuki ilişkinin butlanı sonucu doğmayacaktır⁵²⁹.

Meselenin sorumluluk hukuku alanındaki farkları incelendiğinde ise⁵³⁰, temel koruma normlarından olan dürüstlük kurallarına aykırılığın⁵³¹, dar anlamıyla hukuka

⁵²⁸ Yarg.19.HD, 26.11.1994 T, E.1994/6472, K.1994/111467. Sözleşmenin kurulmasından önce yer alan iç ve dış olaylar ancak irade bozukluklarına ilişkin kuralların uygulanmasına yol açabilir. Ayrıca sırf yazılı veya sözlü irade açıklamalarının ifade tarzındaki dürüstlüğü aykırılık, sözleşmenin muhtevasının genel ahlâka aykırı kılmaz, *yeter ki* irade açıklamalarının bağlayıcı anlamından çıkan sonuçlar genel ahlâka aykırı olmasın. ATF 84 II 13 = JdT 1958 I 263.

⁵²⁹ Örneğin Yarg. 19.HD, 26.11.1994 T, E.1994/6472 E, K.26.11.1994 kararında, sözleşmeye göre faizin tek taraflı olarak belirlenmesi yetkisinin genel ahlâka aykırı olmadığına ancak tek taraflı belirleme yetkisinin MK.m.2 hükmü çerçevesinde dürüstlük kurallarına uygun kullanılması gerektiğine hükmetmiştir.

⁵³⁰ Bu noktada, emredici hüküm kabul edilmemekle beraber dürüstlük kurallarına aykırı davranışların sorumluluk hukukunda hukuka aykırılık olarak değerlendirilmesi meselesi birbirinden ayrılmalıdır. Zira hukuka aykırılık kavramının kapsamı sözleşme hukuku ve sorumluluk hukuku içinde birbirinden ayrılır. Buna göre sözleşme hukuku alanında BK.m.19 kapsamında hukuka aykırılık, en geniş anlamıyla ve “emredici bir hukuk normunun” ihlalini oluştururken; sorumluluk hukukunda BK.m.41/I kapsamında hukuka aykırılık, dar anlamıyla ve ihlal edilen normun koruma amacına göre belirlenir. Bu anlamda, temel (doğrudan) koruma normlarından biri olan dürüstlük kurallarına aykırı hareket akid dışı sorumluluk yaratabilir. Bu sorumluluk akdi sorumluluktan (BK.m.96 vd) farklı olduğundan, ve dürüstlük kuralları sözleşmenin geçerlilik şartlarından biri olmadığından (BK.m.19) taraflar arasındaki borca aykırılık halinin, daha doğru bir ifadeyle sözleşmenin olumlu ihlalinin, dürüstlük kurallarından kaynak alması da mümkündür. Tıpkı yan yükümlülükler ihlalinde doğan, culpa in contrahendo sorumluluğunda olduğu gibi. (§ 8, II, B, 2)

⁵³¹ Dürüstlük kurallarının temel koruma normu olmaları, ayrıca ihlallerinin hukuka aykırılığa bağlı bir tazminat borcu mu, yoksa kişiler arasında özel bir hukuki bağ mı kurduğu hakkındaki görüşler ile İsviçre hukukunda meselenin sorumluluk hukuku alanındaki tasarıya yansımaları hakkında bkz. **Chapuis**, Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, Lausanne, 2004, sh.33-34.

aykırılık yarattıklarından, BK.m.41/1 hükmü gereği akid dışı sorumluluk doğurdıkları; buna karşılık temel bir koruma normu olmayan genel ahlâk kurallarına aykırılığın ise ayrı bir düzenlemeyle BK.m.41/II hükmü gereği akid dışı sorumluluk yarattıkları görülür. (§ 6, VII) Diğer yandan, gerek hakkın kötüye kullanımı yasağı için gerekse genel ahlâka aykırı bir davranışla verilen zararlar için, kanun koyucunun kusuru kast derecesinde aranması ise kanaatimizce bir benzerlik oluşturmaktadır.

VI- Dar Anlamıyla Sorumluluk Hukuku Bakımından Genel Ahlâk Kuralları (BK.m.41/II)

Genel ahlâk kuralları dar anlamı ile yani sözleşme dışı sorumluluk hukuku içinde de düzenlenmekte⁵³² ve genel ahlâka aykırılık kusur sorumluluğu şekliyle BK.m.41/II hükmünde metne alınmaktadır. Buna göre, genel ahlâka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kişi, davranışı haksız fiile konu olacağından, karşı tarafın zararını tazmin etmek zorundadır.⁵³³ (*CO. m. 41/II, BGB § 826*) Bu hükümle kanun

⁵³² Sorumluluk hukuku kavramı geniş anlamı ile hem sözleşme dışı sorumluluğu hem de akdi sorumluluğu kapsarken; dar anlamı ile sadece sözleşme dışı sorumluluğu ifade eder. Kavramın en dar anlamı ise, yalnız özel kanunlarda düzenlenmiş sebep ve tehlike sorumluluğu halleridir. Alman, Türk ve İsviçre hukuklarında sorumluluk hukuku genellikle dar anlamı ile, buna karşılık Fransız hukukunda ise geniş anlamı ile kullanılır. Bu konuda bkz. **Engel**, sh. 441; **Descehenaux/Tercier**, sh.26; **Witz**, sh. 521; **Ferrand**, sh.389; **Tandoğan**, (*Sorumluluk*), sh.3 vd; **Brehm**, La réparation du dommage corporel en responsabilité civile, Berne, 2002 ; **Eren**, sh.445. Bu anlamda, BK.m.41/II hükmü de akdi sorumluluğu (BK.m.96 vd) içine almayacaktır. Doktrinde akdi sorumluluk ve akid dışı sorumluluk ayırımına temel olan kıstas, hukuk düzeninin kişiye yüklediği ve uyması gerekli ödevlerin niteliklerine göre yapılmaktadır. Buna göre bir kişinin, herkes için geçerli olan, evrensel yani genel ödevleri ihlal edildiğinde; akid dışı sorumluluk (BK.m.41 vd); özel bir hukuki ilişkiden doğan yükümlülükleri ihlal edildiğinde ise akdi sorumluluk (BK.m.96 vd) doğar. Genel ödevler, emredici nitelikli olan ve kaynağını yazılı hukuk kadar yazılı olmayan hukuktan da alabilen ödevlerdir ki hukukun temel ilkelerinin dayanakları da bunlardır. Bu anlamda elbette ki somut bir meselede, akdi sorumluluk şartları ile akid dışı sorumluluk şartlarının bir arada gerçekleşmesi mümkündür. Örn: *Yarg. 13.HD 2.12.1991 T, E. 7217, K.10901 (YKD 1992/2, sh.237)* ve *Yarg. 13.HD. 30.1.1992 T, E.8879, K.645 (YKD 1992/3, sh.399. Oğuzman/Öz*, sh.535.

⁵³³ Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında içeriği aynen korunan düzenleme, 49 uncu maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” Buna karşılık İsviçre’de sorumluluk hukuku alanında yapılacak değişikliklerle ilgili tasarı

koyucunun amacı, doğrudan yada dolaylı bir koruma normunu ihlal etmeyen yani sorumluluk hukuku anlamında hukuka aykırılık⁵³⁴ yaratmayan ancak toplumun genel ahlâk değerlerini inciten davranışları yaptırıma bağlamaktadır. Böylece kamusal vicdanın rahatsız olduğu, genel ahlâka ait değerlerin sarsıldığı durumlardan doğan zararın tazminine imkan verilmektedir, ki kanaatimizce, tıpkı bireylere ait mutlak ve

çalışmalarında (*Widmer-Wessner Tasarısı*), CO.m.41/II hükmü kaldırılmakta ve hükmün tasarısındaki karşılığı olarak “hukuka aykırılığı” tanımlayan 46 ıncı maddenin ilk fıkrası: “*hukuk düzeni tarafından korunan bir hakka aykırılık taşıyarak zarar doğuran fiiller hukuka aykırıdır*”; ikinci fıkrası ise “*zarar doğuran fiil bir kişinin hareketlerinden kaynaklandığında bu hareketler, emredici bir hükme, hukuk düzeninin bir yasağına, dürüstlük kurallarına ya da sözleşmeden doğan bir ödevle aykırı ise hukuka aykırıdır*” şeklinde düzenlenmektedir. Tasarı üzerinde çalışan yazarlar bu duruma gerekçe olarak, İsviçre hukukunda genel ahlâka aykırı fiillerle verilen zararları kapsayan hükmün, uygulamada hemen hemen hiç kalmamasını, somut olaylardaki durumların da, zaten ya bizzat kanun hükümleri (örneğin haksız rekabet alanında olduğu gibi) ya da yine dürüstlük kuralları (CC.m.2) aracılığıyla yani hukuka aykırılık ile çözümlendiğini belirtmektedirler. Ancak sorumluluk hukuku alanındaki bu düzenlemenin, elbette ki sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak genel ahlâk kurallarına duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmayacağı açıktır. Öntasarı ve gerekçeleri için bkz. **Widmer-Wessner**, sh.62 vd. Madde bu haliyle şu anda İsviçre’de oldukça fazla eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin başında, tasarı çalışmalarının hukuka aykırılık kavramının kapsamını, dürüstlük kurallarına verilen yanlış anlamla genişletmesi gelir. Çünkü, özel bir ilişkinin varlığından bağımsız olarak uygulanabilme yeteneğine sahip dürüstlük kuralları, tasarı çalışmaları ile genel bir davranış kuralı haline sokulmak istenmektedir. Oysa dürüstlük kuralları genel bir davranış kuralı olmaktan çok, her meselede ayrıca somutlaştırılmaya ihtiyaç duyan genel bir ilkedir. Öte yandan hükmün bu kapsamı, haksız fiilin alanını da genişletmekte ancak daha da önemlisi akdi sorumluluk (CO.m.41 vd) ve akid dışı sorumluluk (CO.m.97 vd) alanlarındaki ayırımı temel olan, genel ödevlerin ihlali ve özel ödevlerin ihlali ayırımını ortadan kaldırmaktadır. Bu eleştiriler hakkında bkz. **Foex-Werro**: *La reforme du droit de la Responsabilité Civile*, 2004; ve bilhassa konuyla ilgili **Morin**, *Le comportement contraire au principe de la bonne foi au sens de l’article 46/2 de l’Avant projet de loi fédérale sur la révision en l’unification du droit de la responsabilité civile*, sh.61-81; **Bussani**, *Les relations entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, sh.109-123; **Chappuis**, sh. 190-207; ayrıca aynı yazarın, (*avant-projet*) sh.123 vd.

⁵³⁴ **Petitpierre**, *La partie générale du code des obligations: Un texte au service d’un système*, Pour Un Droit Pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève, 2002, sh.79 vd. Sorumluluk hukuku açısından hukuka aykırılık kavramı dar anlamıyla hukuka aykırılığı yani kişilerin mutlak ve ekonomik varlıklarını zarar verici müdahalelerden koruma amaçlı hukuk normlarının ihlalini ifade etmektedir ki bu anlamda hukuka aykırılık iki unsurdan oluşur. Bunlardan ilki, belirli bir davranışı emreden hukuk kuralının, davranış normlarının ihlali yani “olumlu unsur”; diğeri ise somut meselede uygulanabilecek bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması yani “olumsuz unsurdur”. İşte bu dar anlamı ile kavramı açıklamak üzere de doktrinde iki temel teori ortaya atılmıştır. Bunlardan özellikle Fransa’da hakim olan, *Sübjektif (olumsuz) teoriye* göre; hukuka aykırılık davranışta bulunan kişinin, karşı tarafa zarar verme hakkının olmamasındadır. Burada hukuka aykırılık zarar doğuran sonuçta anlam bulur. Çünkü kişi için, davranışından sorumluluk kendi hakkına dayanmayan yani yetkili olmadan zarar vermesinde saklıdır. Hak sınırı içinde kalındıkça hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında benimsenen *Objektif (olumlu) teoriye* göre; hukuka aykırılık sonuçta değil bizzat davranışın içindedir. Bir başkasına zarar vermek tek başına hukuka aykırılık yaratmaz. Toplum içinde birlikte yaşam bazı hallerde başkalarına zarar verme sonucunu doğurabilir. Burada belirleyici olan başkalarının hukuk düzeni tarafından korunan objektif menfaatlerinin (koruma normlarının) ihlal edilip edilmediğidir. Bu konuda bkz. **Deschenaux/Tercier**, sh.68 vd; **Chapuis**, sh.168-169; **Morin**, (*bonne foi*), sh. 62-79 ; **Eren**, sh. 553 vd, **Davran**, sh. 268 vd; **Kılıçoğlu**, (*Basın*), sh.42 vd.

ekonomik menfaatlerin korunmasında olduğu gibi, toplumların kamusal vicdanlarına ait menfaatleri korumanın yolu da budur⁵³⁵.

Buna göre hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan ilk şart, “*genel ahlâk kurallarına aykırı bir davranışın*” olmasıdır. Bu noktada hakim, genel ahlâk kavramını tıpkı yukarıda incelediğimiz kapsamda değerlendirecektir. Bir başka deyişle, sorumluluk hukuku alanında geçerli olan kavramın kapsamı, sözleşmelerin geçerlilik şartlarındaki kapsamıyla aynıdır. Şüphesiz ki kişi genel ahlâka aykırı bir davranışta bulunduğunu bilmelidir. Buna karşılık, genel ahlâka aykırı davranışın yöneldiği, yani zarar gören kişinin durumu bilip bilmemesi kanaatimizce önemli değildir. Öte yandan eğer genel ahlâka aykırı olan davranış, aynı zamanda hukuka aykırılık oluşturuyorsa, artık kusuru ağırlaştıran ikinci fıkra hükmüne gitmeye ihtiyaç yoktur. Somut meselede ihlal edilen koruma normuna bağlı olarak ilgili hükümlere ya da genel hüküm olarak BK.m.41/I hükmüne başvurmak mümkündür⁵³⁶.

Bu noktada şunu da belirtmek gereklidir ki; son yıllarda sosyal ve ekonomik hayat içindeki hızlı gelişime paralel olarak, kişilik hakları kavramının, koruduğu değerlerin, dürüstlük kuralı kavramının, buna bağlı hakkın kötüye kullanımının

⁵³⁵ BK.m.41/II hükmü şu düşünceden doğmuştur: bir hakkımızın veya bir kanun hükmünün çiğnenmediği öyle aşırı bir takım haller vardır ki, bunlarda etik hislerimiz hukuka aykırılık varmışçasına bir reaksiyon ortaya çıkmasını arzular. İşte madde bu arzuya cevap vererek, sorumluluk hukukunun alanını genişletmekte, daha doğrusu tamamlamaktadır. Hükmüyle, hukuken onaylanmayan hareketlerin alanı, hakim artık bu hareketleri belirlemekte ahlâkı bir kıstas olarak kullanacağından genişlemektedir. **Davran**, sh.269.

⁵³⁶ Örneğin, *Yarg.4.HD*, 25.2.2960 T, E. 3881, K.2291’da, kendisine ait olmayıp bir başkasına ait olduğunu bildiği malı (traktörün, alacaklıyı yanıltarak, haciz konulmasına sebep olan kişinin davranışının yazılı hukuk normlarının ihlali (İİK.m.74, m.338) yanında, yazılı olmayan hukuktan kaynaklanan davranış kurallarını ihlal ettiğinden, ayrıca karşı tarafa zarar vereceğini bildiğinden (kast gerçekleştiğinden) BK.m.41/II hükmü gereği genel ahlâka da aykırı olduğu belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce bu olayda zaten hukuka aykırılık şartları gerçekleştiğinden, ayrıca kusurun ağırlığını aramaya gerek olmaksızın BK.m.41/I hükümlerinin uygulanması yeterli olmalıdır. Ayrıca BK.m.41 hükmünün ilk ve ikinci fıkraları arasındaki bağlantı hakkında doktrinde varolan görüşler için bkz. **Davran**, sh. 270.

gösterdiği değişim ve ayrıca somut meselelere bağlı özel kanun hükümlerinin *çoğalması (Rekabet hukuku ve Tüketicinin Korunması gibi)* genel ahlâk kurallarına aykırı davranışlardan doğan akit dışı sorumluluk alanını daraltmaktadır. Ancak yine de tamamen ortadan kaldırdığı söylenemez. Örneğin, üçüncü kişinin sözleşme taraflarından birine zarar vermek amacıyla diğer tarafı sözleşmeye aykırı davranışta bulunmaya itmesi⁵³⁷; hayati önemdeki bir edimle ilgili haklı sebep yokken sözleşme yapmayı reddetmek; üçüncü kişiyi bir tehlikeye karşı uyarmaktan kaçınarak ona zarar vermek; istenmediği halde doğru olmayan tavsiye ve görüşlerde bulunmak, sözleşmeyi yerine getireceğine ve borcunu ifa edeceği yönünden inanç oluşturmak⁵³⁸ durumlarında olduğu gibi⁵³⁹.

⁵³⁷ Bu konuda özel olarak bkz. **Grossen**, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat; Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönnenberger, Fribourg, 1968, sh.1-16.

⁵³⁸ *Yarg.3.HD. 2.9.1962 T, E.4629, K.7109'da*, şekil eksikliği sebebiyle batıl olan bir sözleşmede, taraflardan biri, karşı tarafı şekil şartına uymadan sözleşmeyi yapmaya yöneltmiş ve bu arada sözleşmeyi ifa edeceğine inandırmış ise, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle karşı tarafın uğradığı zararları BK.m.41/II hükmü gereği tazmin edecektir. Bu karar elbette ki, tüm şekil eksiklikleri için geçerli değildir; burada önemli olan kişinin şekil şartı dışına çıkılmasını sağlarken karşı tarafta "sözleşmeyi yerine getireceği ve borcunu ifa edeceği yönünde oluşturduğu inanç" aykırı davranışın genel ahlâka aykırı olmasıdır. Bu husus şüphe götürmez. Ancak kanaatimizce, burada taraflar arasında asli edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisi doğduğundan "culpa in contrahendo" gereği meselenin MK.m.2'e aykırılık ile borca aykırılık yaratacağıdır. O halde kusurun ağırlığı şartına özel olarak ihtiyaç yoktur. Duruma sebep olan kişi, karşı tarafın sözleşmenin geçerli olmaması sebebiyle uğradığı menfi zararları tazmin etmek durumundadır. Öte yandan Hatemi'nin de belirttiği gibi, eğer somut meselede, "karşı tarafa zarar verme kasdı" da ispat edilmiş ise artık meselede, akdi sorumluluk (BK.m.96 vd) ve akid dışı sorumluluk (BK.m.41/II gereği) hükümleri yarışır. **Hatemi**, (Sorumluluk), sh.31,32. Buna karşılık Yargıtay, şekil eksikliğine dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin, şekle uyulmadan yapılmasını hile ile temin etme durumu dışında BK.m.41/2 hükmü kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir. *Yarg. 13.HD, 27.11.1986 T, E.5141, K.5846, Yarg. 4. HD, 5.5.1958 T, E. 3555, K. 2984, Uygur, C.2, sh.1434, sh.1437. Ayrıca, Yarg. 13.HD. 2.12.1991 T, E.1991/7217, K.1991/10901. Yine Yargıtay, bir ticari müessesenin, birçok ilanlar vererek bu yol ile halk kitlesi üzerinde kesin bir kanaat uyandırması sonucunda kendisi ile şekle aykırı satış vaadi sözleşmesi yapanlara karşı o müessesesini vaadinden dönmesi şeklinde tezahür eden eylem ve davranış kasten işlenmiş genel ahlâka aykırı bir eylem olarak nitelendirmektedir. Yarg. 4.HD, 5.5.1958 T, E.3555, K.2984, Uygur, C.2, sh.1015.*

⁵³⁹ Örneğin, Yargıtay, başkasına ait traktörü kendi malı gibi gösterip haciz konulmasına neden olmayı madde kapsamında değerlendirmiştir. *Yarg. 4. HD, 16.6.1986 T, E. 3849, K.4732; yine evli olduğunu gizleyerek evlenme vaadinde bulunan davalının, davacının bu nedenle uğradığı zararı ve masrafları tazmininde de durum böyledir. YHGK, 14.2.1996 T, E.4-976, K.73. Örnekler için bkz. Uygur, C.2, sh.1493-1445. ayrıca bkz. Yarg.13.HD, 27.11.1986 T, E.5141, K.5846; Yarg. 4.HD, 16.6.1986 T, E.3849, K.4732; Yarg. 4. HD, 5.5.1958 T, E.3555, 2984 K; Yarg. 13.HD, 2.12.1991 T, E.7217, K.10901; Yarg 13.HD, 5.3.1992 T, E.103335, K.2032; YHGK, 1.10.1997 T, E.4-327, K.765; Yarg. 13.HD, 30.1.1992 T, E.8879, K.645, Yarg. 13.HD, 17.4.1984 T, E.761. T.2930. Karahasan, (Sorumluluk), sh.146-157. İsviçre Federal Mahkeme kararları içinse bkz. Werro,*

Kaldı ki zaten genel ahlâka aykırılık ve hukuka aykırılık sebepli doğan sorumluluk hukuku sonuçları arasında da fark bulunmamakta; fark sonuçlardan ziyade ağırlaştırılan kusur unsurunun somut olayda aranıp aranmayacağı meselesinde ortaya çıkar. Bu anlamda ikinci şart, genel ahlâka aykırı bu davranışta aranan “*kusurun kast derecesinde*” olması gerekliliğidir. Kişinin kastın iki unsurunu da yani, hem genel ahlâka aykırı davranışı tasarlaması hem de zararlı sonucu istemesi gerekir⁵⁴⁰. Hatta kastın doğrudan doğruya olmadığı yani; kişinin genel ahlâka aykırı davranışı ile ortaya çıkacak sonucu istemediği ancak sonucu göze aldığı dolaylı kast⁵⁴¹ durumunda, tazminat sorumluluğunun doğmayacağını düşünen yazarlar da vardır⁵⁴². Ancak kanaatimizce genel ahlâka aykırı davranışlar açısından, kast unsurunu bu tür bir ayırımı tabi tutmak pratikte çok da anlamlı değildir. Çünkü her şeyden önce, toplumdaki genel ahlâk değerlerini ve dolayısıyla kamusal vicdanı rahatsız edecek bir davranışı bilinçli olarak yapmak ve doğuracağı sonuçları görmek, bu sonuçlar istenmemiş olsa dahi ortak vicdanı rahatsız edecektir, bu kaçınılmazdır. Üstelik, zaten bir davranışı genel ahlâk kurallarına aykırı kılan çoğunlukla, kavramın içeriğine dahil olan değerlere zarar verme isteğidir ki bu da somut olaylarda dolaylı kastın uygulama alanını yok denecek kadar daraltır. Kaldı ki böyle durumda, hatta dolaylı kast yerine ihmalin bulunduğu bir meselede dahi, genel ahlâk kurallarına aykırı olan davranışın, aynı zamanda daha dar kapsamlı olan dürüstlük kurallarına da

(Commentaire Romand), sh. 285. Örn. ATF 124 II 297 = JdT 1999 I 269, ATF 114 II 91 = JdT 1988 I 310.

⁵⁴⁰ **Deschenaux/Tercier**, sh.82; **Karahasan**, (Sorumluluk), sh.146-147. Ayrıca kişinin maddi ya da fiili bir hata içine düşmemiş olması da gereklidir. Çünkü hata, kasdı sona erdirir. **Tandoğan**, (Sorumluluk), sh.45. Aksi görüş için bkz. **Karahasan**, (Sorumluluk), sh.146 vd.

⁵⁴¹ Dolaylı ve doğrudan kast ayırımı hakkında bkz. **Deschenaux/Tercier**, sh.62; **Engel**, sh. 464; **Eren**, sh. 536; **Oğuzman/Öz**, sh. 528; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 493.

⁵⁴² *Von Tuhr/Peter* ve *Becker* gibi yazarlar, kastın yönelik olmadığı dolaylı zararların bu hükme göre tazmininin mümkün olmadığını; burada “öngörülebilir sonuç teorisi” yoluyla sorumluluk tesis edilemeyeceğini belirtmektedirler. Bu konuda bkz. **Öz**, MHAD, 1985, S.16, sh.159, 160.

aykırılık yaratabileceği ve dolayısıyla BK.m.41/I hükmü gereği hukuka aykırılığın doğabileceği ihtimali de gözden kaçırılmamalıdır. Ancak bu ihtimalde dahi, genel ahlâka aykırı bir davranışla verilen zararlar, dürüstlük kuralının da içine dahil olduğu etik anlayış bakımından daha geniş ve katı bir biçime sahiptir⁵⁴³.

Peki ama neden kanun koyucu bu durumda ihmal ile doğan zararları⁵⁴⁴ madde kapsamına sokmamıştır? Oysa hukuka aykırılıkla verilen zararın tazmini için ihmal yeterlidir. Bunun sebebi ne olabilir? Aslında bu sorunun yanıtı, kanaatimizce genel ahlâk kurallarının, hukuk kurallarından farklı olarak, bireyleri zarardan korumak amaçları bulunmamasında yatar. Gerek mutlak hakları gerekse ekonomik menfaatleri korunma amacı, hukuk düzenine ve bu düzenin içindeki özgürlüklere, haklara ve ödevlere yüklenmiştir. Zaten bu amaç, sosyal hayat içinde ancak, hukuk kurallarının doğuş sebebini oluşturabilir. O halde, kanun koyucunun, genel ahlâk kurallarını ihlal eden bir kimsenin, davranışlarıyla önceden başkalarına zarar vermeyi düşündüğünü ve bu amaçla hareket ettiğini söylemesi ne kadar doğru olabilir? Karşısındaki insanı vurup öldüren bir kişi, onun mutlak bir hakkını, temel bir değerini ihlal eder. O halde kanun koyucu için zarar veren kişinin ihmali dahi sorumluluk bakımından yeterlidir. Peki ama aynı değerlendirmeyi ihmaliyle üçüncü bir kişiyi bir tehlikeye karşı uyarmaktan kaçınıp, ona zarar veren kişi için yapmak; bu iki durumu aynı kefiye koymak ne kadar doğrudur?

⁵⁴³ Buna karşılık gerek hakkın kötüye kullanımı yasağı (MK.m.2/II) için gerekse genel ahlâka aykırı bir davranışla verilen zararlar için (BK.m.41/II), kanun koyucunun kusuru kast derecesinde aranmasının bir benzerlik yarattığı dikkatten kaçmamalıdır. **Roy/Schoenenberger**, sh.36. (§ 5, V)

⁵⁴⁴ **Uygur**, sh.1289.

Sorumluluk için gerekli olan diğer şartlar ise genel ahlâka aykırı davranış ile bir “zararın doğmuş olması” ve elbette ki genel bir şart olarak, davranış ile zarar arasındaki “illiyet bağının” varlığıdır. Elbette ki, ortaya çıkan zarar temel koruma normlarının ihlali şeklinde ise hukuka aykırılık yaratacaktır. Bilhassa mutlak hak ihlallerinde durum böyledir.

Öte yandan genel ahlâka aykırı davranışta bulunan kimsenin doğacak bütün zararları öngörmesi gerekmez. Öngörülenin dışında doğan zararlar da illiyet bağı olduğu sürece tazmin edilecek zarar kapsamındadır⁵⁴⁵. Çünkü *neminem laedere* kuralı temel bir hukuk ilkesidir ve buna göre, herkes başkasına verdiği zararı tazmin etmek zorundadır. Doğacak olan zarar, kural olarak hem maddi hem de manevi olabilir. Ancak kanaatimizce, özellikle manevi zararlar bakımından kişilik haklarının ihlali durumları (MK.m.23) genel ahlâka aykırılık bakımından uygulama alanını daraltmaktadır. Zira bu durumda, meseleye doğrudan hukuka aykırılık hükümlerinin (MK.m.24 ve BK.m.41 vd) uygulanması gerekir. Bu sebeple bilhassa malvarlığına yönelik zararlar bakımından hükmün uygulama alanının daha fazla olacağını düşünmekteyiz. Diğer yandan, genel ahlâka aykırı davranış ile, kasden verilen zararlarla ilgili tazminat miktarı, BK.m.43/I hükmüne göre belirleneceğinden hakim takdir yetkisine bağlı olarak, nakden ya da aynen tazmine hükmedebilir⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Aksi görüş **Engel**, sh. 455. Yazar sadece öngörülen ve istenen zararların tazmin edileceği görüşündedir.

⁵⁴⁶ Örn: Yargıtay, davalının kira sözleşmesini sona erdirmek için devredip tekrar geri aldığı dükkanla ilgili, genel ahlâka aykırı davranışı sonucu (BK.m.41/II), kira sözleşmesine konu bir dükkanın davacıya teslimi konusundaki karar vermiştir. Her ne kadar meselede davacıya zarar verme kasdı bulunduğundan, ulaşılan sonuç değişmeyecek olsa da; kanaatimizce burada da hakkın kötüye kullanımı sınırı aşılmakta (MK.m.2/II) ve uygulama alanı bulması gereken hüküm BK.m.41/I olmalıdır. *Yarg 13.HD, 7.12.1981 T, E.7372, K.7972; ve bu doğrultuda 13.HD.15.10.1993 T, E.1993, K.3207; Karahasan*, (Sorumluluk), sh.156.

O halde kanun koyucu bir yandan hukuki işlemlerin geçerli olabilmeleri için genel ahlâk kurallarını kıstas almakta (*BK.m.19*); diğer yandan ise kişilerin hukuki eylemlerinin de aynı ahlâki değerleri incitmemesini ve bu yolla kasden diğer hukuk süjelerine zarar verilmemesini hükme bağlamaktadır. (*BK.m.41/III*) Bu noktada, vurgulamak gerekir ki, BK.m.19 ve m.20’de düzenlenen genel ahlâk kavramı, bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi adına gerekli olan geçerlilik şartlarından. Dolayısıyla, dar anlamı ile sorumluluk hukuku değil; sözleşme hukuku alanıyla ilgili bir sistemi ortaya koyar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK ESASLARI

§ 6. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ KAVRAMI VE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN BELİRLENMESİ

I- Sözleşmenin İçeriği Kavramı

Her ne kadar iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması, bir sözleşme ilişkisini kurmaya yetse de, ilişkinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, geçerlilik şartlarına sahip olup olmamasına bağlıdır. Çünkü bir hukuki ilişki içinde borç, icap ve kabulün bulunduğu yerde değil; ancak geçerlilik şartlarının bulunduğu yerde doğar ki bunlar: tarafların ehliyetleri, şekil şartı, irade ve beyan arasındaki uyumun varlığı ile sözleşmenin içeriğinin imkansız, hukuka veya *genel ahlâk kurallarına aykırı olmamasıdır*. O halde muhataba ulaşan, sözleşmenin tüm esaslı noktalarını⁵⁴⁷, sebebini⁵⁴⁸ ve bağlı kalmak niyetini içeren bir *icaba*, süresinde verilen uygun *kabul* ile taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulacaktır. Peki ama kurulan bu sözleşme ilişkisi içinde bilhassa genel ahlâk kuralları yönünden yapılacak olan geçerlilik denetimi sözleşmeye ait hangi unsurları kapsamalıdır?

⁵⁴⁷ Bu konularda bkz. **Engel**, sh.158-159, 219; **Tercier**, (*contrat*), sh.29-32; **Eren**, sh.210-211; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, sh.75-76; **İnan**, sh.96-97.

⁵⁴⁸ Bu anlamda sözleşme için kurucu unsur olarak açıklanan irade beyanları arasındaki uyum ister fiili, ister normatif olsun, o sözleşmeye ait tüm objektif ve sübjektif esaslı noktalar dışında sözleşmenin sebebini de içermelidir. Sözleşmenin kurucu unsuru olarak muhataba yönelen icabın geçerliliğini sağlayan da zaten bu unsurlardır ve bu unsurlardan birinin eksikliği ancak icaba davet oluşturabilir. Öte yandan Türk hukukunda Fransız hukukunun aksine açıkça hukuki sebebin sözleşmenin geçerlilik şartı olduğu belirtilmemektedir. Ancak tarafların irade beyanlarının sözleşmenin sebebi üzerinde de uygun olması gerekliliği BK.m.17 ve m.61 hükümlerinden dolayı olarak ulaşılan bir sonuçtur. Bu nedenle tarafların irade beyanlarının yöneldikleri sebep birbirinden farklı ise, uygunluktan bahsedilemez. **Eren**, sh.208.

Düzenleme özgürlüğünün sınırını ortaya koyan BK.m.20 hükmünün metninde kanun koyucu “*sözleşmelerin mevzuundan*” bahseder. İfade her ne kadar “*sözleşmeye ait konuyu*” (*objet d’un contrat*) açıklasa da, yukarıda da belirttiğimiz üzere, (§ 2, II, B, 3) aslında anlaşılması gereken sözleşmeye ait konudan daha kapsamlı olan ve tarafların açık ya da örtülü iradelerinin üzerinde uyduğu tüm hükümler yani⁵⁴⁹ “*sözleşmenin içeriğidir*” (*contenu d’un contrat*) Çünkü, konu (*objet*), sadece sözleşmenin ne ile ilgili olduğunu ve kapsamında borç olarak ortaya konulan edimleri belirlerken; içerik (*contenu*) bu kadar sınırlı bir kavram değildir. Türk hukukunda bu yanlışlığın sebebi mehz İsviçre Borçlar Kanunu m.20’nin Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki terim farklılığıdır. Gerçekten de, İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde yer alan “*der Inhalt*” kelimesi tam anlamıyla sözleşmenin içeriğini (*contenu*) ifade etmekte buna karşılık; Fransızca metindeki “*objet*” ve İtalyanca metindeki “*l’oggetto*” kelimeleri ise “*konu*”yu açıklamakta; böylece her iki terim de anlam olarak birbirinden ayrılmaktadır. Ancak bu durum ne 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunundaki revizyonda, ne de Türk hukukunda 1926 yılında yapılan kanunlaştırma çalışmalarımızda dikkate alınmamıştır⁵⁵⁰.

Genel anlamı ile tarafların, üzerinde anlaştıkları sözleşme hükümlerini ifade eden sözleşmenin içeriği (*contenu d’un contrat*) doktrinde iki farklı anlamda kullanılır. *Dar anlamıyla sözleşmenin içeriği*, bir sözleşme ilişkisi içinde geçerli olan

⁵⁴⁹ **Zufferey-Werro**, sh.216.

⁵⁵⁰ Ancak İsviçre hukukunda da kavramın sözleşmenin içeriğini ifade ettiği ve Almanca metninde yer alan terimin doğru ifade olduğu kabul edilmektedir. **Zufferey-Werro**, sh.216. Buna karşılık Yeni Türk Borçlar Kanunu tasarısındaki sözleşme özgürlüğüyle ilgili m.26-m.29 hükümlerinin başlığı bu anlamda “*Sözleşmenin İçeriği*” olarak düzenlenmekte; 26 ıncı madde içinde de şu ifade yer almaktadır: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

normlar bütünüdür ki⁵⁵¹; bunlar sözleşmenin türüne göre tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ifade eder. Başka bir deyişle tarafların karşılıklı taahhütlerinin neyle ilgili olduğu ve neye dayandığını açıklar. Her sözleşme tipine ait farklı olan, karşılıklı haklar ve borçlar, bunların kısmen görüntüsünü oluşturan edimler, sözleşme ile doğrudan ulaşılmak istenen amaç gibi. *Geniş anlamda sözleşmenin içeriği ise*⁵⁵², bir sözleşme ilişkisi içinde tarafların kararlaştırdıkları her şeyi içine alır. Bu şekliyle, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, edimleri (§ 7, I, A), doğrudan ulaşmak istedikleri amaçlar yanında sözleşme ilişkisi ile ulaşmaları mümkün olup, her ikisinin de ortak olarak istedikleri dolaylı ortak amaçlar (takip edilen amaç) da içerik kavramına dahildir (§ 7, II, A). İşte Borçlar Kanunu m.19 ve m.20 kapsamında ifade edilen sözleşmenin içeriği kavramı da bu anlamda yani, sözleşme ilişkisi içinde tarafların açık yada örtülü olarak üzerinde anlaştıkları bütün hususları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır⁵⁵³. Özellikle inceleme konumuz olan genel ahlâk kuralları düşünüldüğünde, kavramın bütün olarak korunması ve bu nedenle sadece edimlerin değil sözleşmeye ait tüm unsurların incelenmesi gerektiği çok açıktır⁵⁵⁴. Buna göre

⁵⁵¹ Bu normlar her sözleşme türüne ait tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösteren normlardır. Bu anlamda dar anlamıyla sözleşmenin içeriği için sözleşmenin teknik anlamda içeriği ifadesini kullanmaktadır. **Başpınar**, sh.58 vd; **Bucher**, sh. 176-177; **Hatemi**, sh.12 vd. Porret/Perregaux sözleşmenin içeriğini şu ifadelerle açıklamaktadır: “Sözleşmenin içeriği; bir edimi tamamlama borcudur. Olumlu (yapma veya verme) veya olumsuz (çekinme veya katlanma) şekilde olabilir. Nakdi bir değere sahip olması veya alacaklının ekonomik bir menfaatini karşılaması şart değildir. Bununla birlikte korumaya değer bir menfaati temel alması gerekir” **Porret/Perregaux**, sh.17. Ayrıca bkz. **Aubert**, sh.12; **Eren**, sh.285; **Başpınar**, sh.58-59.

⁵⁵² **Gauch/Schluép/Tercier**, sh.72; **Schneider/Fick**, sh. 60. Ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 220 vd; **Eren**, sh.285-286. Geniş anlamda içerik, sözleşmenin teknik olmayan anlamda içeriği olarak da ifade edilmektedir. **Başpınar**, sh.59-60.

⁵⁵³ **Guillod/Steffen**, Commentaire Romand, sh.133; **Gauch/Schluép/Tercier**, sh.72; **Schneider/Fick**, sh. 60; **A.Bucher**, sh.121; **Thévenaz**,sh.115; **Zufferey-Werro**, sh. 220; **Engel**, sh.267; **Eren**, sh.285-286; **Başpınar**, sh.60.

⁵⁵⁴ *E.Bucher’in* görüşüne göre; sözleşmenin içeriğini oluşturan öğeler, eşmerkezli daireler içinde düzenlenmektedirler: merkezden uzaklaştıkça kararlaştırılan unsurlar hala sözleşmeye dahil olmakla birlikte artık direk olarak, sözleşmenin konusundan doğmazlar. Bu eşmerkezli çemberler takip edildiğinde, yazara göre, genel ahlâk kurallarını ihlal edebilecek sözleşme unsurları şu şekilde ayrılabilir. *Asli hükümler (clauses principales)*, sözleşmenin merkezini oluştururlar ve sözleşmenin niteliği, özelliği ve ifa modalitelerine göre tarafların edimlerini belirlerler. *Tali hükümler (clauses accessoires)*, farklı ihtimalleri, özel olarak sözleşmenin öngörüldüğü gibi gitmemesi hallerini

sadece sözleşmenin bütününe değil, aynı zamanda ilişkiye konu edimin, diğer ifa unsurlarının (modalitelerinin), taraflara ait doğrudan ve dolaylı ortak amaçların da mutlaka genel ahlâk kurallarına uygun olmaları gerekir. (§ 7)

O halde hem sözleşme ilişkisi yani taraflar arasında mevcut olan hukuki bağ hem de bu bağdan doğan hak ve yükümlülükler, bütün olarak genel ahlâk kuralları denetimine tabidir. Ancak kanaatimizce şu hususu da gözden kaçırmamak gerekir. Bir sözleşme ilişkisi içinde, tarafların mutlaka üzerinde anlaşmaları gereken objektif ve sübjektif esaslı noktalar dışında, taraflara ait bazı hak ve yükümlülükler de bulunmakta ve bunlar içeriğe dahil edimlere konu olmaktadır. Ancak bu hak ve yükümlülükler sözleşme ilişkisi içinde esaslı ya da yan nokta olabilecekleri gibi, ayrıca kanun hükümlerinden yada dürüstlük kurallarından da doğabilirler. Buna göre sözleşme ilişkisi içinde taraflara ait olan *asli haklar (alacak hakları), fer'i haklar ve tali haklar* ile yine sözleşmeden doğan *edim yükümleri ile yan yükümler* hem dar hem de geniş anlamda sözleşme içeriğine dahildirler. Dolayısıyla her zaman genel ahlâk kuralları tarafından denetlenirler. İşte bu noktada unutmamak gerekir ki söz konusu hakların ve yükümlülüklerin *kullanım sınırını* oluşturan BK.m.19 hükmü ile genel ahlâk kuralları değil, MK.m.2 hükmü gereği dürüstlük kurallarıdır. Bunun içindir ki *sadece yazılı veya sözlü irade açıklamalarının ifade tarzındaki dürüstlüğe aykırılık, sözleşmenin içeriğini genel ahlâka aykırı kılmaz*. Yeter ki irade açıklamalarının anlamından doğan bağlayıcı sonuçlar genel ahlâka aykırı olmasın! Çünkü bir sözleşmenin BK.m.19-m.20 anlamında genel ahlâka aykırı olup olmadığı ancak sözleşmenin içeriğine göre belirlenir ve bu içeriği sözleşmenin doğurduğu sonuçlar

düzenlerler. (Risklerin karşılanması, ifa edilmeme durumundaki yaptırım veya uyumsuzluk durumundaki usul gibi.) *Şarta bağlı hükümler (clauses conditionnelles)*, bunlar ise kararlaştırılan edimlerdeki istenmeyen durumlara göre değişen şartları ifade ederler. **Zufferey-Werro**, sh.216-217.

yani yüklenilen borçlar, kararlaştırılan sözleşme şartları ve yapılan tasarruflar oluşturur. Buna karşılık örneğin, edimler arasındaki oransızlığın hangi şartlarda dikkate alınacağı gibi hususlar (BK.m.21) zaten kanun koyucu tarafından düzenlenmektedir (§ 5, IV) Bu denetim içinde, hiçbir zaman gözden kaçırılmaması gereken husus ise, İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında belirttiği gibi, BK.m.19 ile m.20 hükümlerinin, hakimi medenî hakları kullanma ehliyeti olanların vasisi durumuna getirmediğidir⁵⁵⁵.

II- Sözleşmelerde Genel Ahlâka Aykırılığın Belirlenmesi

Doğaldır ki, bir sözleşme ilişkisi içinde, genel ahlâk kurallarına aykırılığı belirleyecek olan kişi *hakimdir*. Hakimin bu denetim sırasında esas alacağı ahlâk kurallarıysa, yukarıda incelediğimiz üzere, bireylere ait sübjektif ahlâk anlayışları değil, topluma ait objektif yani “*genel ahlâk kurallarıdır*”. Bu kurallar belli bir yerde ve zamanda o topluma ait sosyolojik kurallar ile ahlâk kurallarından temel alan ve kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makul insanlara ait “asgari, sosyal ve hukuki ahlâk kurallarının” ifadesidir. (§ 3, II) Bu denetim sırasında hakim öncelikle çerçeve hükmün koruduğu hukuki değerlerle kavramın içini doldurmalı yani *somutlaştırmalı*; ardından sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâk kurallarının ihlal edilip edilmediğini incelemelidir. (§ 4)

⁵⁵⁵ ATF 84/1958 II 13= JdT 1958 I 263 (275); Zufferey-Werro, sh.161. Buna karşılık sözleşme taraflarından biri, sözleşme ilişkisini kuran birbirine uygun irade açıklamalarıyla ya da önceden hazırlanmış sözleşme metni ile aldatıldığı düşüncesinde ise; iki seçeneği vardır. Ya sözleşmeyi olduğu gibi ve dürüstlük kurallarına göre yorumlanacak şekilde bırakacak yada irade bozukluğundan dolayı sözleşmenin iptalini isteyecektir.

Ancak hakim tarafından bu araştırma, bilhassa aynı toplum içindeki küçük gruplara ait özel ahlâk anlayışları ortaya çıktığında biraz daha dikkatli yapılmalıdır. Özellikle *meslek ahlâkı kuralları* yönünden durum böyledir. Örneğin, bütün doktorların, avukatların ya da akademisyenlerin uymaları gereken ahlaki değerler o toplumun geneline ait olanlardan daha çok özen gerektiren, ağır ve katı kurallar olabilir. Elbette ki bu durumdan, bir toplum yapısı içindeki her gruba ait, ayrı ve bağımsız ahlâk kurallarının bulunacağı sonucuna ulaşılamaz. Zira meslek ahlâkı kuralları o toplum içinde aynı meslek grubuna dahil olan bütün bireylerin ortak olarak uymaları gereken; ve bu yönüyle yine *objektif* bir özellik taşıyan kurallardır. Buna karşılık, aynı toplum içinde farklı amaçlarla bir araya gelmiş, örneğin, çetelerin, mafya örgütlerinin ya da bir arkadaş grubu içindeki gençlerin kendi aralarında uydukları ve sürdürdükleri davranış kurallarının “genel ahlâk kuralları” seviyesinde değerlendirilmesi şüphesiz ki düşünülemez. Burada fark, meslek ahlâkı kuralları yönünden, o mesleğin devamı, saygınlığı ve toplumun her kesiminde aynı standartlarda hizmet sunulması bakımından objektif ve genel ahlâk anlayışlarının ortaya konulmasından doğar.

Öte yandan hakim, önüne gelen somut bir meselede, aslında ahlâki bir anlayışın ihlal edildiğini tespit etmiş olsa da, eğer bu yönde bir pozitif hukuk kuralı varsa BK.m.20 hükmünden önce bu özel kuralı ve ona bağlanan yaptırımı uygulamak zorundadır. Örneğin irade sakatlığı hallerinde durum böyledir. Çünkü bu noktada artık, ahlâki bir temele dayalı yazılı hukuk kuralı bulunmaktadır ve bu kuralın da kendisine ait yaptırımları vardır⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Aynı şekilde, MK.m.775 uygulaması da BK.m.41/II hükmünün uygulama alanına engel olur. Bu konuda bkz. **Hatemi**, sh.173-174.

Hakim açısından önemli olan bir diğer husus da, *tarafların ihlal ettikleri değerlerin “genel ahlâk kurallarının ihlali” olduğunu bilmeleri gerekmeyeceğidir.* Bir başka ifadeyle “borç doğuran eylemin genel ahlâka aykırılığını tarafların bilmemeleri veya kültürel ve sosyal yaşantıları itibariyle bunun genel ahlâka aykırılığını takdir olanağından yoksun bulunmaları, halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından genel ahlâka aykırılığı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini değiştirmez”⁵⁵⁷. Bu durumun sebebi ise, genel ahlâk kurallarının sözleşme ilişkisi içindeki tarafları değil; genel yani kamusal menfaatleri korumak amacına sahip olmasıdır⁵⁵⁸.

Öte yandan bir sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olabilmesi için, *her iki tarafın da genel ahlâka aykırı amacı taşıması veya en azından diğer tarafın bu amacı bilmesi ve amacı gerçekleştirmeye teşvik etmesi ya da normalin üstünde bir çıkar sağlaması gerekir.* Bir başka ifadeyle, taraflardan biri aykırılığı bilmiyorsa ya da bilmesi gerekmiyorsa, sözleşme genel ahlâka aykırılık için öngörülen yaptırıma bağlı tutulamaz⁵⁵⁹. (§ 7, II)

Kanaatimizce hakim için önemli olan bir diğer mesele de, sözleşmenin geçerliliği araştırılırken *hangi andaki genel ahlâk kurallarının esas alınacağı* meselesidir. Özellikle toplumsal hayata bağlı olarak hem korunan değerlerin, hem de

⁵⁵⁷ Yarg. 11. HD, 8.12.1975 T, E. 4834, K.7191, **Uygur**, sh.1009. Ayrıca pozitif hukukun atıf yaptığı ahlâk kurallarının yazılı olmayan hukuk kuralları niteliğinde olması ve bunların tesbitinin bir hukuk sorunu olması, bu nedenle tıpkı hukuka aykırılık gibi genel ahlâka aykırılık bilincinin de aranmaması hakkında bkz. **Hatemi**, sh.172.

⁵⁵⁸ **Tercier**, sh.144.

⁵⁵⁹ **Simonius**, sh. 766. Ayrıca bkz. **İnan**, sh.146, **Tunçomağ**, sh.254; **Hatemi**, sh.83 ve sh.126; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh.400; **Oğuzman/Öz**, sh.75; **Eren**, sh. 294.

bizzat genel ahlâk kavramının değışkenliğı göz önünde bulundurulduğunda sorunun yanıtı ayrıca önem kazanır. Acaba hakim sözleşmenin kurulduğu anı mı, borcun doğduğu anı mı, yoksa taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürdüğü anı mı dikkate almalıdır?

Bu konudaki *klasik teoriye* göre, hakim somut olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmadığı yönündeki değerlendirmesini, *sözleşmenin kurulduğu andaki şartlara göre* yapmalıdır⁵⁶⁰. Dolayısıyla hakimın takdir yetkisini kullanırken genel ahlâk kavramını somutlaştıracığı an sözleşmenin yapıldığı andır. Bununla birlikte, eğer sonuçları ertelenmiş bir hukuki ilişki söz konusu ise, bu durumda elbette ki hakim tarafından sonuçların doğduğu tarih dikkate alınmalıdır⁵⁶¹. Aslında bu görüşün temeli, genel ahlâka aykırı sözleşmelerin yaptırımlarının butlan olması fikrinden alır. (§ 8, I, B) Bu sebeple sözleşmenin kurulduğu andan itibaren batıl olmasına paralel olarak genel ahlâka aykırılık da aynı an esas alınarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık bilhassa kişilik hakları yönünden (MK.m.23/II) genel ahlâka aykırılığın butlan değil, zarar gören kişi lehine iptal hakkı doğurduğunu düşünen *E.Bucher'e* göreyse (§ 8, I, A), hakim *hakları ihlal edilen kişinin korumaya başvurduğu an* üzerinden değerlendirmesini yapmalıdır⁵⁶². Ancak aşağıda da detaylı olarak açıklayacağımız üzere, MK.m.23'e bağlı genel ahlâka aykırılık halleri, BK.m.20 anlamından sözleşmenin içerik sakatlığı sebeplerindendir ve bu anlamda sözleşmenin genel

⁵⁶⁰ **Thévenaz**, sh.99, **Pedamon**, sh. 84. Ayrıca Yarg.13.HD 15.2.2001 T, E.2001/742, K.2001/1516 kararında da açıkça “sözleşmenin yapıldığı tarihin esas alınacağı belirtilmektedir”. Yine bu konuda bkz. ATF 84 II 628 = JdT 1959 I 362, **Uygur**, sh.1003.

⁵⁶¹ **Pedamon**, sh.84. Örneğin belli bir vadeye bağlanan sözleşmeler kurulduklarında genel ahlâka aykırılık taşımamalarına rağmen, borç muaccel olduğunda bu neteliğı kazanmışlar ise, bu durumda sözleşmenin yine genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olması gereklidir.

⁵⁶² Bu konuda bkz. **Deschenaux/Steinauer**, sh.92; **Tercier**, (clausula), sh.205, **Thévenaz**, sh.99 vd. Ayrıca bu yazarların göndermesi ile **E.Bucher**, Berner Kommentar, Art. 27 ZGB, Berne, 1993, n.295.

ahlâka aykırılığından farklı değildir. (§ 8, I, C) Farklılık kendisini sadece, BK.m.20’de varolan genel ahlâka aykırılığın hakim tarafından re’sen dikkate alınabilmesinde, buna karşılık MK.m.23 hükmüne göre kişilik haklarının genel ahlâka aykırılığındaysa ancak bunu iddia eden tarafın varolan hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürmesi ile mümkün olmasında gösterir⁵⁶³. Bu durumda hakimin korumanın talep edildiği andaki şartları ve genel ahlâk kurallarını değerlendirmesi ise zaten kaçınılmaz bir sonuçtur. Tıpkı özgürlüklerin aşırı ihlallerinde olduğu gibi. (§ 7, III)

Buna göre sözleşme ilişkilerinde genel ahlâka aykırılık görünümleri aşağıda da inceleyeceğimiz üzere (§ 7) üç şekilde ortaya çıkabilir⁵⁶⁴. Sözleşmeye konu edimin genel ahlâka aykırı olması (§ 7, I); sözleşmenin amacının genel ahlâka aykırı olması

⁵⁶³ Thévenaz bu konuda şu gerekçelendirmeyi yapmaktadır: “yasal düzen yada genel ahlâk kuralları içindeki bir değişim, sadece Tatbikat Kanunu m.2’nin uygulanması ile dikkate alınabilir yoksa İsviçre’de kabul edilmeyen ve bir taahhüdün doğumundan sonraki eksiklikle butlanı sağlayacak teori ile dikkate alınamaz. Tatbikat Kanunu m.2/1 hükmüne göre, kanunların geriye yürümeleri kuralının istisnası olarak genel ahlâk ve kamu düzeni menfaatlerini düzenleyen kurallar belirtilmektedir. Bu istisnalar dışında kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren uygulanırlar. Bu durum göstermektedir ki bir kimsenin kişilik haklarına aykırı rızasının geçerliliği, kamu düzeni ve genel ahlâk kuralları bakımından *korumaya başvurulduğu anda geçerli bütün kanunlara göre yapılmalıdır*, bu durum *sebepten önce hukuki işlemde sonra yürürlüğe girenleri* de kapsar. Bu bakış açısıyla, kişiliği koruyan hükümler, madem ki, etik alandaki temel anlayışların ifadesidir, bizce *her zaman kamu düzeni ve genel ahlâk tarafından düzenlenmektedirler*. Sonuç olarak düzenlemenin aracılığıyla, CC.m.27/2 hükmüne göre hukuki işlemin geçerliliğini belirleyecek olan, korumanın ileri sürüldüğü anda varolan hukuki ve ahlaki durumdur yoksa sebep olan taahhüdün alındığı andaki değildir.” **Thévenaz**, sh.100-101.

⁵⁶⁴ Bu ayırım Türk, İsviçre ve Alman doktrinde her yazara göre farklılaşabilmektedir. Örneğin, Alman Hukukunda ayırım genel olarak iki başlık altında toplanır: Malvarlığı alanındaki ihlaller ile Malvarlığı dışındaki ihlaller. Malvarlığı alanındaki ihlaller; ekonomik özgürlüğün ihlali, ekonomik gücün kötüye kullanımı, edim ve karşı edim arasındaki dengesizlik, üçüncü kişiye zarar verici sözleşmeler ile genel ahlâka aykırı amacı bulunan sözleşmeler; malvarlığı alanı dışındakiler ise; kişilik haklarının ihlali, cinsel ahlâka aykırılıklar ve deontolojiye aykırılıklardan oluşur. **Weitz**, sh. 220-237; **Ferrand**, sh.250-255. Ayrıca sözleşmenin içeriği, sebebi ve amacı yönünden yapılan üçlü bir ayırım için bkz. **Pédamon**, sh. 83 vd. İsviçre hukukunda ise Engel’e göre, sözleşmenin kurulması, edimi ya da sonucu genel ahlâka aykırı olabilir. **Engel**, sh. 291 vd; Tercier’e göre, sözleşmeye konu edim, ticari dürüstlük kurallarına aykırılık ve yabancı hukuka aykırılığa göre bu ihtimallerle sıralanır. **Tercier**, sh. 144. Zufferey-Werro ise ayırımı sözleşmeye konu edim, amaç ve kararlaştırılan taahhüde göre üçe ayırarak incelemektedir. **Zufferey-Werro**, sh. 215-245. Buna karşılık Türk hukukunda bir ayırıma göre, bizzat sözleşmenin yapılması, edim ve sözleşmenin amacı genel ahlâka aykırı olabilir. **Eren**, sh. 292-294; bir diğerine göre, sözleşmeye konu edim, ifa modaliteleri, sözleşmenin amacı ve sözleşmenin yapılması genel ahlâka aykırıdır. **Başpınar**, sh.137 vd.

(§ 7, II) ve borçlunun özgürlüklerinin aşırı ihlali nedeniyle bizzat sözleşmenin yapılmasının genel ahlâka aykırı olması. (§ 7, III)

§ 7. SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK KRİTERLERİ

I- Sözleşmeye Konu Edimin Genel Ahlâka Aykırı Olması

A) Edim Kavramı ve Diğer İfa Modaliteleri

Edim (prestation), teknik ve dar anlamıyla, alacaklının borçludan talep etme hakkının bulunduğu; buna karşılık borçlunun ise yerine getirmekle yükümlü olduğu davranışları açıklar⁵⁶⁵. Dolayısıyla kavram, hakların ve yükümlülüklerin konusunu oluşturan çift yönlü bir anlama sahiptir⁵⁶⁶. Geçerli ve borç doğuran bir edimin, öncelikle, maddi ya da manevi değeri olan ve hukuken korunan bir menfaati içermesi⁵⁶⁷; ayrıca belirli yada objektif olarak belirlenebilir olması şarttır. Edimi

⁵⁶⁵ Merz, sh. 101, Pichonnaz, sh. 50; Engel, sh.77; Tandoğan (Obligations), sh.2; Kocayusufpaşaoğlu, sh.36; Oğuzman, sh.4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.11, Eren, sh.89. Başka bir tanıma göreyse edim, “bir başkası lehine bazı menfaatlerin feda edilmesi yani; borçlunun bir kişiye maddi yada manevi menfaat sağladığı belirli davranışlarını” ifade eder. Tercier, sh.180. Buna karşılık daha geniş anlamdaki edim kavramı ise, her zaman bir alacağın (ya da borcun) konusuna bağlı olmayan, borç dışında yer alan edimleri de kapsar. Bunlar teknik anlamda talep hakkını konusunu oluşturan edimlerle, elden muamelelerdeki edimlerde söz konusu olur. Kocayusufpaşaoğlu, sh.45. Serozan ise edimin, belirli bir kişiye ve amaca, kural olarak da ifa amacına (causa solvendi) yönelik, bilinçli, amaçlı, borçla bağlantılı bir kazandırma olarak tanımlamaktadır. Serozan, (İfa), sh. 10-18. Ayrıca belirtmek gerekir ki, edim kavramı usul hukuku bakımından daha geniş bir anlamda yani maddi anlamda edimler yanında, aile hukukundan doğan yükümlülükleri ve aynı haklardan doğan yükümlülükleri de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

⁵⁶⁶ Buna göre, edimler alacaklı yönünden, sadece borç ilişkisine ait *asli hakkın* yani alacak hakkının değil, onu genişleten ya da garanti altına alan *fer'i hakların* da konusu oluşturabilir. Borçlu yönünden ise bu kapsam, aşağıda da inceleyeceğimiz üzere sözleşmenin kurulmasında farklı etkilere sahip olan *edim yükümleri* ya da *yan yükümler* şeklinde görülür. (§ 7, I, B) Öte yandan, kişisel veya dar anlamdaki yapma ve yapmama edimlerinde borçlunun alacaklıya karşı borçlandığı şey, edim fiilini (eylemini), oluştururken; verme edimlerinde, edim sonucu ortaya çıkar; dolayısıyla edim, bazen edim fiilini, bazen edim sonucunu ifade eder. Eren, sh.90.

⁵⁶⁷ Her ne kadar edimler genel olarak maddi bir değerleri olarak ifade bulsalar da, yasal her türlü menfaat edime konu olabilir. Merz, sh.103. Bu anlamda, alacaklıya sağlayacağı makul menfaat ve

belirleme yetkisi taraflara ya da dışardan bir üçüncü kişiye ait olabilir, ancak burada sınır kişilik hakları (MK.m.23) ve dolayısıyla genel ahlâk kuralları olmalı, ayrıca üçüncü kişiye tanınan belirleme hakkı mutlak bir hak şeklinde verilmemelidir⁵⁶⁸.

İfa (exécution) kavramı ise, borçlanılan edimin tam ve doğru olarak yerine getirilmesini, böylece alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesini ifade eder⁵⁶⁹. Bu anlamıyla genel olarak, yalnızca borcun içeriğindeki edimi sona erdiren ifa, bazen geniş anlamda borca yani borç ilişkisine de son verebilir⁵⁷⁰. Ancak, her durumda borçların amaçlarına ulaşabilmeleri, ifanın “gereği gibi” (*prestation comme telle*) yani tam ve doğru şekilde tüm “ifa modalitelerine” (*les modalités de la prestation*)⁵⁷¹ uygun yerine getirilmelerine bağlıdır⁵⁷² ki sözleşmenin içeriğine dahil olan bu modaliteleri (unsurları, tarzı) belirleyen de, ifanın konusunu oluşturan edim dışında; ifanın tarafları, zamanı ve yeridir”.

Ancak tam bu noktada kanaatimizce şu iki noktayı birbirinden ayırmak şarttır:

Her şeyden önce, kurulan bir sözleşme ilişkisi içinde modalitelerine uygun

dürüstlük kuralına uygun kullanımı gerekir. O halde hiçbir menfaat sağlamayan veya sadece başkasına zarar vermek için kullanılan tüm haklar gibi, alacak hakkının benzer yöndeki kullanımı da hukuk düzeni tarafından korunmaz. **Engel**, sh.79.

⁵⁶⁸ **Engel**, sh.78.

⁵⁶⁹ Bir başka ifadeyle ifa, edime ilişkin eylemin borca uygun biçimde yapılmasını ifade eder. **Serozan**, (ifa), sh.18. Öte yandan ifa kavramı ödeme (*paiement*) kavramından daha geniş bir kavramdır, çünkü sadece para borçlarının ifası anlamındaki ödeme kavramını değil, bunun dışındaki diğer tüm borçların da yerine getirilmesini ifade eder. **Engel**, sh. 607; **Tercier**, sh. 186; **Pichonnaz**, sh. 52; **Eren**, sh. 868; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, sh.1008; **Oğuzman**, sh.156; **İnan**, sh.437.

⁵⁷⁰ Borç kavramı dar anlamıyla, alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu bir tek edimi (alacağı veya borcu) ifade ederken; geniş anlamda borç kavramı ise, alacaklı ve borçlu arasında, pek çok hak ve yükümlülükleri kapsayan (*asli, fer'i ve tali haklar ile, edim yükümleri ve yan yükümleri içine alan*) hukuki ilişki bütününe ifade etmektedir. **Engel**, sh. 3; **Tercier**, sh.35; **Eren**, sh.24; **İnan**, sh.4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, sh.5; **Oğuzman**, sh.3; **Ataay**, sh.31.

⁵⁷¹ İfa modaliteleri (Erfüllungsmodalitäten) kavramı için, ifa tarzı, ifa unsurları demek de mümkündür. **Eren**, sh. 875. Ayrıca bkz. **Tercier**, sh.186 vd.

⁵⁷² **Engel**, sh.611 vd; **Tercier**, sh.186 vd; **Eren**, sh. 875; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, sh.761 vd; **Oğuzman**, sh. 187 vd.

yapılmayan ifanın, yani “*borca aykırılık hallerinin*”, taraflar arasında karşılıklı olarak verilen sözlerin tutulmaması nedeniyle toplum içindeki *etik* değerleri inciteceği şüphesizdir. Fakat, bu husus, sözleşmenin *geçerlilik* şartlarıyla ve genel ahlâk kurallarıyla değil (BK.m.19-m.20); baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme ilişkisindeki borca aykırılık halleriyle (BK.m.96 vd) ilgilidir. Borca aykırılığın sözleşmenin genel ahlâka aykırılığı yönünden önem taşıyabilmesi ise, bu aykırılıkların ileride ortaya çıkma tehlikelerinin, daha baştan beri açıkça belli olmasına bağlıdır⁵⁷³. Dolayısıyla söz konusu ilişkiye konu ifa unsurları ancak, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geçerli olarak kurulabilmesi bakımından genel ahlâk kuralları ile denetlenir; ve bu denetim sözleşmenin *objektif esaslı noktalarını* içeren edimleri olduğu kadar, *sübjektif esaslı nokta* haline getirilen ifa yeri, zamanı ve taraflarını da kapsar. Bunlar aslında bütün olarak sözleşmenin çekirdeğini oluşturan unsurlardır⁵⁷⁴. Somut meseleye göre ortaya çıkan genel ahlâk kurallarına aykırı edimler ise ya tamamen ya da kısmen hukuki ilişkinin butlanı sonucunu doğurur. (§ 8, II) Bu sebeple artık ne taahhütte bulunan kişi yönünden bir ifa borcu vardır ne de ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararların tazmini istenebilir⁵⁷⁵.

Kimi yazarlar, sözleşmelerde genel ahlâka aykırılık görünümlerini sınıflandırırken, edim dışında ifa modaliteleri bakımından da genel ahlâka aykırılık

⁵⁷³ Sözleşmede genel ahlâka aykırılığın böyle bir duruma dayandırmak isteyen taraf, özel olayda somut olarak tehlikenin daha baştan beri mevcut olduğunu ispat yükü altındadır, salt nazari bir ihtimalin varlığı yeterli değildir. Bir tarafın acze ya da temerrüde düşmesi ihtimali, kural olarak sözleşmeyi genel ahlâka aykırı kılmaz. Sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı alacaklının yararlanabileceği haklar BK.m.81, m.82, m.96 vd. da düzenlenmektedir ve özel borç ilişkileri hakkındaki kurallarda ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Bundan başka aciz, ifadan kaçınma ve temerrüt sözleşmenin kurulduğu anda henüz kestirilmeyen gelecekteki olaylardır, oysa hükümsüzlük sözleşmenin kurulduğu andaki durumlara göre belli edilir. ATF 84 II 628 = JdT 1959 I 362, **Uygur**, sh.1003; **Karahasan**, sh. 265 vd.

⁵⁷⁴ **Zufferey-Werro**, sh.217.

⁵⁷⁵ **Merz**, sh.108.

hallerini ayrı bir başlık altında incelemektedirler⁵⁷⁶. Ancak ifa tarafları, yeri ve zamanı bakımından sözleşme ilişkisinde kararlaştırılan bu hükümler, geçerlilik ve genel ahlâk kuralları denetimi yönünden, bağlı oldukları ve ifaya konu edimden ayrı düşünülemezler. Bu nedenle biz de söz konusu halleri edimin genel ahlâka aykırı olduğu durumlar içinde aynı başlık altında incelemeyi uygun bulmaktayız⁵⁷⁷.

Buna göre edim, diğer ifa unsurları bakımından incelendiğinde, *ifa yeri*; borçlunun borcundan kurtulabilmesi için ifayı gerçekleştirmesi gereken yer; *ifa zamanı* ise, borçlunun ifa ile yükümlü, alacaklının ise ifayı taleple yetkili olduğu zamanı açıklar⁵⁷⁸. Açık bir yasal düzenlemenin bulunmaması halinde boşlukları tamamlayıcı hukuk kuralları ile (BK.m.73 ve m.74) doldurulan bu ifa unsurları, sözleşme ilişkisi içinde düzenlenirlerse zaten konu oldukları edim bakımından, her yönleri ile genel ahlâk kuralları denetimine tabidirler. İfa zamanı bakımından bunun örneğini uzun ve belirsiz süreli sözleşmeler oluştururken (§ 7, III, C, 2, b); ifa yeri bakımından rekabet yasağına bağlı taahhütler (§ 7, III, C, 2, a) örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda, konu oldukları edime bağlı ifa yeri veya zamanı genel

⁵⁷⁶ **Başpınar**, sh.143-144. Ayrıca bkz. **Guggenheim**, sh.50; **Zufferey-Werro**, sh.218-219.

⁵⁷⁷ Örneğin Başpınar'ın eserinde verilen örnekler şu şekildedir: Kumar oynamanın Türkiye gibi hukuka aykırı olmadığı ülkelerde, mesela İsviçre'de, kumar oynamayı içeren bir sözleşme ilişkisi ifa yeri bakımından genel ahlâka aykırılık içerir ve batıldır. **Başpınar**, sh.143. (ayrıca örn. için dipn.192) Yazarın verdiği bir diğer örnek ise, yine İsviçre hukukunda geçerli olan pactum de quotar litis, yani iş sahibinin avukatına ücret yerine dava konusunun belirli bir yüzdesini vermeyi taahhüt etmesi durumudur. (sh. 144, dipn.194) Her iki örnek de Türk hukuku yönünden zaten, öncelikle hukuka aykırılık oluşturur. (4266 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu m. 19 ve Av.K.m.163/III) Diğer yandan genel ahlâk kuralları bakımından kabul edilemez olan ifa modaliteleri dışında tarafların taahhüdüne konu olan edimin bizzat kendisidir. Bunun dışında edimin borç ilişkisinin kurulduğu ülkede hukuka ya da genel ahlâka aykırılığı olmadığı; buna karşılık ifa edileceği ülke bakımından hukuku ya da genel ahlâk kurallarını ihlal tehlikesi mevcut ise, kanaatimizce bu durumda sözleşme ilişkisi geçerli olarak kurulmuş kabul edilse dahi, borcu yüklenen taraf yönünden ifa mümkün olamayacak ve borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

⁵⁷⁸ İfa zamanı kavramı iki anlamda kullanılmaktadır. Öncelikle, alacaklının borçludan edimin ifasını isteyebileceği, gerektiğinde dava açabileceği, borçlunun da edimi ifa zorunda olduğu muacceliyet zamanını ifade etmektedir. Diğer yandan ifa zamanı, borcun borçlu tarafından ifa edilebileceği zamanı da gösterir ki, burada borcun ifa edilebilirliği söz konusudur ve borçlunun borç muaccel olmadan da edimi yerine getirme imkanı vardır. İfa yeri ve zamanı hakkında bkz. **Engel**, sh. 623-633; **Tercier**, sh.191-196 ; **Serozan**, (ifa), sh. 34-49, **Eren**, sh.898-917; **Kılıçoğlu**, sh. 386 vd.

ahlâk kurallarına aykırı olan sözleşmeler tam ya da kısmi butlan ile yaptırıma bağlanabileceklerdir. (§ 8, II)

Edim ifa tarafları bakımından incelendiğinde ise; *ifada bulunacak kişinin*, kural olarak şahsen ifa zorunluluğu bulunmadığından, borçlu ya da sözleşme ilişkisine yabancı bir üçüncü kişi olabileceği görülür. (BK.m.67) Ancak taraflar sözleşme ilişkisi kurulurken bu yönde bir hüküm koysalar dahi⁵⁷⁹, üçüncü kişinin taraf olmadığı bu ilişki ile borç altına girmesi elbette ki mümkün değildir. Çünkü borç ilişkileri nisbidir. Bu nedenle bizce, içerik olarak borçlu tarafından ifa edilmesi kararlaştırıldığında geçerli olan; buna karşılık üçüncü kişi tarafından ifa edileceği hükme bağlandığında genel ahlâk kurallarını ihlal edecek bir sözleşme örneği bulmak oldukça güçtür.⁵⁸⁰ *Yeter ki, alacaklı ve borçlu arasındaki temel ilişki zaten genel ahlâk kurallarına aykırı olmasın!* Öte yandan, ifanın üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi yönünde borçlu ile, üçüncü kişi arasında eğer temsil ilişkisi, hizmet sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi gibi bir iç ilişki mevcut ise, bu hukuki işlemlerin geçerlilikleri de ayrıca genel ahlâk kuralları denetimine tabi olmalıdır.

Ifanın yapılacağı kişi ise kural itibariyle alacaklı ya da onun yetkili temsilcisidir. Ancak taraflar sözleşme ilişkisi içinde ifanın üçüncü kişiye yapılmasına

⁵⁷⁹ Buna karşılık, sözleşme ilişkisine konu edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi değil de, sözleşme içinde bizzat üçüncü kişiye ait bir edim borçlu tarafından taahhüt edilmişse, bu taahhüt bir garanti sözleşmesi türü olarak *üçüncü kişinin edimini taahhüt (BK.m.110)* biçiminde yine geçerlilik yönünden, bağımsız olarak genel ahlâk kuralları denetimine tabi olacaktır.

⁵⁸⁰ Acaba *ahlâki bir ödev*e sahip olan bir kimsenin, bu ödevini, bizzat kendisi yerine bir üçüncü kişiye ifa ettirmesi genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratabilir mi? Örneğin nafaka yükümlülüğü bulunmayan hallerde akrabalarına geçimlerini sağlamak üzere yapacağı yardımı bir televizyon programındaki görevliler aracılığıyla yapmasında olduğu gibi. Her ne kadar bu tür bir durum toplumdaki *etik* değerlere aykırı olsa da, kanaatimizce ödemenin geçerliliğini ve eksik borç niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Kaldı ki zaten bu tür borçların temlikleri dahi mümkün ve hatta borcun nakli de geçerli kabul edilmektedir. Ahlaki ödevler hakkında bkz. **Engel**, sh.54 vd; **Roy/Schoenenberger**, sh.40; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 73; **Eren**, sh.86; **Kılıçoğlu**, sh. 24.

karar verebilirler ki bu durum “üçüncü kişi lehine akit” şeklinde karşımıza çıkabilir. (BK.m.111)⁵⁸¹ Acaba, sözleşme ilişkisi içinde kararlaştırılan üçüncü kişiye ifa kaydı genel ahlâka aykırılık taşıyabilir mi, ve eğer taşırsa bunun üçlü ilişki içindeki sonuçları ne olur? Örneğin, evli bir adam evlilik dışı ilişkisini sürdürme karşılığı metresine maddi menfaat sağlamak amacıyla kendisine ait bir evi kiraya vermekte ve kiracısının her ay kira bedelini bu bayana ödemesi konusunda sözleşmeye hüküm koymaktadır. Acaba bu durumda taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin geçerliliği nedir?⁵⁸² Her şeyden önce kira parasının ödeneceği kadın ile, kiralayan arasındaki “*değer ilişkisine*” bağlı kazandırmanın hukuki sebebi, evlilik dışı ilişkiyi sürdürmek amacıyla yapılan bir bağışlama sözleşmesidir ve bu sözleşme ilişkisi şüphesiz genel ahlâka aykırıdır. Öte yandan “*karşılık ilişkisine*” konu kira sözleşmesinin geçerliliği ise, kira bedeline ilişkin hükmün açıkça sözleşmede yer alması ya da kiracı tarafından bilinip bilinmemesine göre değişir. Zira BK.m.20 hükmünün uygulanabilmesi için, her iki tarafın da genel ahlâka aykırı amacı taşıması ya da en azından karşı tarafın bu amacı bilmesi şarttır. (§ 7, II) O halde kiracı yönünden sözleşme içeriğinden üçüncü kişinin bu özelliği ve kiralayanın amacı anlaşılamıyorsa ve bilinmesi de mümkün değilse karşılık ilişkisi geçerli olacaktır. Buna karşılık, kiracı daha sonra üçüncü kişi ile kiralayan arasındaki ilişkinin genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu öğrense dahi, tarafı olmadığı *değer ilişkisinden* doğan bu itirazı, *ödeme ilişkisine* konu yaparak üçüncü kişiye karşı ileri süremez. Çünkü tam üçüncü kişi lehine

⁵⁸¹ Üçüncü kişi lehine akit ve tarafları arasındaki karşılık ilişkisi, değer ilişkisi ve ödeme ilişkisi hakkında bkz. **Akyol**, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976; **İnan**, sh.376, **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 29 vd; **Eren**, sh.1095-1106; **Engel**, sh. 417 vd; **Kılıçoğlu**, sh. 411 vd; 422 vd.

⁵⁸² Bu örnek, aynı kişinin evlilik dışı ilişki yaşayan kadını kendisine temsilci şeklinde aracı kılarak, ödemeyi kabul etmesini sağlamasından farklıdır. Çünkü bu durumda kadın kiracıdan kira parasını, ev sahibi olan adamın nam ve hesabına kabul edecektir, buna karşılık, kiracı da aslında ödemeyi evli olan adama yapmış olacaktır. Bunun sonucu olarak da, temsil ilişkisine paralel olarak, temsilcinin genel ahlâka aykırı durumu, kira sözleşmesinin geçerliliği üzerinde herhangi bir etki yaratmaz.

akitlerde kiracının üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazlar ancak kira sözleşmesine, yani *karşılık ilişkisine* dayalı olanlar ile sınırlıdır.

B) Edimleri Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler

Bir sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi her şeyden önce, ilişkiye konu borç ve alacaklar ile sözleşmenin tipini belirleyen ve aynı zamanda esaslı unsurlarını oluşturan edimlerin, genel ahlâk kurallarına uygun olmalarına bağlıdır. (BK.m.19) Edimler hukuken korunan menfaatleri içerdiklerinden, genel ahlâk kurallarına dahil olan değerlere (§ 4, II) aykırı tüm olumlu ve olumsuz edimlerin geçersiz olacağını söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁸³.

Buna göre öncelikle, toplumun genel ahlâk anlayışına göre serbestçe karar verilmesi gereken bir hareketi yapmaya iten edimler, bilhassa kişilik haklarına ilişkin taahhütleri konu aldıklarında; eğer nakdi bir menfaat sağlanıyorsa genel ahlâk kurallarına aykırı olacaklardır. Örneğin, maddi menfaat karşılığı bir kimseyi yaralamaya ya da öldürmeye dair yapılan taahhütler, para karşılığı bir kimse ile cinsel

⁵⁸³ **Engel**, sh. 291. Örneğin, *peştemaliye*, yani ticarete ün kazanmış bir işletmenin başkasına devri halinde üne neden olan manevi değere ya da işletmenin bulunduğu yörenin onur ve önemine karşılık ödenen para genel ahlâk kurallarına aykırı değildir. Taşınmazın kiralanmasında değil ticari işletmenin devride, devralanın, işletmenin maddi değeri yanında ünü ve manevi değerlerini de alabilmek için ödediği bir bedel olduğundan, hem hukuka hem de genel ahlâka uygundur. Yarg. 4.HD, 3.6.1985 T.E.1985/2315, K.1985/5606. Yine, Paylı mülkiyette, paydaşlar arasında yapılan harici satış sözleşmesine göre izalei şuyu davasında ihaleye girmemek üzere, diğer paydaşlardan bono alan paydaşın yaptığı bu anlaşma da genel ahlâka aykırı bir edim içermemektedir. YHGK. 22.5.2002 T, E.2002/19-32, K.2002/42. Yargıtay bir başka kararında, ölüme bağlı tasarrufta vasiyetçiyle birlikte eşinin adlarının yapılacak pavyona verilmesi isteminde MK.m. 515 (EMK.m.462) hükmüne göre, genel ahlâka aykırı bir yön bulmamış ve bu nedenle vasiyetin iptali isteminin haklı olmadığına karar vermiştir. Yarg. HGK, 4.5.1983 T, E.1983/2-235, K.1983/471. Ayrıca İsviçre hukukunda edimleri genel ahlâka aykırı sözleşme örnekleri için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 251-263.

ilişkiye girme taahhüdü⁵⁸⁴; yine bir devlet memuruna rüşvet verme vaadinde bulunmak gibi durumlar suç unsuru yaratmaları bir yana evrensel etik değerleri ihlal ederek her zaman genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratırlar⁵⁸⁵.

Bu konuda bir diğer örnek, 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 sağlamaktır⁵⁸⁶. Buna karşılık bir kimsenin evlenmeyi ümit ettiği kişiye daire bağışlaması ancak evlenmenin gerçekleşmemesi; kendiliğinden edimi genel ahlâka

⁵⁸⁴ Fuhuştan menfaat sağlamak yani *pretium stupri* hayat kadınları için de edimin genel ahlâka aykırı özelliğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu durumda tarafların evli olup olmamalarının, ilişkinin şeklinin ya da karşı edimin miktarı ve özelliğinin de önemi yoktur. Örnekler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 273 vd. **Reichard**, sh. 77 vd; **Engel**, sh.290. Son dönemde Avrupa’da bu konudaki en ilginç düzenleme ise, Almanya’da 20.12.2001 tarihinde yürürlüğe giren üç maddelik “Hayat Kadınlarının Hukuksal İlişkilerine Dair Kanundur” (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*) Üç maddeden oluşan kanunda, cinsel ilişkiler önceden kararlaştırılan bir ücret karşılığında gerçekleşirse, anlaşmanın hukuken geçerli bir alacağa yol açacağı; ayrıca bu tür alacakların şahsa bağlı ve temlik edilemez oldukları ve alacaklara zamanaşımı itirazı dışındaki itiraz ile def’ilerin ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. **Kılıçoğlu**, sh.68, dipn.32.

⁵⁸⁵ Örneğin, rüşvet vermek TCK.m. 252 vd; adam öldürmek TCK.m.81 vd; vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, TCK.m.86 vd’na göre hukuka aykırı davranışlardır ve suç unsuru oluşturmurlar. Bu fiiller gerçekleşmeden yapılan taahhütleri dahi her zaman genel ahlâk kurallarına aykırıdır. Bunlar içinde özel olarak rüşvet ilişkisine baktığımızda; rüşveti veren, alarak üçüncü kişiyle yapılacak olan sözleşmeye aracı olan ve üçüncü kişi olmak üzere üçlü bir ilişkinin kurulduğu görülmektedir. Bu nedenle genel ahlâk kurallarına aykırılık sadece veren ve alan arasında değil, aracı olan kişiyle üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisine de, temel olan vekalet ve benzeri hukuki ilişkilerle yansıyacaktır. Bu konuda özel olarak bkz. **Tercier**, La Corruption Et Le Droit Des Contrats, SJ, 1999 II, sh. 225-271. Ayrıca, ATF 129 III 320, JdT 2003, I, sh. 331-341; **Engel**, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, sh. 186 vd ; ATF 129/2003 III, sh. 320= JdT 2003 I sh. 331.

⁵⁸⁶ Yarg. 4.HD, 6.10.2003 T, E.2003/5655, K.2003/11194; Yarg.19.HD. 8.4.1996 T, E.1995/5994, K.1996/3549. Yine, Yarg. HGK. 20.3.2002 T, E.2002/13-177, K.2002/20; Yarg. 14.HD. 3.11.1989 T, E.1988/6243, K.1989/9196; Yarg. 8.HD, 17.9.1985 T, E.1985/7521, K.1985/8192, T; Yarg. 4.HD, 22.2.1974 T, E.14348, K.870; Yarg. HGK 18.4.1962 T, E.4-8, K.46. Ayrıca bkz. Yarg. 4.HD, 4.10.1988 T, E.5110, K.8229, Yarg. 1.HD, 8.6.1984 T, E.7119, K.6921. Öte yandan Yargıtay, bir buçuk sene karı koca gibi bir arada yaşayan ve daha sonra ayrılan çiftler arasında nişanlanma ilişkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla bu durumda nişanın bozulmasında hediyelerin iadesiyle ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması da mümkün olmayacak BK.m.65 hükmü uygulanacaktır. Yarg. 4.HD, 1.5.1981 T, E.3051, K.6164; Yarg. 3.HD, 28.10.1957 T, E.7043, K.5951. **Uygur**, sh.1010-1011. Ayrıca bkz. **Alland**, sh. 7 vd; **Ripert**, sh. 44; **Opréa**, sh. 146; **Aubert**, sh.100, **Rieg**, sh. 316, sh.319.

aykırı kılmayacaktır⁵⁸⁷. Dolayısıyla böyle bir durumda BK.m.65 hükmü uygulanamayacak, (§ 9, II) ancak, taraflardan biri diğerini kasıtlı olarak aldatmış ve sözleşmeyi yapmaya yöneltmiş ise somut olayın özelliklerine göre irade sakatlığı (hile) hükümlerine gidilebilecektir. (BK.m. 28) Zira bir sözleşme ilişkisinin kurulmasından önce yer alan iç ve dış olaylar ancak irade bozukluklarına ilişkin kuralların uygulanmasına yol açabilir. Yine evlilik birliği olmadan ortak evi paylaşan kişiler bu birleşme sırasında beraberlerinde getirdikleri eşyaların, birliktelik sona erdiğinde iadesini taşınır mal mülkiyeti esaslarına dayalı olarak istihkak davası ile isteyebilirler⁵⁸⁸. Kaldı ki taraflara ait kişisel eşyaların iadesi yönünden bu tür birlikte yaşamalarda dahi BK.m.65 kuralının uygulama alanı bulmayacağı çok açıktır⁵⁸⁹.

O halde, kanaatimizce bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, bilhassa taraflardan birinin evli olduğu durumlarda bu tür yasal olmayan ilişkileri sürdüren kişiler arasında yapılan tüm sözleşmelerin genel ahlâk kurallarına aykırı olacağı yönünde bir genelleme yapmak mümkün değildir. Genel ahlâka aykırılığı sağlayan, bu ilişkinin amacını sağlamaya yönelik edimler ve karşılığında maddi bir menfaat sağlanıyor olmasıdır. Bu nedenle örneğin, bu tür bir ilişki içindeki tarafların ortak bir

⁵⁸⁷ Yarg. 1.HD, 11.03.2003 T, E.2003/827, K.2003/2654; Yarg.1.HD, 11.3.2003 T, E.2003/827, K.2003/3654.

⁵⁸⁸ Ancak eşyalar bağışlama niteliğinde karşı tarafın mülkiyetine geçirilmişlerse, bu durumda bağışlamadan dönme ya da BK.m.244 durumu söz konusu olmadıkça ölüm sebepli ayrılma halinde dahi eşyalarını geri isteme hakkına sahiptir. Yarg. 4.HD, 17.10.1967 T, E.6827, K.7520, **Uygur**, sh.1010.

⁵⁸⁹ Her ne kadar evlilik dışı birlikte yaşamak, genel ahlâka aykırı kabul edilse de, bu amacın elde edilmesi için verildikleri sabit olmayan ve davalıda kalan davacı kadına ait kişisel eşyaların iadesi gerekir. Yarg. 4.HD, 30.1.1970 T, E.11612, K.818, **Uygur**, sh.1006-1007. Hatta Yargıtay, nikahsız, karı koca gibi bir arada yaşayan kadının, çeyiz eşyası hakkındaki davasının da bu anlamda BK. m.65 kapsamına girmeyeceğini belirtmektedir. Yarg. 4.HD, 14.11.1985 T, E.8143, K.9334, **Uygur**, sh.1011-1012. Ayrıca bkz. **Droin**, Peut-Il Y Avoir Lieu A Reparation D'un Dommage Qui Trouve Sa Source Dans Une Situation Illicite Ou Immorale? Le Concubinage Constitue-T-Il Une Telle Situation? SJ, 1979, sh. 147-164.

daire satın almaları, yapılan işlemi soyut olarak kendiliğinden ilişkiyi sürdürmek amacına yöneltilmiş sayılamaz⁵⁹⁰.

Buna karşılık bir erkeğin evlenmek istediği kızın yakınlarına evliliği onaylamaları karşılığı sağladığı maddi menfaat yani “*başlık parası*” bugün her ne kadar kırsal kesimde kalan bir sorun gibi görünse de Yargıtay tarafından sadece genel ahlâk kurallarına değil hukuka da aykırı olarak kabul edilmektedir.⁵⁹¹ Bu görüş bilhassa, başlık parasına ilişkin edimlerin ifa edilmesini engelleyen sonucu ile oldukça tatmin edici ve geçerlidir. Yerine getirilmeyen başlık parası taahhütlerinin dava ile talep edilmeleri imkanı yoktur. Ancak başlık parasının butlan sebebi olarak genel ahlâk kurallarının gösterilmesi, BK.m.65 hükmü ile bir arada değerlendirildiğinde, iade imkanını ortadan kaldırmakta ve ortaya çıkan haksızlıklar sebebiyle doktrinde oldukça tartışmalı bir hal almaktadır⁵⁹². Bilhassa, başlık parası verildikten sonra evlenmeden ayrılan kişiler yönünden iadenin istenememesi adaletsiz görülmektedir. Aşağıda bu konuyu ayrıca inceleyeceğimizden burada sadece şunu belirtmek isteriz ki; bizce belli bir miktar para karşılığında evlenmeye izin vermek,

⁵⁹⁰ HGK.15.4.1970 T, E.1967/159, K.195, **İnan**, sh.192.

⁵⁹¹ Öncelikle, temel hak ve özgürlüklerden olarak sözleşme özgürlüğü Anayasanın 11 inci maddesinde belirtilen haller dışında sınırlamaz. Öte yandan MK.m.23 hükmüne paralel olarak da bir kimsenin medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen dahi olsa vazgeçmesi mümkün değildir. Bu sınırlama sadece kişinin kendine ait değil, başkalarının davranışlarına karşı da geçerlidir. Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklerden olan evlenme özgürlüğü de ancak kişinin kendi iradesi ve isteğiyle üçüncü kişilerin sınırlar çizmesine imkan tanımadan gerçekleşmelidir. Yarg. 11.HD. 11.2.1980 T, E. 1980/620, K. 1980/620 (YKD, 1981, S.3, sh.322 vd); Yarg. 11.HD. 8.12.1975 T, E. 4834, K. 7191. Aynı yönde bkz. **Hatemi**, sh.311 vd; **Öz**, sh.125 vd; **Tekinay**, sh. 75 vd.

⁵⁹² Bu konuda çözüm olarak ortaya konulan en temel görüşler, başlık parasının genel ahlâka aykırı olmasına rağmen iadenin dürüstlük kurallarıyla sınırlanması (**Hatemi**, sh.315 vd); nişan hediyesi olarak kabul edilerek iadenin mümkün olması, (Yarg. 6.HD, 1.4.1980 t, E.1976/11014, K. 1980/3155; Yarg. 6.HD, 9.4.1974 T, E.3194, K.3424; Yarg. 6.HD 16.6.1978 T, E.4796, K.4888) ve nihayet başlık parasının tehdit oluşturduğu gerekçesiyle iadenin imkanıdır. (**Tekinay**, sh.86. Vekalet sözleşmesi hükümlerine de başvurulabileceğini savunan yazar başlık parası için genel ahlâk kurallarına aykırılığı bu gerekçelerle dışarıda bırakmaktadır) Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre ise, BK.m.65 kuralı başlık parasını verenin amacı göz önünde bulundurularak genel ahlâka aykırı bir amaç söz konusu ise uygulanmalı aksi halde iade mümkün olmalıdır. **Öz**, sh.128 vd.

karşılıklı taahhütler incelendiğinde her zaman için genel ahlâk kurallarına aykırı ve butlan yaptırımı ile sakattır. Buna karşılık iade yönünden ortaya çıkan haksızlıklar, BK.m.65 hükmünün kapsamının dar yorumlanması ve başlık parasını verenin genel ahlâka aykırı amaca teşvik yönünde ifayı gerçekleştirilmesi sınırıyla çözülebilir. (§ 9, II, A ve B)

Bu noktada yeri gelmişken başlık parası uygulamasının, eski Türk geleneklerindeki Kalım kurumu ile, İslam hukukundaki Mehr kurumundan farklı olduğunu da hatırlatmak gerekir⁵⁹³. Zira, kalım adı altında özgülenen para çoğunlukla kızın çeyizine sarf edilmek üzere verilmekte ve evlenmeye yönelik iradeler sınırlanmamaktadır. Burada maddi menfaat sağlayan edim eşlerin birleşmesiyle ailenin mal varlığına dahil olmaktadır. Kaldı ki bu kazandırma çoğunlukla evlenecek kızın çeyizi için harcanmak üzere kullanılır. Mehr ile ise, ileriye yönelik ve evlenilen kadına karşı yapılan bir borçlanma ifade edilir. Bu bağlamda örneğin Yargıtay'da haklı olarak, kayınpederin gelinine oğlu ile evlendiğinde cihaz olarak altın bağışlama sözü vermesini genel ahlâka aykırı bulmamıştır⁵⁹⁴.

Belirtmek isteriz ki, sırf yazılı veya sözlü irade açıklamalarının ifade tarzındaki dürüstlüğe aykırılıklar da, sözleşmenin içeriğinin ya da konu olan edimin genel ahlâka aykırı olması sonucunu doğuramaz. Yeter ki irade açıklamalarının bağlayıcı anlamından çıkan *sonuçlar genel ahlâka aykırı* olmasın⁵⁹⁵. Buna göre örneğin, bir sözleşme ilişkisi içinde faizin tek taraflı olarak belirlenecek olması

⁵⁹³ Bu konuda bkz. **Hatemi**, sh.270-271; **Tekinay**, sh. 79; Yarg. 11.HD. 8.12.1975 T, E. 4834, K. 7191, **Uygur**, sh.1008-1009. Ayrıca **Timur**, Eski Örfi Hukukumuzda Nişanlama ve Kalım Müessesesi, E.Mardin Armağanı, İstanbul, 1944, sh.1137 vd.

⁵⁹⁴ Yarg.13.HD. 17.5.1982 T, E.1982/3118, K.1982/3560.

⁵⁹⁵ ATF 84 II 13 = JdT 1958 I 263, **Uygur**, sh.1005.

yönündeki bir hüküm genel ahlâk kurallarına aykırı değildir. Ancak elbette ki hüküm ve tanınan hak dürüstlük kurallarına uygun kullanılmak zorundadır⁵⁹⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi, “Pembe Telefon Servisi” (*Téléphone Rose*) adını verdiği ve pornografik yayınlar sunan şirketler ile telefon abonelerinin yaptıkları sözleşmelerde, sözleşmenin konusunu (edimleri) BK.m.19-m.20 anlamında genel ahlâka ve hukuka aykırı bulmamıştır⁵⁹⁷. Çok yüksek gelen bir fatura ücretini reddeden abonenin açtığı davada Yüksek mahkeme, isimsiz bir sözleşme olan abonelik sözleşmesinde, uluslararası hizmet sunan şirketin, abonelerini hatlarına bağlı belli bir sınırı aşan ücretlendirmelerle ilgili önceden uyarmak gibi tali bir özen borcu bulunmadığına değinmiştir. Sonuçta telefon şirketinin (*Swisscom*) sunduğu hizmetin amacı, kendisine yada üçüncü kişileri karşı abonesini dürüstlük kuralları çerçevesinde korumak değildir. Kaldı ki Federal mahkemenin sıklıkla atıfta bulunduğu eski bir kararında ifade edildiği üzere; hakim fiil ehliyetine sahip kişilerin vasisi değildir⁵⁹⁸. O halde kişi bu tür bir hizmeti kullanan kişi sonuçlarına katlanmak zorundadır.

Kararlaştırılan edimlerin, alıcı yönünden ihtiyaç dahilinde olup olmaması ve buna rağmen bir tarafın ileride o malı satın alma taahhüdü altına girmesi de genel ahlâka aykırılık yönünden önemli değildir. Örneğin, belirli bir süre içinde, alt sınırı belirtilen tutardaki malı, bir tacirden yada tacir topluluğundan satın alma borcu altına girmek, kişilerin sahip oldukları ekonomik özgürlüklerinin genel ahlâka aykırı olarak

⁵⁹⁶ Örnek olarak bkz. Yarg.19.HD, 26.11.1994 T, E.1994/6472, K.1994/111467.

⁵⁹⁷ **Engel**, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, sh. 187 ya da (évolution), sh.14-15. ATF 129/2003 III, sh. 604= JdT 2003 I sh. 545.

⁵⁹⁸ ATF 84/1958 II, sh. 13, 29 = JdT 1958 I, sh. 263, sh. 275-276.

sınırlandığı anlamına gelmez.⁵⁹⁹ Ya da yine yakın veya uzak bir gelecekte evlenmeyi düşünen iki kişinin ev eşyası satın almaları, taahhüt edilen edimlerden biri belli bir süreyi kaplasa dahi, fesih hakkı tanınmaması kural olarak sözleşmeyi genel ahlâka aykırı kılmayacaktır. Böyle bir aykırılıktan söz edebilmek için hiç olmazsa daha sözleşmenin kurulduğu anda, değişen durumlar dolayısıyla, sözleşmenin yerine getirilmesinin bir tarafın ekonomik varlığını tehlikeye sokacağı kesinlikle bilinebilmesi gerekir⁶⁰⁰.

Bu noktada kanaatimizce şu hususa özellikle dikkat çekmekte fayda vardır: eğer bir sözleşme ilişkisi içindeki edimler, genel ahlâk kurallarına aykırı ise, bilhassa karşı edimin maddi bir menfaat temin ettiği durumlarda, sağlanan bu menfaatin miktarının yüksekliği genel ahlâka aykırılık yönünden hiçbir önem taşımaz. Mesela, taşıyıcı annelik taahhüdü için bir kimseye sağlanan maddi menfaat ya da başlık olarak verilecek tutar, ister 10 YTL, ister 10 milyon YTL olsun bu miktar, edimin genel ahlâka aykırılığı değerlendirilirken önemli değildir. İşte bu durum, gereği gibi ifanın genel ahlâka aykırı olmadığı ancak, edimin kapsamındaki aşırılıkların genel ahlâka aykırılık yarattığı durumlardan ayrılmaktadır. Çünkü aşağıda da inceleyeceğimiz üzere bu ikinci ihtimalde genel ahlâka aykırılığı belirlemek bazı yan ve yardımcı kriterlere de ihtiyaç yaratır. (§ 9)

Taraflara ait hakların ve yükümlülüklerin konusunu oluşturan edimlerin genel ahlâk kurallarına uygunlukları sadece alacak hakkına konu olanlar yönünden değil tüm hak ve borçlar yönünden incelenmelidir. Bir başka ifadeyle sözleşme ilişkisi

⁵⁹⁹ ATF 51 II 167 vd, **Uygur**, sh.1006.

⁶⁰⁰ ATF 24.4.1958, **Kaneti**, C.1, sh.31,32, **Karahasan**, sh.265 vd.

içindeki *fer'i haklara* ait edimler de aynı denetime tabidir. Örneğin, alacak hakkını genişleten faiz, cezai şart, gecikme tazminatı ya da alacak hakkını teminat altına almak için yapılan kefalet veya rehin sözleşmelerinde olduğu gibi. Şüphesiz ki, ayrı bir sözleşme şeklinde kurulan fer'i haklar yönünden (kefalet, rehin gibi), bu sözleşmelerin kendi içlerinde bağımsız bir geçerlilik denetimleri mevcuttur.

Öte yandan kararlaştırılan bu fer'i haklara konu edimlerin de genel ahlâk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Ekonomik değeri olan ve para şeklinde belirlenen faiz, kefalet, gecikme tazminatı gibi fer'i haklar yönünden genel ahlâk kuralları denetimini sağlayacak olan; aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere “borçlunun özgürlüklerinin aşırı derecede (bilhassa ekonomik özgürlüğünün) ihlal edilip edilmediğidir”. (§ 7, III) Buna karşılık cezai şart gibi mutlaka para şeklinde belirlenmeleri gerekmeyen edimler yönünden ise, denetimin ayrıca bu borç konusu üzerinden de yapılması gerekir. Bu bağlamda bir yapma ya da yapmama ediminin cezai şart olarak kararlaştırıldığı sözleşme ilişkisi içinde, cezai şartın genel ahlâk kurallarına uygun olması esastır. O halde örneğin yapılan bir istisna sözleşmesinde borçlunun eseri zamanında teslim etmemesi halinde, alacaklıyla evleneceği ya da cinsel ilişkiye gireceği yönünde bir cezai şartın belirlenmesi mümkün değildir. (§ 7, III, C, 2, d)

C) Özel Olarak BK.m.155: Genel Ahlâka Aykırı Şarta Bağlı Borçlar

Sonuçlarının doğması veya ortadan kalkması gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı olan borçlara “*şarta bağlı borçlar*” denir⁶⁰¹. Buna göre sözleşme özgürlüğü ilkesine paralel olarak taraflar, şarta ilişkin irade beyanlarını açık ya da örtülü olarak sözleşmenin içeriğine dahil edebilirler. Ancak, şart mutlaka taraf iradelerine dayanmalı ve gerçekleşmesi beklenen olay da geleceğe ilişkin, belirsiz bir olay olmalıdır.

Kanun koyucu BK.m.149 ve devamında şarta bağlı borçları düzenlerken; 155 inci maddede, m.20 hükmünü genişleterek tekrarlamaktadır⁶⁰². Buna göre, sözleşme ilişkisi içinde, hukuka ve genel ahlâk kurallarına aykırı bir yapma ya da yapmama fiili şart olarak gösterilmişse, bu şarta bağlı borç (ve alacak) batıldır⁶⁰³. Böylece BK.m.20 hükmünden daha geniş bir kapsama sahip olan bu maddeyle, hükümlerinde genel ahlâka aykırı şart barındıran sözleşme, *içeriği genel ahlâka aykırı olmasa dahi* geçersiz olacaktır⁶⁰⁴. Dolayısıyla, kamu menfaati ya da kişisel menfaatler lehine şarta

⁶⁰¹ Şart kavramı ise, doktrinde, taraf iradesiyle bir işlemin hukuki etkisinin doğması, düşmesi ya da devam etmesinin gelecekteki gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanması şeklinde açıklanmaktadır. **Sirmen**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, sh.30; **Pulaşlı**, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989; **Engel**, sh.846; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 328; **Eren**, sh.1115; **Kılıçoğlu**, sh. 559 vd.

⁶⁰² Hüküm BK.m.20 düzenlemesinden daha geniştir çünkü maddede belirtilen amaçlardan birini hedef alan sözleşme her zaman genel ahlâk kurallarını ihlal edecektir. **Engel**, sh.853.

⁶⁰³ MK.m.515 f.2’de: “Hukuka veya ahlâka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin oldukları tasarrufu geçersiz kılar” ifadesiyle aynı düzenleme ölüme bağlı tasarruflar yönünden de tekrarlanmaktadır. Ancak farklı olarak maddenin üçüncü fıkrasında anlamsız ve sadece başkalarını rahatsız edici şekilde şartlar da düzenlenmekte ve bunların ölüme bağlı tasarrufun tamamını değil sadece o şartı yok sayacağı metne alınmaktadır. Aynı durumun kıyasen sözleşme ilişkilerine de uygulanması genel olarak kabul gören görüştür. **Oğuzman/Öz**, sh.885; **Kılıçoğlu**, sh.565 vd.

⁶⁰⁴ **Pichonnaz**, (Commentaire Romand), sh.857.

bağlanamayan işlemlerden farklı olarak, burada kanun koyucu tarafından mutlak ve kesin olarak yasaklanan şartlar düzenlemektedir⁶⁰⁵.

Şart olarak belirlenen davranış ya da fiil kendi özellikleri sebebiyle genel ahlâka aykırı olabileceği gibi, davranışın maddi bir menfaat karşılığı yapıyor olması, üçüncü bir kişiye zarar verme amacı gütmesi⁶⁰⁶ ya da ahlaki bir ödevi içermesi gibi durumlar da genel ahlâk kurallarına aykırılık doğabilir. Örneğin bir kimsenin kendisi ile cinsel ilişkide bulunması şartına bağlı olan bağışlama taahhüdü, dinini ya da bağlı olduğu siyasi partiyi değiştirme şartına bağlı hizmet akdi⁶⁰⁷, kendisine çıplak pozlar verilmesi şartına bağlı menajerlik sözleşmesi, yalan tanıklık yapmama şartına bağlı bağışlama taahhüdü,⁶⁰⁸ kira bedelini her ay dilenerek ödeme şartına bağlı kira sözleşmesi gibi.

Sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâka aykırı bir şartın varlığı halinde şartın mı yoksa sözleşmenin bütününün mü batıl olacağı BK.m.20 hükmünün ikinci fıkrasına

⁶⁰⁵ Bu nedenle hüküm, özellikle aile hukukundan doğan ve kamu düzeni ile genel ahlâk kurallarına dayalı olarak şarta bağlanamayan evlenme, evlat edinme ve tanıma gibi kurumlar ile tapu sicil işlemleri, mirasın reddi ve kabulü gibi durumlardan farklıdır. **Merz**, sh.135; Ayrıca bu konuda bkz. **Sirmen**, (şart), sh.99-116.

⁶⁰⁶ Bilhassa ölüme bağlı tasarruflar yönünden üçüncü kişileri zarar vermek şartına bağlı kılınan vasiyet düzenlemelerinde durum böyledir. Örneğin, bir kimsenin yaptığı mal vasiyetini lehdarın kendi ana ve babasına bakmaması şartına bağlaması genel ahlâk kurallarına aykırıdır. **Sirmen**, (şart), sh.119.

⁶⁰⁷ Ancak kişi özgürlükleri yönünden genel ahlâk kuralları sınırının aşılp aşılmadığı incelenirken (MK.m.23/II), dikkat edilmesi gereken husus bu sınırın kişi ehliyetlerinden kısmen dahi olsa vazgeçme noktasına gelip gelmediği olmalıdır. (MK.m.23/I) Örneğin, bir kimsenin belli bir dine mensup kişilerle evlenmemesi şartına bağlı yapılacak hizmet akdi genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratır. Aynı hizmet akdi iki yıl kimseyle evlenmeme şartına bağlı kılındığında ise sözleşmesi geçerli ve genel ahlâk kurallarına aykırı değildir. Buna karşılık sözleşmenin hiçbir zaman evlenmeme şartına bağlı tutulduğu durumda ise, kişinin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi olsa vazgeçme sınırını aşılabacaktır. Bu konuda bkz. **Akıntürk/Akipek**, sh. 389 vd.

⁶⁰⁸ Bilhassa kişilerin zaten ahlâken yerine getirmeleri gereken davranışlar maddi menfaatler karşılığı şarta bağlandığında genel ahlâk kurallarına aykırılık oluştururlar. Örneğin zor durumdaki bir insana yardım etmek, hukuki değil ancak ahlaki bir ödevdir. Ancak bu ödev maddi bir menfaat sağlama karşılığı şarta bağlanırsa genel ahlâk kurallarına aykırılık oluşturacaktır. Örnek olarak bkz. ATF 37/1911 II 385-392, **Zufferey-Werro**, sh. 106.

tabidir. Ancak fıkranın ilk cümlesinde yer alan “*Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur*” ifadesi şarta bağlı borçlar bakımından uygulanmaz. Çünkü taraflar bir borcu şarta bağlamakla, işlemin şart olmaksızın yapılmasını istemediklerini de ifade etmektedirler. Bu sebeple, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “*Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur*” düzenlemesi gereğince, sözleşmenin bütünü geçersiz olacaktır⁶⁰⁹.

Bu noktada genel ahlâka aykırı olan şartın geciktirici ya da bozucu nitelikte olması sözleşmenin tamamen batıl olması neticesi üzerinde fark yaratmayacaktır⁶¹⁰. Örneğin, bir kimsenin kendisiyle birlikte kalmasını ve birlikte oturmasını sağlamak amacıyla taşınmazını bu kimseye bağışlaması ve belgenin son kısmında karşı tarafın kendisiyle birlikte kalacağı, iyi geçineceği ve geçimsizlik çıkarması halinde bağışlanan taşınmazın kendisine iade edileceği yönündeki bozucu bir şarta bağlı yapılan sözleşme genel ahlâka aykırıdır⁶¹¹. Bu anlamda geciktirici şartlar yönünden açıkça kendini gösteren genel ahlâka aykırılıklar, bozucu şartlar yönünden

⁶⁰⁹ **Akıntürk**, Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, AHFD, C.WVII, S.3-4, sh. 219-247, **Tandoğan**, (Nuillité), sh. 208, **Eren**, sh. 1122. Buna karşılık *Tunçomağ* ve *Becker* gibi bazı yazarlar tarafların sözleşmeyi yapacaklarına şüphe ve tereddüt bulunmayan durumlarda şartı yok, sözleşmeyi geçerli saymanın doğru olacağını savunmaktadırlar. **Sirmen**, (şart), sh.122, dipn. 86. Öte yandan özellikle *şarta bağlı ölüme bağlı tasarruflar* yönünden bu istisna hakim görüş olarak benimsenmektedir. Buna göre, tarafların veya yalnızca vasiyetçinin şartın hukuka ya da ahlâka aykırı olduğunu bilmeleri halinde, iradelerinden ölüme bağlı tasarrufu şartsız yapacakları sonucu çıkarılabilirse, yalnız şart batıl sayılarak hukuki işlem kurtarılmalıdır. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruflar yönünden butlan ile iptal kabiliyeti arasında yer alan bir hükümsüzlük bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir. **Güral**, sh. 166; **Sirmen**, sh. 124-125; **Pulaşlı**, sh.138; **İmre**, Ölüme Bağlı Tasarrufların Ahlâka Aykırılık Sebebiyle İptali Konusunda, İsviçre Mahkeme İçtihatlarında Görülen Gelişme ve Temayüller, MHAD, n.1-2, 1967-1968, sh.138-148. Ayrıca bkz. **Arık**, Ahlâka Aykırı Muamele ve Şart Kavramı, SBFD, C.XVI, 1961, sh.252-256; ölüme bağlı tasarruflar yönünden iptal kabiliyeti olduğu hakkında ise bkz. **Eren**, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966, sh.134.

⁶¹⁰ Çünkü hüküm şartlara ilişkin “müşterek hükümler” başlığı altında düzenlenmekte ve tıpkı geciktirici şart gibi bozucu şart da esas irade beyanı ile hukuki bir birlik oluşturmaktadır. Bozucu ya da geciktirici şartın ahlâka aykırı olmasının sonuçları hakkında bkz. **Sirmen**, (şart), sh.122-123.

⁶¹¹ Yarg. 8.HD, 17.9.1985 T, E.1985/7521, K.1985/8192.

çoğunlukla borçlunun kişisel değerlerini ihlal ile ortaya çıkar. Yine de bu durum her zaman genel ahlâka aykırılık oluşturmaz. Örneğin, bir kimsenin anne ve babası ölmüş olan yeğenine evlenmediği sürece maddi yardımda bulunma taahhüdünde, her ne kadar kişinin evlenme özgürlüğü yönünden bir şart hükme bağlanmış olsa da genel ahlâka aykırılık yoktur⁶¹².

Genel ahlâka aykırı bozucu şart içeren sözleşme bütün olarak geçersiz olacağından, hukuki sonuçlarını doğurmayacak ve bu nedenle ifa istenemeyecektir. Buna karşılık eğer ifa gerçekleşmiş ve tasarruf işlemi yapılmış ise, tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmamasına göre iade, istihkak davası (MK.m.683), tapu sicilinin düzeltilmesi davası (MK.m.1025) ya da sebepsiz zenginleşme davasına (BK.m.61) konu olabilir. Ancak yine bu noktada iade, genel ahlâka aykırı amacı elde etmek üzere verilenlerin iadesine imkan vermeyen BK.m.65 hükmü ile sınırlı olmak zorundadır. (§ 9, II) Buna karşılık genel ahlâka aykırı şart geciktirici bir şart ise, borç, şart gerçekleşmediğinden henüz ifa edilmediği için iade de gerekmemektedir. Buna rağmen ifa edilmiş ise, borçlandırıcı işlemin butlanı tasarruf işlemini de batıl kılacağından varılacak olan iade sonucu, bozucu şarta bağlı borçtan farklı olmayacaktır.

⁶¹² Merz, sh.136.

II- Sözleşmenin Amacının Genel Ahlâka Aykırı Olması

A) Sözleşmenin Doğrudan ve Dolaylı Amacı Kavramları

Bir sözleşmenin *amacı*, “taflara o sözleşme ilişkisini kurma kararı verdiren niyet” şeklinde tanımlanabilir⁶¹³. Ancak bu kararı sağlayan ve taraf iradelerine yansıyarak sözleşme ilişkisini kurmalarına neden olan amaç, sadece ilişkinin geçerli olarak kurulabilmesi için üzerinde anlaşmaları şart ve doğal olanı değil; aynı zamanda, her iki tarafın da istediği ve sözleşmenin sonucunda ulaşmaları mümkün olan başka hedefleri de işaret edebilir.

Bu nedenle, sözleşmenin amacıyla ifade edilmek istenilen ilk olarak, tarafların söz konusu hukuki ilişkiyi kurarak direk ulaşmak istedikleri amaçtır ki buna *doğrudan amaç veya vasıtasız amaç da (but immédiate)* denir. Aslında doğrudan amaç, tarafların taahhütlerinin tamamen ifası sonucunda ortaya çıkacak hukuki ya da fiili duruma ait düşüncelerini içeren objektif bir amaçtır⁶¹⁴. Bunun içindir ki, sözleşmenin doğrudan amacı, Türk ve İsviçre hukuku bakımından, tarafların bu amaçlarına vasıta olan sözleşmeye konu *sebebe (causa)* de işaret eder⁶¹⁵. Çünkü her sözleşme ilişkisi

⁶¹³ Reichard, sh.58.

⁶¹⁴ Zufferey-Werro, sh.223. ATF 20/1904, sh. 610. Bu yönüyle, tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşmenin “vasıtasız sonucu” (*résultat immédiate*) ile aynı anlamı ifade eder.

⁶¹⁵ Her ne kadar Pandekt hukuku etkisiyle sözleşmenin doğrudan amacı (but immédiate), sözleşmenin sebebi ile eş anlamlı gibi kullanılsa da, bu etki aslında sözleşme sebebinin kendisini, tarafların doğrudan amaçlarına ulaşmadaki bir araç olarak ortaya koymasından kaynaklanır. Söz konusu amaç, taraf iradelerine hukuki ilişkilerdeki güvenliğe uygun bir saygı sınırı çizerek; hem alacaklının hem de borçlunun irade özgürlükleriyle uyum içinde olmalıdır. Gerek Roma Hukukundan gerekse Pandekt hukukundan gelen amaç sınırları İsviçre hukukunda “güven teorisi” ile kaldırılmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. **Simonius**, “Quelques Remarques sur la Cause des Obligations En Droit Suisse, Etudes de Droit Civil a la Mémoire De Henri Capitant, Paris, 1977, sh.753 vd. Yazar ayrıca, İsviçre hukukunda sebep kavramının teknik bir terim olmadığını sadece tarihsel sebeplerden kaynaklandığını bu nedenle de hukuk sistemindeki sebebe bağlılığın da yine teknik olduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda aslında sebep kavramının amacında, tarafların iradelerini üstün tutmak ve

içinde, taraf iradeleri mutlaka belirli bir hukuki sonuca yönelmiştir ve sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, iradelerinin hem sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde hem de bu ortak amaç üzerinde birbirine uygun olması gerekir⁶¹⁶. Bu anlamda, kazandırma ile doğrudan doğruya takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren, yani ona uygulanacak hukuk kurallarını tayin eden tipik amaca *sebepe* denilir⁶¹⁷. Sözleşmenin *kaynağı* (*source*) olarak da ifade bulan⁶¹⁸ sebepteki genel ahlâka aykırılığın, borçlandırıcı işlemde mi yoksa tasarruf işleminde mi olduğu ve bu işlemlerin ayrı ayrı sebebe bağlı olup olmadıkları, birbirlerine olan etkileri, aşağıda da inceleyeceğimiz üzere geçersizliğin doğuracağı sonuçlar bakımından önemlidir. (§ 7, II, B)

genel ahlâk kuralları gibi diğer üst hukuk değerlerinin kullanması da vardır. Öte yandan, kavramın Türk ve İsviçre hukuklarında, Fransız hukukundan farklı kullanıldığını tekrar belirlemek gerekir. Zira Fransız hukukunda sebep iki farklı anlamda ve amaçta kullanılır. Bunlar borcun konusunu (*objet*) ifade eden: *Objektif Sebepe* (*Cause Objective-Cause Abstraite*), ile sözleşmenin amacını (*but-raison*) ifade eden: *Sübjektif Sebepe* (*Cause Subjective-Cause Concrète*) kavramlarıdır. Buna göre Fransız hukukunda borcun sebebi (*cause objective*), bir sözleşmenin soyut nedenini ifade eder ki bu her sözleşme tipi için aynı olan ve yokluğu sözleşmenin kurulmasına engel olan sebeptir. Buna karşılık sözleşmenin sebebi (*cause subjective*) kavramı ise, içtihat ve doktrinde baskın olarak ele alındığı haliyle şu şekilde tanımlanabilir: “Tarafların sözleşme ilişkisi içinde beraber ulaşmak istedikleri ya da bir tarafın sözleşmenin kurulması sırasında içeriğine veya sonucuna dahil ettiği amaçtır” **Guelfucci/Thibierge**, sh.247; **Souchon**, sh.42 vd. Alman hukukunda sözleşmenin amacının genel ahlâka aykırı olması hakkında bkz. **Witz**, sh. 234-235; **Ferrand**, sh.250 vd. Alman ve Fransız hukuk farkları için bkz. **Rieg**, sh. 311 vd; ayrıca bkz. **Guggenheim**, sh. 51 ve yukarıda § II, A, 2, *dipn.*38.

⁶¹⁶ Başka bir deyişle, taraflar iradelerini sözleşmenin sebebi üzerinde birbirine uygun olarak beyan etmiş olmalıdırlar. İrade beyanları, hem hukuki işlemde (tasarruf işleme veya borçlandırıcı işlem olabilir) hem de sebep üzerinde bir bütün olarak birbirine uymalıdır. Aksi halde sebep üzerinde irade uyumsuzluğu söz konusu olacağından, kazandırma geçerli olmaz. Bu kazandırma sebepleri ifa (*causa solvendi*); alacak (*causa credendi*), bağışlama (*causa donandi*), teminat ya da bu sebeplerin birleşiminden doğan karma bir sebep olabilir. **Engel**, sh. 148 vd; **Tercier**, sh. 41; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 130 vd; **Eren** sh.169 vd. Borçlandırıcı işlemler bakımından sebep alacak, bağış, teminat yada karma bir sebep olabilirken; tasarruf işlemleri bakımından sebep kural olarak ifadidir. (Bu kuralın istisnalarını elden bağış ve ibra oluşturur.) Ancak unutmamak gerekir ki, her kazandırmanın bir sebebi olması, her kazandırmanın sebebe bağlı olduğu anlamına gelmez.

⁶¹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 130. Örneğin karşılıksız kazandırmalarda genellikle bu sebep bağışlamadır, buna karşılık bilhassa iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sebep, taraflardan birinin ediminin ya da taahhüdünün diğerinin borcuna sebep olup olmasına göre belirlenir. Bu konuda bkz. **Simonius**, sh. 760-761.

⁶¹⁸ **Tercier**, sh.41.

Burada, sözleşme taraflarına ait *saik (motifs)* kavramının da amaçtan ve sebepten ayrıldığını ifade etmek gerekir. Çünkü sebep, belirli tip kazandırmalarda daima aynı kalan, ilgili kazandırmaya hukuki karakterini veren, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmuş tipik yani doğrudan amacı ifade ederken; saikler ise, tarafları o kazandırmayı yapmaya sevk eden, geçmişe, şimdiye ya da geleceğe ait, her kişi ve olaya göre değişebilen çok çeşitli düşünceleri ortaya koyarlar⁶¹⁹. Bu anlamda bir sözleşme ilişkisinin amacından bağımsız olarak, her iki tarafı da ilişkiye sokan sınırsız sayıda kişisel duygu, düşünce, ve amaç bulunabilir. Sonuç olarak taraflardan her biri için karşı tarafın gerçekte hangi düşüncelerle bu hukuki ilişkiyi kurduğunu bilmek mümkün olmadığı gibi hukuk düzeni de genellikle kişilerin saiklerini dikkate almaz⁶²⁰. Zaten taraf iradelerinin güven teorisine göre yorumlanmasında, kişilerinin saiklerinden bağımsız olarak bildikleri yada bilmeleri gerekenlerin irade beyanlarına esas alınması da bunu gösterir⁶²¹. Ancak, elbette ki taraflardan birinin saiki diğer sözleşme tarafınca da bilindiğinde ve kabul edildiğinde, artık saik tek taraflı ve gizli olmaktan çıkıp sözleşmedeki ortak amaca dahil olacaktır.

⁶¹⁹ Saikler kişilere göre değişebilir, ancak her durumda sebepten farklı olarak somut olaya uygulanacak hukuk kuralları üzerinde etkili olmayacaklardır. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 132. Ayrıca bkz. **Guggenheim**, sh. 51-52.

⁶²⁰ Örnek olarak bkz. Yarg. 4.HD, 24.3.1972 T, E.611, K.2581, **Uygur**, sh.1012. Bizim hukuk sistemimiz içinde de saik kavramı sadece özel bazı hallerde dikkate alınmaktadır. Taraflara ait saikin hukuki işlemde şart haline getirilmesi (BK.m.149 vd), temel hatası (BK.m. 24), ölüme bağlı tasarrufların iptali (MK.m.557) gibi. **Engel**, sh.205, 292; **Tercier**, sh. 149 vd. Ayrıca ATF 99/1973 Ia 420; ATF 48/1922 II 275=JdT 1923 I 13 (19); **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 132; **Eren**, 350 vd; **Oğuzman/Öz**, sh. 85; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, sh. 428; **Kılıçoğlu**, sh. 130. Genel ahlâk kuralları bakımından saik kavramının önemli olmaması hakkında bkz. ATF 80/1954 II 45 = JdT 1855 I 193 (196), ATF 50/1924 II 501. Buna karşılık Alman hukukunda bkz. **Pédamon**, sh. 102 vd; **Ferrand**, sh. 259 vd. Öte yandan, Başpınar'ın eserinde belirttiği şekilde sözleşmenin geniş yorumlanarak tarafların sözleşme ile takip ettikleri ortak amaçlar yanında saiklerinin de sözleşmeye dahil edilmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Yazarın verdiği izinsiz olarak genelev işletmek amacıyla borç para verilmesi örneği ise, zaten ancak, ödünç sözleşmesine taraf olan kişilerin dolaylı amaçları olduğu halde geçersiz olabilecektir. **Başpınar**, sh. 145, **Eren**, sh.294. Ayrıca bkz. **Hatemi**, sh. 170.

⁶²¹ Bu anlamda sözleşmelerin kurulabilmesi için irade beyanlarının yorumuna ihtiyaç duyulduğunda tarafların bildikleri yada bilmeleri gerekenlerde sebep önemli olurken, saik önemli olmayacaktır. **Simonius**, sh.759.

Kurulan sözleşme ilişkisinin sonucunda ulaşılması mümkün olup her iki tarafın da hedeflediği amaca ise, *dolaylı amaç* (*uzak amaç veya takip edilen amaç*) (*but lointaine*) denir. Bu amaç, tarafların elde etmeyi bekledikleri ve gerçekleşmesi için sözleşmenin yerine getirilmesinin şart olduğu hukuki yada fiili en son durumu ifade eder⁶²². Böylece sözleşme ilişkisiyle tarafların ulaşacakları doğrudan amaç dışında onları yönlendiren bir başka subjektif menfaat daha söz konusudur. Bu menfaat gerçekleşme ihtimali uzak olsa ve sözleşmenin genel hükümleri içinde kendini belli etmese de; tarafların karşılıklı iradeleri bu husus üzerinde uyduğundan sözleşmeye konu olarak genel ahlâk kuralları bakımından dikkate alınmalıdır⁶²³. Elbette ki bu uzak amaç ancak ciddi olarak gerçekleşme ihtimali varsa genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratabilir⁶²⁴.

Burada önemli olan husus, dolaylı amacın, taraflardan birini sözleşme yapmaya iten esaslı bir unsur olması, yani bu kişinin taahhüdünün esas sebebi olması; diğer sözleşme tarafının da bunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olmasıdır. Böylece, bir sözleşmenin edimleri, ifa modaliteleri ve taahhütlerin bütünü genel ahlâk kurallarına uygun olsa bile, taraflar bu ortak amaçlarıyla genel ahlâk kuralları ihlal edilebilecektir. Doktrinde bu duruma “*genel ahlâk kurallarının dolaylı ihlali*” denir⁶²⁵.

⁶²² Scarano, sh. 56.

⁶²³ Hukuka aykırılık bakımından tarafların dolaylı ortak amaçları daha dar bir kapsamda dikkate alınır. Engel, sh.150; Zufferey-Werro, sh.225; Simonius, sh.765. Ayrıca bkz. ATF 87/1961 II 207 =JdT 1962 I 94. Aksi görüş için bkz. Hatemi, sh. 172.

⁶²⁴ Zufferey-Werro, sh.227.

⁶²⁵ Zufferey-Werro, sh.225, dipn.40’da belirtilen yazarlar A.Bucher; Saladin. Yazar ayrıca Ost/Kerchove’in bu tür ihlali, ahlâkın hukuk düzeni içine işlemesindeki bir araç gibi kabul ettiğini belirtmektedir.

Ancak bu noktada, sözleşmenin dolaylı amacını sözleşmenin *sonucundan* (*effet du contrat*) ayırmak lazımdır. Çünkü bir sözleşmenin sonucu, sözleşme taahhütlerinin ifa edilmesiyle ortaya çıkan somut neticedir. Oysa sözleşmedeki amaç, sözleşmenin kurulma anında tarafların sahip oldukları ve onları bu sözleşme ilişkisini kurmaya iten fikirleri ve hedefleri içerir. Bu ayırım önemlidir çünkü, bir sözleşmenin sonucu, taraflarca bu yönde bir amaç haline getirilmediği sürece BK.m.19 anlamında genel ahlâka aykırılık kriteri yapılamaz⁶²⁶.

B) Amacı Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler

Her ne kadar Borçlar Kanunu m.19 ve m.20 hükümlerinde sözleşmenin amacı kavramından bahsedilmese de; BK. m.17 ve m. 61’de ifade bulan sebep kavramı; ayrıca doktrin ve içtihatlardan çıkan sonuç, geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramına tarafların amaçlarının da dahil olduğu yönündedir. Bu anlamda genel ahlâk kuralları denetimi yapıldığında, sözleşmenin amacına, sadece tarafların bu hukuki ilişkiyle ulaşacakları doğrudan amaçlar değil; aynı zamanda ciddi olarak gerçekleşme ihtimali olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin üzerinde anlaştığı dolaylı amaçları da dahildir⁶²⁷.

⁶²⁶ Sözleşmenin amacı, sözleşmenin her iki tarafının da ortak amacı olarak anlaşılması gerektiğinden, sözleşmenin nihai sonucundaki genel ahlâka aykırılık taraflardan biri için temel alınıyor ve diğer taraf da bunu biliyorsa genel ahlâk kuralları ihlal edilmiştir. **Engel**, sh. 293; ATF 80/1954 II sh:45, 48 = SJ 1955 sh. 193, 196 = JdT 1955 I sh. 315, 316; Ayrıca **Zufferey-Werro**, sh.221.

⁶²⁷ **Zufferey-Werro**, sh.227. Dolaylı, uzak amacı saik kavramı ile bütünleştiren aksi bir görüş için bkz. **Guggenheim**, sh. 52.

Buna göre, taraflara ait *doğrudan amaçlar* incelenirken, hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yönünden sözleşmenin sebebi ve bu sebebe bağlılığı⁶²⁸ üzerinde durulmalıdır⁶²⁹. Buna göre, sebebe bağlılığın, *borçlandırıcı işlemler* bakımından anlamı, temelindeki irade beyanlarının bağlı olduğu alacak, bağış, teminat yada karma sebebin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlâk kurallarına aykırı olmaması; *tasarruf işlemleri* bakımından anlamı ise, ifaya temel olan borçlandırıcı işlemin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlâk kuralların uygun olmasıdır⁶³⁰. Aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz BK.m.17 hükmü ve tarafların irade özgürlükleriyle yaratabilecekleri maddi anlamdaki soyut sözleşmeler bir yana bırakıldığında (§ 7, II, C) Türk hukukunda borçlandırıcı işlemler sebebe bağlı yani illîdir. Ancak, borçlandırıcı işlemler yönünden, borçlunun taahhütte bulunduğu anda, söz konusu edime sahip olması şart değildir. Yani edimin malvarlığına dahil olması gerekmez. Önemli olan, borçlunun ifa anında edime sahip olması ve alacaklıya karşı ifa borcunu

⁶²⁸ Her hukuki işlemde mutlaka bulunması gereken sebepten bağımsız olarak, işlemin içeriğine dahil olan, yani onun zorunlu bir unsuru olup, açıkça belirlenen; böylece geçerliliği bu sebebin geçerliliğine bağlı olan işlemler “*sebebe bağlı (illî)*”; buna karşılık, hukuki sebebinden ayrılarak ondan soyutlanan ve tamamen bağımsız bir nitelik kazandırılan, böylece geçerliliği temelindeki sebebe bağlı olmayan işlemler ise “*soyut*” işlemlerdir. **Engel**, sh.148 vd; **Tercier**, sh. 42; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 133 vd; **İnan**, sh.76; **Feyzioğlu**, I, sh. 43; **Eren**, sh. 166 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 49 vd; **Kılıçoğlu**, sh. 34 vd.

⁶²⁹ Zira sebebe bağlı işlemler ile soyut işlemlerin genel ahlâk kurallarına aykırılık taşımaları durumunda ortaya çıkan fark, uygulanacak hükümler yönündendir. Çünkü illî bir kazandırmanın sebebi genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunda, ifa edilmiş dahi olsa hak karşı tarafa geçmediğinden, hak sahibinin edimini istihkak davası (MK.m.683) yada düzeltme davası (MK.m.1025) ile geri alma imkanı vardır. Buna karşılık soyut işlemlerde hak karşı tarafa geçmekte ancak iade imkanı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olmaktadır. Ancak BK.m.65 hükmü bu imkanı ortadan kaldırmaktadır. *Soyut ve illî* işlemler arasındaki bu sonuca bağlı bir diğer fark ise, sebepsiz zenginleşme davasının şahsi niteliği sebebiyle, soyut işlemlerde sadece haksız kazanan kişiye karşı davanın açılması mümkündür. Bu yüzden üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır. Buna karşılık illî işlemlerde geçerli istihkak davası üçüncü kişiler iyniyetli olmadıkları sürece üçüncü kişilere karşı da açılabilir.

⁶³⁰ Türk hukukunda taşınmazlar yönünden geçerli olan (MK.m. 1025) sebebe bağlılık ilkesi, taşınırılar yönünden de baskın görüş olarak benimsenir. O halde kural olarak, temelindeki irade beyanına esas olan alacak, bağış, teminat yada karma sebep genel ahlâka aykırı olan borçlandırıcı işlemler geçersiz olacaklarından; ifasına sebep oluşturdukları illî tasarruf işlemi batıl kılarken; soyut tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemeyeceklerdir. Ancak unutmamak gerekir ki, tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem arasındaki bu etki karşılıklı değildir. Bir başka deyişle, ister sebebe bağlı olsun ister olmasın, tasarruf işlemindeki bir geçersizliğin borçlandırıcı işleme etkisi yoktur.

yerine getirebilmesidir. Dolayısıyla bir kimsenin “*malvarlığı değerlerinin üstünde bir taahhüt altına girmesi*” kural olarak, genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaz. Sözleşme kurulurken varolan bu sübjektif imkansızlık, borçlunun borcunu yerine getirememesi sebebiyle, BK.m.96 ve devamı hükümlerine göre sonuçlar doğuracak; ancak bu durum sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır. Bu durumun bize göre iki istisnası olabilir: Baştan itibaren varolan objektif imkansız (BK.m.20) ve genel ahlâk kuralları yönünden de önemli olan kişi özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edilmesi (§ 7, III). Aynı şekilde, borçlandırıci işleme konu *edimin birden fazla kişiye taahhüt edilmesi* yani aynı edime konu birden fazla borçlandırıci işlem yapılması da mümkündür. Bu durum her ne kadar temelinde etik ilkelere aykırılık yaratsa da; genel ahlâk kurallarının ihlaline sebep olmayacak; aralarında bir öncelik ilişkisi olmayan bu taahhütler yönünden borçlu, sadece ifada bulunamadıklarına karşı sorumlu olacaktır (BK.m.96 vd).

Bu noktada aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerlerden *kişi özgürlüklerinin* MK.m.23/2 anlamında, sadece borçlandırıci işlemlere konu olabilecekleri; çünkü tasarruf işlemlerinin etkilerini kişi üzerinde değil, malvarlığı üzerinde gösterdiklerini de belirtmek gerekir⁶³¹. (§ 7, III, A) Bu değerler yönünden, tasarruf işlemlerindeki genel ahlâk kuralları denetimi, aslında borçlandırıci işlemlerin ifası şeklinde ortaya çıkacağından tamamen *dolaylı* bir

⁶³¹ **Thévenaz**, sh.83. Yazar dipn.96 ve 97’de E.**Bucher’e** göndermede bulunmaktadır: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2.Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Berne, 1993, N.98, 99 ve 134 vd.

denetimi içerir. Dolayısıyla özgürlükler bakımından, genel ahlâk kurallarına uygun olması gereken, öncelikle borçlandırıcı işlemlerdir⁶³².

Öte yandan, sözleşme ilişkisi içindeki doğrudan amaçların dışında *dolaylı amaçların* da genel ahlâk kuralları denetimine tabi olması, aslında kaynağını sözleşmenin etik değerleri temel alan üst bir ilkeyi korumasından alır. Bu noktadan hareketle, sadece sözleşme ilişkisini oluşturan ve çevreleyen şartların değil, aynı zamanda toplumsal vicdanda istenmeyen, benimsenmeyen sonuçların da genel ahlâk kuralları bakımından denetlenmesi gerekir. Böylelikle, kurulmak istenilen sözleşme, genel ahlâka aykırı sonucu elde etmek yönünde tarafların kınanan iradelerini ispata yarayan bir araçtan öteye gidemez⁶³³. İşte bunun içindir ki, genel ahlâk kuralları bakımından amaç kavramı, hukuka aykırılıktan daha geniş olarak tarafların dolaylı ortak amaçlarını da kapsar⁶³⁴.

Buna göre, örneğin evli bir adamın, metresine kuyumcudan pırlanta kolye almak üzere yaptığı satım sözleşmesinin geçerliliği; kimi yazarlara göre kuyumcunun alıcıyı ikna etmesi halinde⁶³⁵, kimi yazarlara göre, normal fiyatının çok üstünde bir değere satılması halinde⁶³⁶, kimilerine göreyse sadece satıcının bu durumu bilmesi ve

⁶³² Bu durum elden bağış gibi, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin aynı anda gerçekleştiği hukuki işlemler yönünden de geçerlidir. O halde MK.m. 23/2 hükmünün, tasarruf işlemlerinin kurulmasında, bu tasarruf borcunu içeren borçlandırıcı işlemler bütününe uygulanacağı söylenebilir. **Thévenaz**, sh.83.

⁶³³ ATF 26/1900 II 140 (142); ATF 27/1901 II 417; ATF 37/1911 II 401=JdT 1913 I 226 (229) Ayrıca RSJ 9/1913, sh.287.

⁶³⁴ **Engel**, sh.150; **Tuhr/Peter**, sh.257; **Zufferey-Werro**, sh.223 ve dipn.26 da belirtilen diğer yazarlar: **A.Bucher**, **Oser/Schönenberger**, **Saladin**.

⁶³⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 400. Buna göre bir kuyumcu kendisinden mücevher satın olan kişinin bunu metresine genel ahlâka aykırı bir cinsel ilişkinin karşılığı olarak vermek amacıyla satın aldığı bilse bile, sözleşme geçersiz olmamalı, sadece eğer alıcıyı bu genel ahlâka aykırı amaçla mücevher satın almaya kuyumcu ikna etmişse, satım sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır.

⁶³⁶ **Von Tuhr**, sh. 249. Yazara göre satıcının bu durumdan yararlanarak mücevheri normal fiyatının üstünde satmasının genel ahlâka aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılmasına yeteceği

amacı gerçekleştirmek üzere sözleşmeyi yapması halinde⁶³⁷ genel ahlâk kurallarına aykırıdır. Genel ahlâk kurallarının bilhassa sözleşmenin *dolaylı amacı* yönünden yapılan denetiminde dikkate alınması gereken kriter Federal mahkemenin de belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre “*her iki tarafın da bu amacı bilmesi ya da bilmelerinin gerekmesi ile sınırlı tutulmamalıdır*”⁶³⁸. Tarafların, amacı bilmelerinin yanında “*bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul etmeleri de şarttır*”⁶³⁹. Dolayısıyla kuyumcunun durumu bilmediği, bilmesinin de gerekmediği, sadece kolyeyi alan adama ait olan genel ahlâk kurallarına aykırı davranış, alıcı yönünden onu sözleşme ilişkisini kurmaya iten saiklerden biri olmaktan öteye gidemeyecek ve bu sebeple sözleşmenin butlanı da söz konusu olmayacaktır. Ya da satıcının, alıcının amacını sonradan öğrenmesi durumu da, satım sözleşmesinin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır.

görüşündedir. Ayrıca yazar, bilhassa bir tarafın genel ahlâka aykırı amacını gerçekleştirebilmesi için gerekli araçların diğer tarafça sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde, eğer bu araçlar olmaksızın genel ahlâka aykırı amaç gerçekleşmeyecek veya ilgili kişi tarafından gerçekleştirilmesi çok güç olarsa, bu sözleşmenin de geçersiz sayılmasını önerenlerin de bulunduğunu belirtmektedir.

⁶³⁷ İnan, sh. 192-193; Oğuzman/Öz, sh. 75.

⁶³⁸ Bu noktada Hatemi özellikle, kuyumcunun satılan kolyenin alıcının metresine hediye edileceğini bilmesinin sözleşmeyi hukuken geçersiz kılmayacağını belirtmektedir. Hatemi, sh. 194, Aynı yönde Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 400 vd; Oğuzman/Öz, sh. 75. Öte yandan Ripert ise daha ileri giderek, karşı tarafın bilmesinin de önemli olmadığını savunur. Ripert, sh. 66 vd.

⁶³⁹ İsviçre Federal mahkemesi önceleri dolaylı ortak amaç konusunda her iki tarafın da iradelerinin esas alınması gerektiğine karar vermiş (ATF 47/1921 II 86=JdT 1921 I 423; ATF 32/1906 II 63; ATF 29/1903 I 265; ATF 26/1900 II 149); daha sonra taraflardan biri için genel ahlâka aykırı olan amacın sözleşmenin belirleyici sebebi olması diğer tarafında bunu bilmesini yeterli görmüştür. (ATF 48/1922 II 270=JdT 1923 I 13(19), ATF 50/1924 II 145) Şu anda ise, her iki sözleşme tarafının da bilerek gerçekleştirmek istedikleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul ettikleri dolaylı amaç görüşüne ulaşmıştır. ATF 47 II 89, JdT 1921 I 423, ATF 48 II 270; ATF 50 II 145. Dolayısıyla taraflardan birine ait genel ahlâka aykırı amaç, edimin ya da karşı edimin genel ahlâka aykırı olması sonucunu doğurmaz. ATF 80 II 331, JdT 1955 I 497. Simonius, sh. 766, Guggenheim, sh. 51, Engel, sh. 293. Alman hukukunda da dolaylı amaçların genel ahlâka aykırılıkta dikkate alınabilmeleri için, sözleşmenin kurulma anında her iki sözleşme tarafınca bilinmesi gerekmektedir. Bu durum sözleşmenin kurulmasında kaynağı oluşturan genel ahlâka aykırı sebepten değil, sözleşmenin kendisinin ahlâka aykırı bir amaçla birleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. Witz, sh. 234-235; Ferrand, sh. 250 vd; ayrıca Pédamon, sh.83 vd.

Aynı yönde, bir kişiyi kaçırmak amacıyla otomobil kiralamak; hamile bir kadının hukuka aykırı olarak çocuğunu düşünmeyi sağlayacak kürtaj aletlerini bir eczaneden satın alması⁶⁴⁰; pactum de non licitando yani bir açık arttırma ile satımda bir kimsenin ihaleye çıkarılan malları ucuza alabilmek amacıyla arttırmaya girmek isteyen diğer kişileri bundan vazgeçirmek üzere bir miktar para vermeyi taahhüt etmesi⁶⁴¹; bir doktorun başka bir doktorun hastasına aslında gerekli olmayan bir ameliyatı tavsiye etmesi ve kendisinin bu ameliyatı yapması halinde alacağı ücreti paylaşımları yönünde yapılan sözleşme; milletvekili aday listesinin başında yer alabilmek amacıyla seçim sonuçlarını etkileyecek biçimde, partinin il idare kurulu üyelerine bağışta bulunulması⁶⁴², bir kimseye rüşvet verme vaadinde bulunularak kurulan sözleşme ilişkileri ya da genelev açması için arkadaşına belli bir miktar para verme taahhüdü⁶⁴³ gibi durumlar da bu yönleri ile genel ahlâk kurallarına aykırıdır.

Aynı şekilde, tarafların dolaylı amaçları bu yönde olmak kaydıyla, yetkili organlardan gerekli izinler alınmadan *genelev*⁶⁴⁴ olarak işletilmek üzere yapılan

⁶⁴⁰ Bu konuda yeni tarihli bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 129 III 209, JdT 2003 I, sh. 603-609. Ayrıca örnekler için bkz. **Engel**, sh. 293, ayrıca, **Gugenheim**, sh. 52, ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, sh.285 vd. **Reichard**, sh. 86 vd.

⁶⁴¹ Bu yasak ayrıca BK.m.226'da düzenlenmekte dolayısıyla aslında hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Yarg.4.HD, 9.6.1976 T, E.9235, K. Aynı yönde paylı mülkiyete konu bir taşınmaz için paydaşlar arasında yapılan harici satış sözleşmesine göre izalei şuyu davasında ihaleye girmeyip, diğer paydaşlardan bono alan paydaşın yaptığı anlaşmanın genel ahlâka aykırı olmaması hakkında bkz. YHGK. 22.5.2002 T, E.2002/19-32, K.2002/421. Ayrıca bkz. **Engel**, sh.289. İki veya daha çok kişi, aleni veya gizli bir müzayede satımın akışını, değeri çok arttırarak (de licitando) ya da indirerek (non licitando) bozmak üzerinde anlaşılabilir. Kural olarak bu durum genel ahlaka aykırı değildir. Ancak durum, diğer katılımcıları yanıltmak amacına hizmet ediyorsa artık genel ahlâk kuralları ihlal edilmektedir. **Zufferey-Werro**, sh. 264 vd.

⁶⁴² Yarg. 4.HD, 18.5.1965 T, E.8020, K. 2664, **Başpınar**, sh.145.

⁶⁴³ **Engel**, sh. 193. Buna karşılık devlet izni ile kurulan bir genelev ortaklığından doğan hakların taraflar arasında karşılıklı ileri sürülmesinde artık genel ahlâka aykırılık ileri sürülemeyecektir. Yarg. 13.HD. 13.12.1976 T, E.1976/2884, K.1976/8294. Ayrıca bkz. **Reichard**, sh. 62 vd.

⁶⁴⁴ 1525 sayılı Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 16 ıncı maddesinde genelevler "Genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerler şeklinde" tanımlanmaktadır. Bu anlamda örneğin, bir kimsenin gece dışarıda kalıp sabah erken muhtelif

satım ya da kira sözleşmeleri de geçersiz olmalıdır⁶⁴⁵. Bu konuda doktrinde de çok tartışılan Yargıtay'ın 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında “genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralınması yönündeki sözleşmelerin, hükümetten bu yönde bir izin alınmışsa geçerli aksi halde genel ahlâk aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı” ifade edilmektedir⁶⁴⁶. Doktrinde kimi yazarlar tarafından savunulan bu karar genel olarak eleştiri bulmuştur⁶⁴⁷. Bizce de genelev işletilmesi, devletin izin ve denetimi altında yapılırsa dahi; bu izin ortaya çıkan faaliyetin genel ahlâka aykırı niteliğini ortadan kaldıramaz. Çünkü toplumumuzdaki kamusal vicdan yönünden genelev faaliyetleri her zaman genel ahlâka aykırı bir yön içerirler. Devlet tarafından verilen bu izin olsa olsa kamusal yetkilerin kontrolünü sağlamak amacına dayanabilir yoksa izinle bir davranışın artık kamusal vicdandaki rahatsızlığı ortadan kaldıracacağı düşünülemez. Sonuç olarak toplumda ortaya çıkan bir davranış ya genel ahlâka aykırıdır ya da değildir! Devlet genelevlere ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken, genel sağlığı korumak, toplumda fuhuşu sınırlamak ve kontrol altında tutmak istemektedir. Bu anlamda bizce de, yasal düzenlemelerin varlığı davranışın genel

erkeklerle eve gelmesinin tek başına, randevu evi olarak kullanıldığı anlamına gelmeyeceği Yargıtay'ın bir kararında belirtilmektedir. Yarg. 18.HD. 10.6.1997T, E.1997/5489, K.1997/6171.

⁶⁴⁵ Bu konuda bkz. **Engel**, sh. 290 ve sh.293; **Terre/Simpler/Lequette**, sh. 280; **Ripert**, sh. 44; **Opréa**, sh. 122 ve sh. 159; **Aubert**, sh. 100 ve sh. 157; **Rieg**, sh. 316, sh. 329, **Zufferey-Werro**, sh. 286 vd. Alman hukukunda ise bu tür sözleşmeler sadece, hayat kadınlarının ekonomik olarak sömürülmesinin ve kötüye kullanılmalarının aracı olduğunda genel ahlâka aykırı kabul edilmektedir. **Witz**, sh. 235 vd. Bu anlamda 20.12.2001 tarihinde yürürlüğe giren üç maddelik “Hayat Kadınlarının Hukusal İlişkilerine Dair Kanun” (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*) da bu kötüye kullanıma engel olmak yönünde düzenlemeler içerir.

⁶⁴⁶ YİBGK, 14.1.1943 T, E.1943/30, K.1948/2.

⁶⁴⁷ İlk olarak Postacıoğlu tarafından eleştirilen karar aynı yönde Tekinay, Öktem, Akev ve Hatemi tarafından da eleştirilmiş; buna karşılık Elbir, Saymen ve Oğuzman tarafından desteklenmiştir. Bu konuda bkz. **Postacıoğlu**, Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi, İHFM 1949, C.XV, S.4, sh.1288 vd; **Öktem**, Umumi ev olarak kullanılmak üzere Gm kiralınması, İzBD, 1937, S.1-9, sh.94; **Akev**, Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul, 1964, sh.459-460; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, sh. 399 vd; **Hatemi**, sh.261 vd; **Elbir**, Realist bir Tevhid-i İçtihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber Midir? Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, Yıl 1, Sayı 2, Ekim 1948, sh.89 vd; **Saymen/Elbir/Oğuzman**, Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları I, İstanbul, 1953, sh. 117; **Oğuzman/Öz**, sh.76. Ayrıca bkz. **Reichard**, sh. 62 vd.

ahlâka aykırılığını ortadan kaldırmak yönünde bir ispat aracı gibi değerlendirilemez⁶⁴⁸. Nitekim Yargıtay da daha ileri tarihli kararlarında, isabetli olarak bu hususa değinmiş ancak mesele halen yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararına konu olmamıştır⁶⁴⁹.

Bu nedenle kanaatimizce konusu bir genelevin işletmesi olan tüm hukuki işlemler öncelikle genel ahlâka aykırı kabul edilmeli, daha sonra somut olayın özelliklerine göre butlanın ileri sürülmesi ve sonuçları değerlendirilmelidir⁶⁵⁰. (§ 9) Örneğin bir kimse evinin genelev olarak kullanılacağını bilmeden kiraya vermiş ise, daha sonra durumu öğrendiğinde kira sözleşmesini feshedebilmeli, buna karşılık bilerek kira sözleşmesini kurmuş ise sözleşme genel ahlâk kurallarına aykırılık sebebiyle batıl olmalıdır⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ **Elbir**, sh. 92, eleştiri için bkz. **Postacıoğlu**, sh.1291 vd. Öte yandan konuyla ilgili ülkemizde halen yürürlükte bulunan mevzuatlar iki tanedir: İlki 1530 sayılı “*Umumi Hıfzısıhha Kanunu*”dur. Kanunun üçüncü bölümü ve 128 ile 132 inci maddeler arası hayat kadınlarına ayrılmıştır. Bu Kanunda, 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu hükümlerine aykırılık bulunması durumunda, 5302 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı, söz konusu Kanunun 70 inci maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Diğeri ise, 31.1.1973 tarih ve 7/5786 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişikliğe uğrayan 1525 sayılı “*Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü*”dür.

⁶⁴⁹ Örneğin Yarg. 4.HD, 28.12.1959 T, E.957/10681, K.1331 kararında şu ifade yer alır. “Her ne kadar genelevlerin açılması ve işletilmesi yurdun güvenliği, emniyeti ve sağlığı bakımından devletin iznine bağlanmışsa da, bu durum hiçbir zaman faaliyetin ahlâka uygun olduğunu kabul etme anlamına gelmez. Bunlar bazı maddi ve içtimai zorunlulukları karşılamak üzere devletin almak zorunda kaldığı tedbirlerden ibarettir.” Aynı şekilde Yarg. 13.HD, 13.12.1976 T, E. 2884, K. 8294, YKD, 1977, S.8, sh.1118 vd.

⁶⁵⁰ **Hatemi**, sh. 270. **Reichard**, sh. 62 vd.

⁶⁵¹ Ancak böyle bir durumda da somut olayın özelliklerin göre tahliye davasının açılması MK.m.2 hükümlerine aykırı düşüyorsa, bu durumda talep reddedilebilmelidir. Örneğin genelevlere ayrılmış bir bölgede bulunan ve başka türlü kullanılamayacağı anlaşılan bir bina kira sözleşmesinde kiracı sözleşmenin genel ahlâka aykırılığı nedeniyle tahliye edilmek isteniyorsa, bilerek kira sözleşmesini yapan kişinin hakkını kötüye kullandığı ileri sürülebilmelidir. Tahliye kararında peşin ödenen kira ücretinin BK.m.65 kuralı ile çıkarılması ya da kiracının hükümsüzlüğe dayalı kira parasını ödemekten kaçınması da yine MK.m.2 hükmü ile dengelenebilir. Bu konuda bkz. **Hatemi**, sh. 269-270, **Postacıoğlu** ise bu sorunun Nemo auditur kuralından faydalanılarak çözülebileceğini savunmaktadır. sh. 1306 vd.

Bir kimseye *rüşvet verme vaadini* içeren sözleşmeler⁶⁵² de genel ahlâk kurallarına aykırıdır. Ancak bilhassa birine rüşvet vererek, üçüncü bir kişiyle sözleşme ilişkisi kurulmak istendiğinde ortaya çıkan üçlü ilişki ayrıca değerlendirilmelidir. Bu tür ilişkilerde öncelikle rüşveti veren ve bir sözleşmenin kurulmasını sağlamaya çalışan kişi (*corrupteur*); rüşveti alan ve sözleşmeyi kurmayı sağlayacak olan kişi (*corrompu*) ve adına sözleşme kurulacak olan üçüncü kişi (*partenaire*) bulunur⁶⁵³. Bu anlamda rüşveti veren ve alan arasındaki “rüşvet anlaşması” hem hukuka hem de genel ahlâk kurallarına aykırı ve geçersizdir. Buna karşılık rüşveti veren ve üçüncü kişi arasında kurulan ve rüşvet anlaşmasını “takip eden sözleşmenin” geçerliliği ise, rüşveti alan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre değişebilir. Bu ilişki somut olayın özelliklerine göre temsil ilişkisi, vekalet ya da hizmet akdi olabilir ki buna bağlı olarak rüşvet ilişkisi de doğrudan ya da dolaylı olarak ikinci sözleşmeye yansıyacaktır. İşte bu noktada asıl mesele rüşvet anlaşmasını takip eden ikinci sözleşmenin geçerliliğinin genel ahlâk kurallarına bağlı kılınıp kılınamayacağıdır.

Son dönemde bilhassa İsviçre’de butlan ile iptal edilebilirlik yaptırımlarını birbirine alternatif gören içtihat ve doktrin kararlarına paralel olarak Zürih Kantonunda 21 şubat 2003 tarihinde verilen bir kararda, *sözleşmenin kurulmasında*

⁶⁵² Her ne kadar rüşvet eylemi, yani bir kamu görevlisinin, işini görmek için usulsüz olarak menfaat sağlaması bu dar anlamı ile, Ceza Kanununda yer alsa da (TCK.m.252-254); rüşvet halk arasında daha çok geniş anlamı ile yani sadece kamu görevlilerini değil özel sektörde çalışanları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Ancak Ceza Kanununda yer alan düzenlemeye paralel olarak hukukçular genel olarak rüşveti, dar anlamı ile ele almakta buna karşılık özel işyerlerinde çalışanlar için daha çok emniyeti suistimal ve dolandırıcılık suçlarına sokma eğilimi göstermektedir. **Mumcu**, sh. 11. Ayrıca kavram için bkz. **Tercier**, (Corruption), sh.227-228; **Engel**, sh. 289; **Guggenheim**, sh.52; **Guillod/Steffen**, sh.134; **Zufferey-Werro**, sh. 282 vd.; **Ripert**, sh.44. Ayrıca bkz. **Engel**; L’évolution récente du droit des obligations, (Engel/Chappuis/Marchand/Morin), Lausanne, 2004.sh.13-14; ATF 129/2003 III, sh. 320= JdT 2003 I sh. 331.

⁶⁵³ **Tercier**, (Corruption), sh.226; ayrıca bkz. **Héritier**, Les pots-de-vin, 1981, Genève, sh.105 vd.

etkili olan ve ahlâken şüpheli görülen hareketlerin, sözleşmenin içeriğine işlemedikleri sürece, ilişkiyi genel ahlâka aykırı kılmayacağı belirtilmektedir⁶⁵⁴. O halde Federal mahkeme içtihatları ve doktrine paralel, bir rüşvet ilişkisi sonucunda kurulan ve içerikleri genel ahlâka ya da hukuka aykırı olmayan sözleşmeler BK.m.20 anlamında butlan yaptırımı ile sonuçlanmayacak ve bu yönleri ile genel ahlâka aykırı kabul edilen “rüşvet vaadi” örneğinden ayrılacaklardır. Federal mahkemenin bu noktada dikkatle ayırımını yapmak istediği husus “genel ahlâka aykırı içerikli sözleşmeler ile, sözleşmenin genel ahlâka aykırı kurulmasının” birbirinden ayrılması gerektiğidir. Çünkü bir sözleşme ilişkisinin kurulmadaki bu tür bir sakatlık sözleşmenin içeriğini değil; sadece iradelerin uyumu ya da sözleşmenin kurulma sürecini etkiler. Dolayısıyla kanun bu istenmeyen sakatlığı meselenin özelliklerine göre gabin ya da irade sakatlığı hükümlerine paralel olarak giderebilir.⁶⁵⁵

Diğer yandan, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından, doğrudan ya da dolaylı genel ahlâka aykırı amaç incelemesi kanaatimizce, tarafların karşılıklı edim dengeleri de dikkate alınarak yapılmalıdır. Elbette ki sözleşme özgürlüğü içinde, taraflar karşılıklı edim değişimlerine diledikleri şeklide karar verebileceklerdir ancak, “özellikle ekonomik yönden bir karşılık alınmaması gereken hallerde, hakim meselenin ücret vaadiyle yapıp yapılmadığını” araştırarak genel ahlâk kuralları incelemesini yapabilir. Örneğin, para karşılığı bir kimseyi boşanmaya teşvik etmek ya da cinsel ilişki kurulmasını sağlamak (pactum stupri);⁶⁵⁶ yine bir suçun işlendiğini

⁶⁵⁴ SJ, 2004 I, sh. 33-49: *Pots-de-vin, Absence de nullité du contrat obtenu au moyen de la corruption d'un fonctionnaire. Invalidation pour erreur. Conséquences de l'invalidation sur un contrat durée.* Ayrıca bkz. ATF 129/2003 III sh.320; JdT 2003 I, sh.331.

⁶⁵⁵ Bu konuda ayrıca bkz. **Tercier**, (Corruption), sh. 262 vd; **Heritier**, sh. 106-109.

⁶⁵⁶ **Engel**, sh. 285 ve 290; **Zufferey-Werro**, sh. 273 ve 277; **Guggenheim**, sh. 52. **Reichard**, sh. 77 vd.

bilen ve ihbarda bulunması gereken kişinin para karşılığında susması⁶⁵⁷ gibi. Buna karşılık Yargıtay bir kararında, kızı kaçırılan kimsenin bir miktar para karşılığı şikayetinden vazgeçmeyi taahhüt etmesinde genel ahlâka aykırı bir yön bulunmamıştır⁶⁵⁸. Kanaatimizce bu karar isabetsiz bir karardır çünkü, her ne kadar içerik olarak aksi yönde görülse de amacı açıkça genel ahlâk kurallarına aykırı bir davranış söz konusudur⁶⁵⁹. Bu noktada kişinin ekonomik yönden maddi bir karşılık sağlamaması gereken bir durumdan, maddi menfaat temin ettiği son derece açıktır.

C) Genel Ahlâka Aykırı Amaçla Düzenlenen Soyut Borç İkrarları

Öte yandan BK.m.17’de düzenlenen ve borç sebebini göstermese dahi geçerli kabul edilen “*soyut borç ikrarları*” yönünden de genel ahlâk kurallarına aykırılığının sonuçlarına da kısaca değinmek gerekir. Buna göre temel ilişkiye konu sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olduğu hallerde soyut borç ikrarının geçerliliği ne olacaktır? Örneğin bir kimseye siyasi parti değiştirmesi karşılığında verilen senedin, başlık parası olarak düzenlenen bononun⁶⁶⁰, kendisiyle evlilik dışı ilişki yaşaması⁶⁶¹ ya da boşanmaya razı etmek için⁶⁶² düzenlenen çekin ve ya bir kimsenin kumar oynaması karşılığı düzenlenen kambiyo senedinin⁶⁶³ geçerliliği var mıdır? Hakim bu

⁶⁵⁷ Susma hakkının satın alınması olarak da değerlendirilen bu duruma ilişkin farklı örnekler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 279 vd.

⁶⁵⁸ Yarg. 13.HD. 5.2.1988 T, E. 141, K. 543. Dolayısıyla bu karara paralel olarak ödenen paranın geri alınması istenildiğinde BK.m.65 hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır.

⁶⁵⁹ Eleştiriler için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 398, **Başpınar**, sh.146.

⁶⁶⁰ Yarg. 4.HD. 16.6.1975 T, E.5036, K.7669; **Uygur**, sh. 1010. Yarg. 11. HD, 8.12.1975 T, E.4834, K.191; Yarg. 15.HD. 15.11.1976 T, E.4887, K.4912, **Uygur**, sh.2922-2924. Ayrıca Yarg. 11. HD, 11.2.1980 T, E.620, K.620, **Karahasan**, sh.265-273; Yarg. 11.HD 15.11.1976 T, E.1976/4887, K.1976/4912. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 5.3.1986 T, E.1985/11-832, K.1986/199.

⁶⁶¹ Yarg. HGK. 20.3.2002 T, E.2002/13-177, K.2002/206; Yarg. 14.HD. 3.11.1989 T, E.1988/6243, K.1989/9196.

⁶⁶² Yarg. 11.HD. 18.6.1991 T, E.1989/9057, K.1991/4151; Yarg. 11 HD. 26.12.1985 T, E.1985/7135, K.1985/7370.

⁶⁶³ Yarg.11. HD, 3.4.1981 T, E.1343, K.1475, **Uygur**, sh.1013.

genel ahlâk kurallarına aykırı amaçları re'sen dikkate alabilir mi? Ve elbette bu noktada meselenin BK.m.65 kuralı karşısındaki durumu nedir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, soyut borç ikrarlarının hukuki niteliğiyle ilgili Fransız veya Alman hukuklarını temel alan iki görüş bulunur. Genel hatları ile Alman hukukunda, soyut borç ikrarı, temel borç ilişkisinden bağımsız, maddi anlamda soyut yeni bir borç yaratılması; Fransız hukukunda ise ayrı bir borç ilişkisi yaratmadan sadece alacaklıyı geçerli borç sebebinin varlığını ispat külfetinden kurtaran delil niteliği taşıması benimsenmektedir. Bu anlamda Türk ve İsviçre hukuklarında her iki doktrin görüşünü de benimseyen yazarlar bulunmaktadır⁶⁶⁴ ve söz konusu iki görüşün özellikle genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarları yönünden ayrı bir önemi vardır.

Bilhassa Alman doktrinine paralel olarak maddi anlamda soyutluk ilkesini benimseyen yazarlara göre, genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarlarının sonuçları hakkında üç temel görüş bulunur. İlk görüşe göre⁶⁶⁵, temel ilişkideki hukuki sebep genel ahlâka aykırı olsa bile, buna dayalı yapılan *soyut borç ikrarından bir alacak hakkı doğar*, çünkü soyut borç ikrarı temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Yalnız yine de, genel ahlâka aykırı bu alacak hakkı, borçlunun *sebepsiz zenginleşme talebi ile* karşı karşıyadır ki BK.m.65 hükmü de bu talebi

⁶⁶⁴ Örneğin **Von Tuhr** (sh. 251), **Kocayusufpaşaoğlu**, (sh.137), **Sungurbey**, (sh. 40 vd); **Tunçomağ**, (sh. 186), **İnan**, (sh.157), **Oğuzman/Öz**, (sh. 154) Alman sistemini benimsemektedir. Bana karşılık **Tandoğan**, (sh.100), **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, (sh.140), **Eren**, (sh.180 vd) **Du Pasquier**, (Commentaire Romand) (sh. 76-80); **Yung**, (La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, Genève, 1930, sh. 93 vd), **Simonius**, (sh. 757) ve **Engel**, (sh.157).Fransız sistemini benimserler.

⁶⁶⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 138.

engelleyemez⁶⁶⁶. Zira hüküm genel ahlâka aykırı sonucu elde etmek üzere verilenlerin geri istenmesini yasaklar. Oysa soyut borç ikrarında bulunan borçlu alacaklıya bir şey vermiş değildir, sadece borçlanmıştır⁶⁶⁷. İkinci görüşe göre, kanunun *soyut* alacaklara bağladığı temel borç ilişkisinden bağımsız olarak geçerli olma sonucu, yine *kanunda yer alan diğer bazı temel kurallarla sınırlanmalıdır*⁶⁶⁸. Yani soyut alacaklara tanınan sınırsız bir hak yoktur. Kumar ve bahisle ilgili BK.m.505 hükmü ile kanun koyucu temel ilişkideki bozukluğun soyut alacağa da geçmesini kabul etmiştir⁶⁶⁹. Zira hüküm gereği, hakim soyut borç ikrarıyla ilgili alacağın kumar yada bahis borcundan doğduğunu gördüğünde bunu re’sen göz önünde bulundurmak zorundadır. O halde bu düzenleme, daha ağır bir nitelik taşıyan “genel ahlaka aykırı borçlar” yönünden de *evleviyetle (a fortiori)* uygulanmalıdır. Bu nedenle eğer temel ilişki genel ahlâka aykırı ise, soyut alacakta batıldır. Nihayet, doktrinde yer alan son görüşe göreyse, soyutluk kuralından vazgeçmeden, pek çok genel ahlâka aykırı amaç güden sözleşmeyi batıl kılan BK.m.20 hükmüyle, doğrudan doğruya soyut borç ikrarının hükümsüz olduğunu söylemek mümkündür. Bu yönde, temel ilişkisi genel ahlâka aykırı olan ve kesin hükümsüz bir soyut borç ikrarı için tarafların kararlaştırdıkları en yakın amaç *ifa amacıyla edimdir*⁶⁷⁰. Ancak sonrasında gelen ortak amaç genel ahlâka aykırı olduğundan ve sadece konusu değil amacı genel ahlaka aykırı olan sözleşmeler de batıl olduğundan, soyut borç ikrarı da batıldır.

⁶⁶⁶ Von Tuhr, sh. 431; Oğuzman/Öz, sh. 768.

⁶⁶⁷ Von Tuhr, sh. 251 ve sh.414.

⁶⁶⁸ Sungurbey, (Borç İkrarı), sh. 99; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 139.

⁶⁶⁹ BK.m. 505 hükmünün ilk fıkrası şu şekildedir: “Kumar oynayan veya bahseden kimse tarafından imza edilmiş adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir şahsa devir edilmiş olsa bile bunlara müsteniden hiç bir kimse bir hak talep edemez. Kıymetli evrakın hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara bahşettiği haklar mahfuzdur.”

⁶⁷⁰ Sungurbey, (Borç İkrarı), sh. 118 vd; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 140. Yazar şu örneği vermektedir: B ile A, üçüncü bir kişinin malının çalınması karşılığı B’nin A’ya 1000 lira vermesi konusunda anlaşılırsa bu sözleşme (temel borç ilişkisi), BK.m.20 uyarınca genel ahlâka aykırı bir sebebi içerdiğinden hükümsüzdür. B, bu ilişkiye dayanarak A’ya bir soyut borç ikrarında bulunursa, işte söz konusu olan bu ikrarın en yakın amacı ifa amacıyla edimdir.

Dolayısıyla bu çözümde temel ilişkideki sakatlık soyut borç ikrarının hükümsüzlüğüne yol açmamakta, doğrudan soyut borç ikrarının kendisi genel ahlâka aykırı olmaktadır⁶⁷¹.

Ancak maddi anlamda soyutluğu temel alan bu üç görüşe karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, BK.m.17 hükmü taraflara, sözleşme ilişkisine ait sebepten bağımsız, sadece şekli anlamda soyut⁶⁷² bir borç ilişkisi yaratmaktadır. Elbette ki her kazandırmada olduğu gibi bu sözleşmelere de konu olan ve taraflar arasında kabul edilen bir sebep mevcuttur ancak taraflar bu sebebi düzenledikleri sözleşmenin dışında tutmaktadırlar. Dolayısıyla alacaklının önünde iki seçenek vardır, ister soyut borç ikrarına, isterse bu ikrara sebep temel ilişkiye dayalı hakkını talep edebilir. Bu durum genel ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere düzenlenen soyut borç ikrarları için de geçerlidir. Alacaklı genel ahlâka aykırı olan temel ilişkiye değil, kendisini ispat yükünden kurtaran soyut borç ilişkisine dayalı borçludan ödemede bulunmasını talep eder. Buna karşılık, eğer borçlu temel ilişkinin genel ahlâk kurallarına aykırı ve geçersiz olduğunu ispat edebilirse, borç ikrarının butlanına karar verilebilir⁶⁷³ ve bu durumda artık borç doğmayacaktır⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu'nun haklı olarak eleştirdiği üzere bu çözüm, ihlali aynı zamanda genel ahlâka aykırılık oluşturmayan hukuka aykırı sebep hallerinde farklı sonuca götürür. Çünkü, hukuka aykırılık bulunduğu, BK.m.20 uyarınca sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olması aranır, genel ahlâka aykırılıkta olduğu gibi sebebin genel ahlâka aykırı olması yetmez. Bu durumlarda soyut borç ikrarının temeli, BK.m.20 hükmü dışında kalacak ve ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade mümkün olabilecektir. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 140.

⁶⁷² Buna karşılık maddi anlamda soyutluk ise, borcun hukuki sebebinin içeriğinin dışında bırakılması ve artık sözleşmenin zorunlu unsuru olmamasıdır. Böylece sebep, temel ilişkiden soyutlanmakta, geçersiz olsa dahi soyut borç ikrarının geçerliliğini etkilememektedir. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh.133 vd; **Eren**, sh.177 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 137 vd; **Simonius**, sh.763; **Engel**, sh. 156 vd; **Du Pasquier**, (Commentaire Romand), sh. 76 vd.

⁶⁷³ Ancak temel ilişki genel ahlâka aykırı değilse elbette bu iddia önemli değildir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, paylı mülkiyette paydaşlar arasında yapılan harici satış sözleşmesine göre izalei şuyu davasında ihaleye girmeyip, diğer paydaşlardan bono alan paydaşın yaptığı anlaşmanın genel ahlâka aykırı olmadığına hükmetmiştir. YHGK. 22.5.2002 T, E.2002/19-32, K.2002/421.

Meselenin BK.m.65 hükmü karşısındaki durumu ise, borçlunun ifada bulunup bulunmamasına göre değişir. Çünkü hüküm genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için verilenlerin geri istenemeyeceğini hükme bağlamaktadır⁶⁷⁵. Buna göre, eğer borçlu taahhüt altına girdiği miktarı henüz ödememiş ise mesele yoktur. Genel ahlâka aykırı amaçla verildiği ispat edilen soyut borç ikrarının geçersizliği, borçlunun vaaadinin de geçersizliği sonucunu doğuracak ve soyut borç ikrarı iptal edilecektir. Bir başka ifadeyle BK.m.65 hükmü genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenmiş ve bedeli ödenmemiş senetlerin iptaline engel değildir⁶⁷⁶. Buna karşılık ödemede bulunulmuş ise, artık genel ahlâka aykırı amaç ile yapılan bu ödeme BK.m.65 hükmü çerçevesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilemeyecektir⁶⁷⁷. (§ 9, III, A)

Buna karşılık soyut borç ikrarının, sebebi değil ancak *saiki* genel ahlâk kurallarına aykırı ise ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırı bir yönü açıklamıyorsa; bu durum soyut borç ikrarının geçersizliği için neden olamaz.

⁶⁷⁴ **Engel**, sh. 156 vd; **Tercier**, sh. 69-70; **Eren**, sh. 183. Böylece mahkemeler BK.m.17 yönünden sözleşmenin sadece konusunu değil amacını da dikkate almaktadır. Örnek İsviçre Federal Mahkeme Kararları için bkz. ATF 72/1946 II 91 =JdT 1946 I 546; ATF 63/1937 II 248; ATF 48/1922 II 270=JdT 1923 I 13; ATF 48/1922 II 182=JdT 1923 I 534ATF 30/1904 II 77; ATF 34/1908 II 686.

⁶⁷⁵ **Von Tuhr**, sh. 251.

⁶⁷⁶ Yarg. HGK, 5.3.1986 T, E.1985/11-832, K.1986/199, Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 8.12.1975 T, E.4834, K.191; Yarg. 15.HD, 15.11.1976 T, E.4887, K.4912, **Uygur**, sh.2922-2924; ayrıca Yarg. 11. HD, 11.2.1980 T, E.620, K.620, **Karahasan**, sh.265-273; yine Yarg.11 HD 15.11.1976 T. E.1976/4887, K.1976/4912.

⁶⁷⁷ Hatta genel ahlâk kuralları bakımından bu durumun, taraflar arasında sözleşme özgürlüğü ilkelerine göre yaratılan “maddi anlamda soyut sözleşmeler” için dahi geçerli olduğu kabul edilir. BK.m.18/II ve m.162/II hükümlerinde de öngörülen “maddi anlamda soyut borç ikrarları”; tarafların açık ve kesin olarak temel ilişkiye konu def’i ve itirazlardan tamamen ya da kısmen, feragat etmeleri sonucu yaratılan ve böylelikle aslında yeni borç doğuran sözleşmelerdir. Maddi anlamda soyutlukta, borcun hukuki sebebi, borçlandırıcı işlemin dışında bırakır ve zorunlu unsur olmaktan çıkarılır. Böylece temelindeki hukuki sebep geçersiz olsa dahi borç geçerliliğini muhafaza eder. Ancak bunlar için dahi, temel ilişkideki genel ahlâk kurallarına aykırılığın, alacaklıya karşı ileri sürülebileceği kabul edilir **Engel**, sh. 157; **Eren**, sh. 178.

Çünkü saik, taraf iradelerin uyumunu yönünde bir tür ön nedeni oluşturur. (§ 7, II, A) O halde, Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere, sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırılığı ortaya koymadıkça saik tek başına BK.m.19 ve m.20 hükümlerine göre soyut borç ikrarının geçersizliğine gerekçe olarak ileri sürülemez⁶⁷⁸.

III- Sözleşme İlişkisinin Kurulmasının Genel Ahlâka Aykırı Olması

A) Borçlunun Özgürlüklerinin Aşırı Derecede İhlali

Bazı durumlarda, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine konu edim yada tarafların doğrudan veya dolaylı amaçlarını incelemeye gerek olmadan bizzat sözleşme ilişkisinin kurulması genel ahlâk kurallarının ihlali için yeterlidir. Çünkü objektif hukuk düzeni hiçbir zaman, ahlaki güveni, kamusal vicdanı ya da kişisel özgürlükleri aşırı derecede sınırlayan ve bu sınırlar ile tarafları bağlayan bir sözleşme ilişkisinin kurulmasını istemez⁶⁷⁹. Bilhassa MK.m.23/2 hükmüne aykırı içerikli taahhütler ile kurulan sözleşmelerde durum böyledir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere, genel ahlâk kuralları ile korunan kişisel değerlerin ihlali (§ 4, II, C, 1) her zaman sözleşme ilişkisinin BK.m.20 anlamında butlanı sonucunu doğuracaktır ve MK.m.23/2 anlamında genel ahlâka aykırılıklar da BK.m.20 hükmü gibi sözleşmenin içeriğini sakatlayan nedenlerdendir. (§ 5, III) Dolayısıyla İsviçre Federal mahkemesinin de belirttiği üzere MK.m.23/II hükmünün genel ahlâk kurallarına

⁶⁷⁸ Yarg. 4.HD, 24.3.1972 T, E.611, K.2581, **Uygur**, sh.1012.

⁶⁷⁹ **Engel**, sh. 292.

aykırı ihlalleri, kişi özgürlüklerinin taahhütlerle aşırı sınırlanmaları durumunda ortaya çıkar⁶⁸⁰.

Dolayısıyla ister hareket özgürlüğünde olduğu gibi kişinin maddi bütünlüğüne dahil olsun; ister karar özgürlüğünde olduğu gibi kişinin manevi bütünlüğüne dahil olsun; isterse de ekonomik özgürlükte olduğu gibi sosyal bütünlüğüne dahil olsun, bir kimseye ait özgürlüklerin genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlanması, kanun koyucu tarafından kesin olarak engellenmektedir. İşte tam bu noktada asıl sorun, kişilerin özgürlüklerinin hangi şartlarda genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlanmış olacağı ve bu aykırılığı belirleyecek olan kriterlerin bulunup bulunmadığıdır. Doktrin ve içtihatlarda temel alınan ve genel ahlâka aykırılık sonucunu doğuran ilke “*özgürlüklerin aşırı derecede ihlal*” edilmesidir⁶⁸¹.

Aslında dikkatli incelendiğinde, kurulan her sözleşme ilişkisi, taraflara ait özgürlüklerin az çok sınırlanması sonucunu doğurur ve bu durum kaçınılmazdır. Zaten genel ahlâk kurallarının kişi özgürlükleri alanına müdahalesi de, bizzat kendisinin sözleşme özgürlüğü için bir sınır olmasından doğar⁶⁸². Ancak tam bu noktada, bir yandan özgürlükler korunurken, diğer yandan da iki etik ilke arasındaki

⁶⁸⁰ 30.12.2002 tarihli bu İsviçre Federal mahkeme kararı için bkz. SJ 2003 I, N.23, sh.374. Ayrıca bkz. Engel, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, sh. 186 vd; ATF 129/2003 III, sh. 209= JdT 2003 I sh. 374-375.

⁶⁸¹ Örneğin, Yarg.1.HD, 6.3.2002 T, E.2001/10578, K.2002/2892 kararında şu ifade yer alır: “Kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlâka ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılmaz ve çöktürücü bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir.” Aynı yönde bkz. Yarg.11.HD, 6.5.1997 T, E, 1997/920, K.1997/3286. Ayrıca bkz. Deschenaux/Steinauer, sh.95.

⁶⁸² Böylece aslında kişi özgürlükleri de genel ahlâk kuralları için birer ihlal kriteri oluşturur. Bu anlamda özgürlükler yönünden verilebilecek olumsuz bir tanım, müdahalenin yokluğunun ifadesidir. Dolayısıyla, madem ki bütün sözleşme taahhütleri özgürlüklere aykırılık taşınamalıdır; demek ki özgürlükler nisbi olarak korunan hukuki menfaatlerdir. Zufferey-Werro, sh.174 ve sh. 227.

denge doğru sağlanmalıdır; ki bunlar genel ahlâk kurallarına uygunluk ve sözleşmeye bağlılık ilkeleridir. İşte hem özgürlüklerin korunması hem de bu dengenin sağlanabilmesi için öncelikle bazı soruların yanıtını bulmak gerekir: Bir sözleşme ilişkisi içinde, özgürlüğün aşırı derecede ihlali neyi ifade eder? Bu aşırılığı belirleyebilecek objektif kıstaslar var mıdır? Ve bu kıstaslar bütün özgürlükler için kullanılabilir mi?

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve devredilemez nitelikteki hak veya fiil ehliyetlerine müdahale içeren taahhütler, zaten bizzat hukuka aykırı olduklarından (MK.m.23/I) bunlar için ayrıca özgürlüğe konu taahhüdün içeriğini denetlemeye ihtiyaç yoktur. Kaldı ki, bu tür taahhütler zaten özgürlüklerin aşırı ihlalindeki en son noktayı oluştururlar. Doğal olarak, çalışmamızın bu başlığı altında, özgürlüklerin tamamen ortadan kalkması sonucu doğurup, hak ve fiil ehliyetlerine müdahale eden durumlar incelenmeyecektir⁶⁸³.

Bu doğrultuda, somut bir meselede özgürlüklerin aşırı ihlal edilip edilmediklerini araştırmak; her şeyden önce, özgürlüklerin bir sözleşme “taahhüdüne” (*engagement*) konu olmalarına bağlıdır. İşte sözleşme ilişkisi kurulurken, taraflardan her birinin diğetine karşı verdiği sözleri ifade eden taahhütler, bu anlamda doktrinde de kabul edildiği üzere; “sözleşmenin içeriğini değil, bir şey

⁶⁸³ Örneğin bir kimsenin hiçbir zaman evlenmeyeceğini, yada hiçbir zaman mülkiyet hakkına sahip olmayacağını taahhüt etmesi artık, kişinin evlenme özgürlüğü yada mülkiyet sahibi olabilme özgürlüklerine müdahale değildir. Bu tür sözleşmeler, bizzat kişinin hak ve fiil ehliyetini sınırlandıklarından, her zaman hukuka aykırılık sebebiyle (MK.m.23/I) batıldır. Buna karşılık eğer, özgürlüklere yönelik taahhütler belli bir kişiye ya da mala yönelik yapılmışlar ise, artık ehliyetlerin değil, özgürlüklerin sınırı olarak MK.m.23/II ve BK.m. 19 denetimine tabidirler. Bu konuda bkz. **Deschenaux/Steinauer**, sh. 167; **Tercier**, sh.50; **Grossen**, RDS 160 II 10a; **Akipek/Akıntürk**, sh. 390 vd.

üzerinde anlaşmayı ifade ederler”⁶⁸⁴. Dolayısıyla önce kişi, kendi “rızasıyla ve iradesiyle” böyle bir taahhütte bulunmalıdır⁶⁸⁵. Bu taahhüde konu hukuki işlem, sağlararası ve borç doğurucu her türlü sözleşme ilişkisi olabilir⁶⁸⁶. Buna karşılık ölüme bağlı tasarruflar, sonuçlarını *de cujus*, ölen kişinin malvarlığında göstereceklerinden, miras bırakanın değil, ancak hayatta kalan üçüncü kişilerin özgürlükleri genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlandırılmak istenebilir⁶⁸⁷. Fakat, zaten bu durumda korumayı sağlayacak olan MK.m.23/II hükmü değil, kanunda yer alan özel hükümlerdir. (MK.m.515/II) Öte yandan tasarruf işlemleri, kişilik üzerinde değil, malvarlığı üzerinde etkili olduklarından bizzat MK.m.23/II’e aykırılık yaratmazlar; dolayısıyla tasarruf işlemleri ancak kişilik haklarına aykırı borçlandırıcı işlemin ifası ile dolaylı bir denetime tabidirler. Bu nedenle özgürlükleri ihlal eden taahhütler, sözleşme ilişkisi içinde her zaman borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ Engel, sh. 116; Tercier, sh. 143; Von Tuhr, sh. 250 vd. Ayrıca, Zufferey-Werro, sh.227, dipn. 47’de belirtilen yazarlar.

⁶⁸⁵ Kişiliğin koruması yönünden, MK.m.23 hükmüyle MK.m.24 vd. arasındaki ayırımı sağlayan da aslında budur. Bu anlamda kişilik hakları zarar gören taraf, aslında kendi iradesiyle bu sonucun doğmasına sebep olmaktadır. Oysa MK.m.24 vd hükümlerinden dışardan üçüncü kişilerin hareketleriyle doğan aykırılıklar değerlendirilir. Bu nedenle *Tuor* tarafından getirilen bir terminoloji ile, MK.m.23 hükmü kişiliğin içe karşı korunması, MK.m.24 ve m.25 hükümleriye kişiliğin dışa karşı korunması olarak adlandırılır. Bu konuda özel olarak bkz. Kappeler, La protection contre soi même, Mélanges offerts à la Société juriste suisse, (Mémoires Publiés Par La Faculté de Droit), Genève, 1976.

⁶⁸⁶ Her ne kadar İsviçre’de Federal Konsey (FF 1982 II 679) CC.m.27/II hükmünün sadece sözleşmelere uygulanabileceğini düşünse de, çok taraflı hukuki işlemler, örneğin kararlar içinde hükmün uygulama alanı bulabileceğini düşünmekteyiz. İki yada daha fazla kişinin belli bir meselede ortak çözüm bulmak amacıyla açıkladıkları irade açıklamalarının bütününe ifade eden kararlarda, beyanların karşılıklı değişimi söz konusu değildir. Kararı alan da bireylerden bağımsız bir tüzel kişilik olabilir. Bu durumda tüzel kişiliğin haklarına kabul edilemez bir aykırılık taşımaması bakımından maddenin uygulama alanı bulmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. A.Bucher, sh.122; Thévenaz, sh.79.

⁶⁸⁷ Buna karşılık bir kimsenin herhangi bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma yada bulunmama vaadi, elbette ki MK.m.23/II denetimine tabidir. ATF 108 II 405 = SJ 1983, sh. 305; ATF 114 II 329 = JdT 1989 I 522.

⁶⁸⁸ Bu durum elden bağış gibi borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin çakıştığı durumlarda dahi geçerlidir. Bu konuda bkz. Thévenaz, sh.83. Ayrıca A.Bucher, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Berne 1993, Art, 27.

Taahhütler sözleşme ilişkisi içinde tarafların kendilerine ait iradelerini yansıtırken; aslında “bu taahhütlerle özgürlüklerin aşırı ihlalinin ne ifade ettiğinin” yada “özgürlüklere yönelik taahhütler için kabul edilebilir makul sınırın ne olduğunun” tespiti oldukça güç bir hukuki meseledir. Aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, doktrin ve içtihatlar bu konuda bazı temel ve yardımcı kriterler ortaya koyar. Ancak hemen şunu belirtmek isteriz ki, her somut olaya uygulanabilecek, genel bir ölçü bulmak mümkün değildir. Kaldı ki, zaten hakimlere taahhütlerdeki aşırılık ve kabul edilemezlik kararını verdiren de, çoğunlukla tek bir kriter olmamakta; farklı kriterlerin bir araya gelmesi sorunları çözebilmektedir. Bunun için de hakim değerlendirmesini yaparken, her iki tarafa ait taahhütleri bir arada ve bütün olarak değerlendirmeli⁶⁸⁹; taahhütlerin doğduğu anda tarafların içinde bulundukları şartları ve ilişkileri de göz önünde bulundurmalıdır. Böylece taraflar arasında, somut ilişkiden ayrı; başka borç ilişkileri de mevcutsa, hakim bunları da özgürlüklerin aşırı ihlalinde değerlendirebilecektir⁶⁹⁰.

B) “Özgürlüklerin Aşırı İhlalini” Belirlemeyi Sağlayan Kriterler

Hakim, bir taahhüdün borçlunun özgürlükleri yönünden aşırı olup olmadığını belirlerken somut olayı çevreleyen bütün şartları göz önünde bulundurarak

⁶⁸⁹ Çünkü bazen borçlar kendilerinden MK.m.23/II’e aykırı değilken; diğer borçlarla birleştiklerinde özgürlükleri kabul edilemez hale getirebilirler. Örneğin bir menajerlik sözleşmesinde kişinin bütün karar alma özgürlüklerini menajerine devretmesinde olduğu gibi. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bkz. ATF 104 II 108 = JdT 1980 I 77.

⁶⁹⁰ **Grossen**, RDS 1960 OO 23a. Ayrıca bkz. **Thévenaz**, sh.102 vd. Yazar burada, sadece taraflar arasındaki değil; aynı zamanda üçüncü kişiler karşısında varolan taahhütlerin de dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir. Ona göre bu durum, her birey açısından dikkate alınan borçlar yönünden, insan onurunun korunabilmesi için kabul edilmelidir. Böylece, dolaylı olarak borçların nisbilik ilkesine aykırılık taşınmayacaktır; bu anlamda taraflardan birinin üçüncü kişiyle arasında önceden varolan bir taahhüt üzerine kurulu aykırılıklar da özgürlükler açısından değerlendirilebilmekte ve batıl kabul edilebilmektedir. Yazara göre, *Res inter alio acta aliis neque prodesse neque nocere potest* ilkesi, mutlak değildir ve kapsamını belirlemek doktrine aittir.

değerlendirme yapmalıdır. Bu nedenle aşırılığı belirlemeyi sağlayacak pratik kriterler koyabilmek oldukça önemli ve hassas bir konudur. O halde, tarafların veya hakimın sübjektif duygularını göz önünde bulundurmadan, keyfi yorumlardan kaçınarak objektif kriterler bulunmalıdır. Doktrin ve içtihatlardan yola çıkarak hakime bu konuda yol gösterebilecek kriterleri “*temel ve yardımcı kriterler*” olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür⁶⁹¹.

1) Temel Kriterler:

a) Taahhüdün Yoğunluğu

Kişi özgürlüklerini konu alan bir taahhüdün kabul edilebilirliğini belirlemek için esas alınan ilk temel kriterler “*taahhüdün yoğunluğu veya şiddeti*” (*intensité de l’engagement*) yani borç altına giren kişinin özgürlüğüne verilen zararın ne kadar fazla olduğudur⁶⁹². Bu yoğunluk, özgürlükten bütün olarak feragat etme noktasına geldiğinde ise, kişi ehliyetlerden vazgeçme sınırı aşılabacağından, taahhüt her zaman hukuka aykırı ve batıl olacaktır. (*MK.m.23/I*)⁶⁹³

⁶⁹¹ Zufferey-Werro, taahhütlerdeki kabul edilebilir, makul sınırı belirlemek adına temel ve yardımcı kriterler ayırımı yerine, malvarlığı değeri olmayan özgürlükler ve malvarlığı değeri olan özgürlükler ayırımı yapmaktadır. Yazara göre malvarlığı değeri olmayan bir özgürlük yani karar özgürlüğü söz konusu ise, burada alınacak kıstas; “taahhüdün toplumsal vicdanı ne kadar rahatsız ettiğidir”. Buna karşılık maddi değeri olan ekonomik özgürlükler için kıstas “taahhüdün ekonomik varlığı tehlikeye sokarak, hareket alanının özgür gelişimini artık alacaklının keyfiyetine tabi kılmasıdır”. Ekonomik yıkımla ilgili ise iki özel durum rol oynar: edimler arası oransızlık ve taraflar arasındaki eşitsizlik. Bkz. Zufferey-Werro, sh.227 vd. Buna karşılık biz de ayırımımızı Thévenaz gibi tüm özgürlükleri kapsayacak şekilde, temel kriterler ile yardımcı kriterler şeklinde yapmayı uygun bulmaktayız. Thévenaz, sh.92 vd.

⁶⁹² Descheneaux/Steinauer, sh.96; A.Bucher, sh.121; Thévenaz, sh.93; Zufferey-Werro, sh.236; Tercier, sh. 143.

⁶⁹³ Örneğin tarafların kararlaştırdıkları avukatlık ücretinin çok fahiş olması ve böylece ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlal edilmesi gibi. Örneğin: Yarg. 13. HD 16.1.1996 T, E.1996/10, K.1996/80; Yarg. 13.HD, 8.12.1995 T, E.1995/11194, K.1995/10999. Ya da yine bir kimsenin karar özgürlüğünden tamamen vazgeçerek bundan sonra tamamen bir başkasının keyfiyetine tabi olması

Borçlunun özgürlüklerini, alacaklının iradesine bağlayan taahhütler bakımından ise, genel ahlâk kurallarının ihlali kaçınılmazdır⁶⁹⁴. Buna karşılık, bir özgürlüğün kullanımına getirilen sınırlamalar için, borçlunun göreceği zarar somut meseleye göre ve diğer kriterlerle beraber değerlendirilmelidir. Çünkü çoğunlukla özgürlüğe verilen zararı, taahhüdün yoğunluğu yanında, *süresi* gibi diğer temel ya da yardımcı kriterlerin bir araya gelmesi doğurur⁶⁹⁵.

Bu anlamda yoğunluğu belirlenirken; özgürlüğüyle ilgili borç altına giren kişinin, bu taahhüt neticesinde “*elinde kalan tercihleri ve seçimleri*” de önemli olacaktır. Genel olarak benimsenen görüş, taahhüdün yoğunluğunun, yapma edimlerinde, yapmama edimlerine göre daha fazla olduğu; çünkü belirli bir davranışın yerine getirilmesinin diğer davranışları engelleyebileceği; buna karşılık yapmama yani kaçınma taahhütlerinde bu durumun kişinin başka davranışlarına engel oluşturmayacağı yönündedir⁶⁹⁶.

gibi. A.**Bucher**, sh.121; **Decshenau/Steinauer**, sh.95; **Grossen**, sh.12. Örnek olarak bkz. ATF 104 II 108 = JdT 1980 I 77; ATF 97 II 108 = JdT 1972 I 648.

⁶⁹⁴ Kural olarak borçlunun alacaklıya bağlanması, pek çok hakkın sonucundan doğabilir: hakim sözleşmeyi bütün olarak incelemeli ve borçlunun hiçbir özgürlüğü kalmadan tamamen alacaklının keyfiyetine tabi olup olmadığını belirlemelidir. Eğer alacaklı borçluyu sadece malvarlığına yönelik değil aynı zamanda kişisel edimlerle de zorlayabiliyorsa bu durumda incelemenin daha ciddi yapılması gerekir; ayrıca malvarlığına yönelik durumlar aynı zamanda borçlunun ekonomik gelişimine de engel olabilir. **Zufferey-Werro**, sh.239.

⁶⁹⁵ **Cherpillod**, sh. 16; **Grossen**, sh.14; **Deschenau/Steinauer**, sh.94; **Thévenaz**, sh.93; ayrıca, ATF 114 II 159 = JdT 1989 I 2.

⁶⁹⁶ Böylece yapmama taahhütleri her zaman daha az sınırlanmaktadır. Bu da taahhüdün yoğunluğu bakımından önemlidir çünkü bu kişinin elinde kalan imkanları hesaplanırken; kalan seçenekler ne kadar fazla ise özgürlüğün ihlali ihtimali de o kadar azalmaktadır. **Thévenaz**, sh.94; ATF 114 II 159=JdT 1989 I 2; ATF 93 II 290=JdT 1968 I 565. Aksi bir görüş için bkz. **Serozan**, (ifa), sh.13. Yazar yapmama edimleri yani olumsuz edimler yönünden borçlunun maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğünden vereceği ödünlerin, genel ahlâk kurallarına uygunluk bakımından daha dikkatli incelenmesi gerektiği görüşündedir.

b) Taahhüdün Süresi

Özgürlükleri yönünden taahhütlerdeki kabul edilebilir sınırı belirleyebilecek bir diğer kriter ise “*taahhüdün süresidir*”. Elbette ki bir taahhüdün, sadece süresinin çok uzun ya da belirsiz olması sebebiyle kişi özgürlüklerini ihlal etmesi beklenemez. Kaldı ki kanaatimizce, süre incelemesi sözleşmeye konu özgürlüğün niteliğine göre yapılmalıdır. Buna göre kişinin ekonomik özgürlüğü bakımından yapılacak olan değerlendirme ile hareket özgürlüğü bakımından yapılacak değerlendirme aynı olmayabilir.

Ancak her durumda süresindeki uzunluğun, taahhüdü genel ahlâk kurallarına (ya da hukuka) aykırı bir hale getirme tehlikesi vardır. Bu bakımdan sınırsız, sonsuz süreli sözleşme yapma yasağı⁶⁹⁷ bir yana bırakıldığında; herhangi bir özgürlükle ilgili taahhütte kabul edilebilir süreyi belirleyecek bir ölçüt bulmak pek mümkün değildir. Kaldı ki zaten, gerek BK.m.19/II, gerekse MK.m.23/II hükümlerinin amacı, sözleşmenin süresini özgürce belirleme imkanını yasaklamak ya da sınırlamak değil; sadece bu yöndeki bir taahhüdün aşırılığına engel olmaktır⁶⁹⁸. O halde hakim için genel ahlâk kurallarının ihlal edileceği bir süre sınırı belirlemek mümkün olmasa da; diğer unsurlarla birleştğinde taahhüdün genel ahlâk kurallarına aykırı olduğuna karar verilebilir⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ **Grossen**, sh.14. Sınırsız süreli sözleşmelerle ilgili bkz. ATF 114 II 159= JdT 1989 I 2; ATF 113 II 209.

⁶⁹⁸ Genel olarak taahhüdün geçerliliği için, özgürlüğün ihlali yoğunlaştıkça, sürenin kısılması gerektiği düşünülebilir. **Thévenaz**, sh.96; ATF 114 II 159 = JdT 1989 I 2; **Tercier**, sh. 143.

⁶⁹⁹ Zufferey-Werro, bu durumda hakimin kanundan esinlenerek şu öğeleri dikkate alabileceğini belirtmektedir: Borçlu bakımından borcun süresi ile büyüyen risk; sınırsız süre için taahhütlerin kabul edilmezliği; borçlunun hayatı ile sınırlı bir taahhüt her zaman aşırı olmayabilir; borçlunun bütün ekonomik hareketine engel taahhütler kısa süreli dahi olsalar geçersizdir (ATF 62/1936 II 35 = JdT 1936 I 357, ATF 62/1936 II 102 = JdT 1936 I 409); olumsuz edimli bir taahhüt

Taahhüdün süresinden kaynaklanabilecek aşırılık ihtimallerini *Thévenaz* üçlü bir ayırım ile değerlendirmektedir⁷⁰⁰. Buna göre,

- a) *Doğumlarından uzun süre sonra yerine getirilecek olan ama ifanın bu kadar uzun süre gerektirmediği borçlar* yönünden, eğer doğdukları anda ifa edilselerdi hukuka ya da genel ahlâk kurallarına bir aykırılık içermiyorlarsa, süre ve taahhüt kabul edilebilirdir. Kurulmasından 30 yıl sonra ifa edilecek bir satım sözleşmesinde olduğu gibi.
- b) *Belirli süreli borçlar*, hukuka ve genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaya oldukça elverişlidirler çünkü bu süre içinde taahhütte bulunan kişinin karar özgürlüklerini sınırlarlar. Tıpkı belirli bir süre çalışma borcu ya da iş makinelerinin periyodik olarak bakımlarını yapma borcunda olduğu gibi.
- c) *Amaçlarının gerçekleşmesi için belli bir zamana ihtiyaç olan borçlar* bakımından da yine bu süreler karar özgürlüklerinin sınırlanması yönünden aşırı ihlale her zaman elverişlidirler. 20 yıl sürecek bir nükleer santral yapımı taahhüdünde olduğu gibi.

c) Taahhüdün Konusu Olan Değerler

Genel ahlâk kuralları tarafından korunan kişisel değerlerden (§ 4, II, C, 1) bazıları, tamamen kişiye ve serbest takdirine bağlı olmalarıyla diğer menfaatlerden

öngörülebiliyorsa uzun süreli olabilir (ATF 93/1967 II 290=JdT 1968 I 565; **Grossen**, sh.13.); olumlu edimler içinse taahhüt daha sınırlıdır; arka arkaya kurulan sözleşme ilişkileri bütün olarak değerlendirilmelidir. **Zufferey-Werro**, sh.236-237.

⁷⁰⁰ **Thévenaz**, sh.95-96.

ayrılırlar. İşte bu değerleri konu alan taahhütler yönünden, diğerlerine oranla aşırılıkları tespit etmek her zaman daha kolaydır.⁷⁰¹ *Hayat hakkı, vücut bütünlüğü, evlenme özgürlüğü ve din özgürlüğünde olduğu gibi. Bu nedenle biz de aşağıda bu değerler dışında, karar özgürlüğü ve ekonomik özgürlük gibi aşırılıklarının belirlenmesi daha zor olan diğer özgürlükler üzerinde duracağız. (§ 7, III, C)*

Bu tür özgürlükler, hiçbir zaman için, varlıklarının üçüncü kişilere bağlanmasına elverişli değildir; dolayısıyla kişilerin bu yöndeki taahhütleri her zaman taahhüdünden geri dönme imkanını içerebilmelidir⁷⁰², aksi halde genel ahlâk kurallarının ihlali kaçınılmazdır. Aslında bu taahhütlerde genel ahlâk kurallarına aykırı olan taahhüdün konusu olan edim değil, ifaya konu taahhüdün yerine getirilecek olmasıdır⁷⁰³. Bu anlamda örneğin, “taşıyıcı annelik sözleşmeleri”⁷⁰⁴; sperm ve yumurta bağışlamaları⁷⁰⁵ Türk toplumu yönünden genel ahlâka aykırı sözleşmelerdir.

Üstelik bu menfaatler, varlıklarında ekonomik değerleri içermediklerinden, taahhütlerin karşılıklı ya da karşılıksız olması da hiçbir önemli taşımaz. Bir başka ifadeyle bu değerler yönünden taahhütlerin şarta bağlanması veya bir karşı edimin varlığı genel ahlâk kurallarının ihlalini ortadan kaldırmayacaktır⁷⁰⁶. Kaldı ki zaten bu değerler yönünden, maddi bir menfaat karşılığı belirli bir davranışı yapmaya

⁷⁰¹ Descheneaux/Steinauer, sh.98; A.Bucher, sh.122; Grossen, RDS, 1960 II 21a; Thévenaz, sh.96. Tercier, sh. 143.

⁷⁰² A.Bucher, sh.226; Grossen, sh.21a; Reichard, sh.56.

⁷⁰³ Hatta Von Tuhr, çoğunlukla bu tür taahhütler yönünden genel ahlâka aykırı nitelikte olmadıklarını ancak hukuken bu taahhütlerin hüküm ifade etmemeleri gerektiğini çünkü ferde mutlak hürriyet tanınması gereken konularda getirilecek sınırların toplumdaki ahlaki fikirler ile uyumlayacağını belirtmektedir. Von Tuhr, sh. 250.

⁷⁰⁴ Pédamon, sh. 86; Ferrand, sh. 255.

⁷⁰⁵ Grossen, sh. 52a ; Guinand, sh. 125-133.

⁷⁰⁶ Zufferey-Werro, sh.236; RJB 1935, sh.153, 201.

zorlanmak, başlı başına genel ahlâk kurallarını ihlal için yeterlidir. Örneğin, bir kişinin dinini değiştirmek ya da değiştirmemek veya belli bir kişiyle evlenmek taahhütlerinde bulunması gibi. Bu durumlarda, aslında kişilik haklarına aykırılık bulunmakla birlikte, eğer nakdi bir menfaat de sağlanıyorsa aynı zamanda genel ahlâk kuralları da ihlal edilecektir⁷⁰⁷.

2) Yardımcı Kriterler:

Yukarıda bahsettiğimiz üç temel kriterin yanında hakim için her somut meselede yol gösterebilecek başka yardımcı ölçütlerde bulunabilir. Öncelikle, sözleşme özgürlüğü içinde düzenlenen bu taahhütlerdeki “*edim-karşı edim dengesi*” mutlaka hakim tarafından değerlendirilmelidir⁷⁰⁸. Sözleşme ilişkisi içinde tarafların karşılıklı taahhütleri arasındaki oransızlık, edimler arası dengesizliği doğuracaktır. Bu noktada elbette unutmamak gerekir ki, edimler arası bu dengesizlikler kural olarak kabul edilebilirdir. Çünkü, nihayetinde her iki taraf da sözleşme özgürlüğü içinde, karşılıklı iradeleriyle bu yönde bir hukuki ilişki kurmuşlardır. Ancak, söz konusu eşitsizlik borçlunun özgürlüğüne yansımaya başladığında, artık genel ahlâk kuralları ihlal edilmeye başlayacaktır. Bu durum bilhassa ekonomik özgürlük bakımından önemlidir. (§ 7, III, C, 2) Yine de tekrarlamak gerekir ki, edim-karşı edim dengesi, tek başına bir ölçüt olmak için yeterli değildir⁷⁰⁹. Önemli olan hakimin söz konusu

⁷⁰⁷ İnan, sh. 183.

⁷⁰⁸ Burada hakimin değerlendireceği karşı edim kavramında; mutlaka sözleşmenin diğer tarafının ifa edeceği bir edim olma zorunluluğu yoktur. Aradaki ilişkiye bağlı olarak üçüncü kişi tarafından yerine getirilecek bir taahhüt de söz konusu olabilir. Deschenaux/Steinauer, sh.94. Bu konuda 29 Eylül 1989 tarihli İsviçre Federal Mahkeme Kararı için bkz. JdT 1990 I, sh. 66-71. Ayrıca Alman hukuku yönünden bkz. Witz, sh. 226 vd; Ferrand, sh. 253 vd.

⁷⁰⁹ İsviçre Federal mahkemesi bu durumu “MK.m.20 hükmü, hak ve fiil ehliyetlerine sahip kişilerin vasisi, koruyucusu değildir” şeklinde özetlemektedir. ATF 85/1958 II 13 = JdT 1958 I 263; Grossen, RDS, sh.23a; Zufferey-Werro, sh.161. Ayrıca, RSJ 57/1961, sh. 93; RSJ 59/1963 sh.140;

sözleşme ilişkisi içindeki menfaat dengelerini iyi hesaplayabilmesi ve bu dengeyi araştırırken BK.m.21 hükmünü de her zaman göz önünde bulundurmasıdır⁷¹⁰. (§ 5, IV)

Bir diğer yardımcı kriter; “*borçlunun kişisel durumudur.*” Burada hakimın yapması gereken elbette ki kanun önünde eşitlik ilkesini koruyarak; taahhütte bulunan kişinin yaşı, bilgisi, mesleği, hayat tecrübesi gibi sübjektif kişisel durumlarını da göz önünde bulundurmak olmalıdır⁷¹¹. Ancak hakim bu ölçütü, genel bir kriter haline getirmeden, mümkün olduğunca diğer ölçülerden destek alarak, ihtiyatlı ve hakkaniyet sınırları içinde kullanmalıdır. Bu noktada özellikle *taraflar arasında varolan eşitsizliğin* de üstünde durmak gerekir⁷¹². Bir sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi, tarafların güçlerinin karşılıklı, eşit ve denk olması şartına bağlı değildir. Kaldı ki, zaten ne böyle bir araştırmanın yapılabilmesi ne de bu tür bir sübjektif şarta sözleşmelerin geçerliliklerinin bağlanabilmesi söz konusu olamaz. Ancak, taraflardan birinin özellikle borç altına giren kişi karşısında “*açıkça daha üstün ve güçlü olan durumu*”, bilhassa borçlu yönünden abartılı bir taahhüt elde etmek için kullanılıyorsa; ve borçlunun yüklendiği bu taahhüt de kendi menfaatleri bakımından kabul edilebilir değilse; o zaman genel ahlâk kuralları bakımından bir

ATF 93/1937 II 189 = JdT 1969 I 530 ATF 51/1925 II 162 (168). Ayrıca bkz. **Tercier**, Le Prix Abusif Vers Une Nouvelle Conception De La Liberté Contractuelle, BR, 1998, sh. 80.

⁷¹⁰ Bu noktada, İsviçre Federal mahkemesinin, somut olaylarda BK.m.21 hükmü karşısında, edimler arasında aşırı oransızlıkların, BK.m.20 çerçevesinde genel ahlâka aykırı olarak değerlendirilemeyeceği görüşüne katılmadığımızı da belirtmek isteriz. Aynı yönde bkz. **Engel**, sh. 306. Yazarın da belirttiği üzere gerek sözleşme adaleti yönünden gerekse somut bazı olaylarda kısmi butlan çözümüne gidebilmek adına, Federal mahkemenin bu kararının (ATF 115 II 232, 236.) doğru olmadığını düşünmekteyiz.

⁷¹¹ **Cherpillod**, sh.18; **Thévenaz**, sh.97 vd. Ayrıca bu yöndeki İsviçre Federal mahkeme kararı için bkz. ATF 104 II 108=JdT 1980 I 77.

⁷¹² Bu anlamda sözleşme ilişkisi içinde, ekonomik ya da sosyal alanda daha zayıf durumdaki tarafın korunması da genel ahlâk kuralları yönünden esastır. **Gillieron**, La Protection du faible dans les Contrats, RDS, 1979, sh. 252. Ayrıca bir tarafın ekonomik gücünü genel ahlaka aykırı kullanması hakkında Alman mahkeme kararı örnekleri için bkz. **Witz**, sh. 225 vd.

tehlike doğacaktır⁷¹³. Bu anlamda örneğin, taraflar arasında imzalanan bir kredi sözleşmesinde, artan kredi faiz oranlarının banka tarafından belirleneceği hükmüne yer verilen bir sözleşme kural olarak genel ahlâka aykırı değildir⁷¹⁴. Zira taraflar sözleşme özgürlüğü içinde elbette ki böyle bir düzenlemeye yer verebilirler. Ancak ne zaman ki banka bu hakkını dürüstlük kurallarına aykırı kullanmaya başlar ve bu anlamda borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede ihlal ederse borçlu, alacaklı olan bankanın keyfiyetine tabi olacağından artık bu noktada genel ahlâk kurallarının ihlali gündeme gelebilecektir. Yine yapılan bir tahkim sözleşmesinde eğer taraflardan biri, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak sözleşmede eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmiş ise genel ahlâk kurallarına aykırılık doğabilir⁷¹⁵.

Bu kriterlerin dışında ayrıca, somut olayın özelliklerine göre, “*taahhüdün içeriğindeki belirsizlik*”⁷¹⁶; sözleşme ilişkisi içinde öngörülen “*yaptırımın hafifliği*”⁷¹⁷ gibi başka ek kriterler de hakime taahhütteki aşırılığı belirlerken yol gösterici olabilir.

⁷¹³ **Zufferey-Werro**, sh.233. Bu kriterler ilk olarak Alman hukuku tarafından, bilhassa tekel, devlet gücü yada kiralayan ya da işveren gibi üstün bir durumun kötüye kullanılması bakımından ele alınmıştır. Ancak bu durumun sebebi Alman Medenî Kanunu içinde, Türk-İsviçre hukukunun aksine MK.m.23 hükmüne denk bir düzenlemenin bulunmamasına bağlıdır. Bu sebeple bu kriter Türk-İsviçre hukuklarında, daha örtülü olarak ve diğer kriterlere ek olarak ele alınmaktadır. Bu durumu İsviçre Federal Mahkemesi “sözleşmenin kurulmasını çevreleyen şartlardan, borçlu kendiliğinden genel ahlâka yada kişilik haklarına aykırı bir yöntem çıkarmaya çalışmamalıdır” şeklinde özetler. ATF 109/1983 II 213 = JdT 1984 I 202 (205).

⁷¹⁴ Bu yönde bir karar için bkz. Yarg. 19.HD. 30.10.1997 T, E.1997/5077, K.1998/9024.

⁷¹⁵ Ya da taraflardan birine hakemlerin yaridan fazlasını veya tamamını seçme imkanı verilmişse yine genel ahlâk kuralları ihlal edilecek ve sözleşme batıl olacaktır. Örnek olarak bkz. Yarg. 13.HD, 25.4.1991 T, E.1990/8778, K.1991/4492.

⁷¹⁶ Edim için belli yada belirlenebilir olma özelliği taşıyan İsviçre-Türk hukuk sisteminde, taahhüdün içeriğindeki belirsizlik özgürlüğün aşırı ihlaline neden olabilir Bu tür durumlarda MK.m.23/II hükmü daha ciddiyetle uygulanmalıdır. **Engel**, sh.66 ve sh.186; ATF 118 II 32 =JdT 1993 I 387. Ayrıca bkz. **Thévenaz**, sh.97.

⁷¹⁷ Yine sözleşme ilişkisi içinde borçlunun taahhüdüne uymaması halinde öngörülen yaptırımın zayıf olması da, özgürlüklerin aşırı ihlalinde değerlendirilmelidir. Çünkü borçlu borcunu yerine getirmediğinde genel ilke olarak, alacaklı borçludan ifaya talep edebilecektir. İşte bu imkanı kısıtlayan hükümler de, özgürlükler yönünden sınırlamalar getirmiş olabilir. **Thévenaz**, sh.99.

C) Bazı Özel Durumlar

1) Karar özgürlüğünün ihlali

Karar özgürlüğü, kişilerin hiçbir zorlama altında kalmadan ve kendi iradeleriyle hareket edebilmelerini ifade eder⁷¹⁸. Bu anlamda bir kimsenin, başkasının keyfiyeti ve bağımlılığı altına girdiği bütün taahhütler genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratacaktır⁷¹⁹. Örneğin, her türlü borçlu değişimine karşılık verilen kefalet taahhüdü; üçüncü kişinin tüm borçlandırıcı işlem irade açıklamalarını kabul etme taahhüdü; bir şarkıcıyı tamamen menajerinin bağımlılığı altına sokan sanat menajerliği sözleşmesi⁷²⁰; oyuncularının transferini tamimiyle spor kulübünün keyfiyetine tabi kılan şartlar ve bir sporcunun bağlı olduğu klüp tarafından müsabaka süresi dışında kendisine bildirilen tüm yaptırımları ve cezaları kabul taahhüdü⁷²¹ gibi.

Bu anlamda bir kimsenin serbest iradesi doğrultusunda karar vererek kullanacağı diğer özgürlüklere yönelik taahhütler de; temellerinde genel olarak karar özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Örneğin, bir kimsenin dinini, uyruğunu, yerleşim yerini değiştirmek ya da değiştirmemek, bir kimseyi boşanmaya razı etmek ve itiraz etmesine engel olmak veya belli bir kişiyle evlenmek ya da bir kimseyi

⁷¹⁸ **Tercier**, (personnalité), sh. 71.

⁷¹⁹ **Deschenaux/Steinauer**, sh.97; **Grossen**, sh.12. Bu anlamda sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de karar özgürlüklerinin ihlal edilebileceğini belirtmek gerekir. Zira tüzel kişilerin de genel ahlâka aykırı kararlar alması ve bu anlamda taahhütlerde bulunması mümkündür. Ancak tüzel kişilerin karar özgürlüklerinin ihlali gerçek kişilerden farklı olarak iki yönlü olabilir: Dışa karşı, tüzel kişinin üçüncü kişiler karşısında ve bilhassa bağlı olduğu üst tüzel kişilere karşı bağımsızlığı ve içe karşı, kendisini oluşturan üyelere ya da yararlananlara karşı olan bağımsızlığı. Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 228-229.

⁷²⁰ ATF 104/1978 II 108/116=JdT 1980 I 77. Ayrıca örnekler için bkz. **Deschenaux/Steinauer**, sh.97; **Thévenaz**, sh.239.

⁷²¹ Spor sözleşmeleriyle ilgili benzer örnekler için bkz. **Zufferey-Werro**, *Les contrats du sport professionnel face aux bonnes mœurs*, RSJ, 86 1990, sh.118.

evlatlığa almak, evli bir kadının kocasının gelecekte kendisine göstereceği kötü muameleler sebebiyle uğrayacağı manevi zararlar için tazminat hakkından feragat etmesi ya da kocasından çocuk sahibi olmayacağı yönündeki taahhütlerin hepsi, maddi menfaat karşılığı yapıldıklarında genel ahlâk kurallarını ihlal edecektir⁷²². Çünkü her ne kadar bu taahhütler bağımsız olarak kişilik haklarına aykırılık yaratmasalar ve özgürlüklere dahil olsalar da; aslında her biri bireyin serbest iradesiyle karar vermesi gereken durumları ifade ederler ve maddi menfaat karşılığı bu alanlardaki karar özgürlüklerinden vazgeçmek genel ahlâk kurallarına açıkça aykırıdır.

Karar özgürlüğünün, diğer özgürlüklere de yansiyabilen bu özelliği kim yazarları⁷²³ MK.m.23/2 hükmünün *sadece karar özgürlüğünü* koruduğu düşüncesine kadar götürmektedir. Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere (§ 5, *III*), hüküm sadece kişinin kendi istediği gibi karar verebilmesini değil, kişiliğe bağlı olan bütün maddi, manevi ve sosyal değerlerini korumaktadır. Bu nedenle, fıkrayı sadece kişilerin tabi olacakları taahhütleri kendi istedikleri gibi belirleyebilme yetkileriyle sınırlamak bizce doğru değildir⁷²⁴.

⁷²² Yarg. 11.HD. 18.6.1991 T, E.1989/9057, K.1991/4151; Yarg. 11 HD. 26.12.1985 T, E.1985/7135, K.1985/7370. Bu anlamda genel ahlâka aykırı amacı gerçekleştirmek için verilen kambyo taahhütleri de geçersiz olmaktadır. Yarg. HGK, 5.3.1986 T, E.1985/11-832, K.1986/199. Ayrıca bkz. ATF 37/1911 II 385, **Zufferey-Werro**, sh.252. **Engel**, sh. 291.ATF 77/1951 II 205, JdT 1952 I 482, ATF 62/1936 II 5, JdT 1936 I 459.

⁷²³ **A.Bucher**, sh.120; **Zufferey-Werro**, sh.126.

⁷²⁴ Aynı yönde bkz. **Thévenaz**, sh.65.

O halde bir kimsenin karar özgürlüğünden tamamen vazgeçmesi mümkün olmayacağı gibi⁷²⁵; kişilerin bu konudaki *taahhütlerinin mutlaka, süre, yer ve kapsam olarak sınırlarının belirlenmiş olması* gerekir. Kanun koyucu bu duruma iki yasal istisna getirir. Bunlar kişinin kendi isteğiyle kısıtlanması ve yine kendi isteğiyle kayyım atanması halleri yani *MK.m.408 ve m.428*⁷²⁶ hükümleridir. Aslında dikkatli incelendiğinde, bu düzenlemelerin, karar özgürlüklerinin korunmasını sürdürmek için getirildikleri görülür. Çünkü kişi yaşlılığı, sakatlığı ya da ağır hastalığı gibi sebeplerle kendi karar mekanizmasını sağlıklı işletmemekte ve dolayısıyla işlerinin gereği gibi yönetilebilmesi için bir otoritenin yardımına muhtaç kalmaktadır. Üstelik bu yardımı daima kendi isteğiyle almakta ve bu müdahaleye izin verdiği kişi de her zaman üçüncü kişi olarak kalmaya devam etmektedir⁷²⁷.

2) Ekonomik Özgürlüğün İhlali

Ekonomik özgürlük, bir kişinin ekonomik faaliyetlere katılabilmesine, bu faaliyetlere son verebilmesini, mesleki ve ticari itibarı, kredisi ile sırları üzerinde sahip olduğu her türlü haklarını ve yetkilerini ifade etmektedir. Bu anlamda, bir kişinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırma, ağır şekilde kısıtlama, ekonomik geleceğini tehlikeye sokma ve ekonomik hareketliliğini alacaklının sınırsız

⁷²⁵ Böyle bir durum sadece özgürlüklerin aşırı sınırlanmalarıyla değil MK.m.23/I hükmü gereğince kişinin ehliyetlerinden vazgeçemeyeceği kuralıyla da yasaklanmaktadır. **Tercier**, (personnalité), sh. 71.

⁷²⁶ MK.m.408 hükmü şu şekildedir: “Yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin kısıtlanmasını isteyebilir.” MK.m.428 hükmü ise şu ifadeyi içerir: “İsteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden biri varsa, ergin bir kişiye kendi isteği üzerine bir kayyım atanabilir.”

⁷²⁷ **Deschenaux/Steinauer**, sh.91-92; **Thévenaz**, sh. 240-241. Ayrıca bkz. **Akıntürk**, sh. 499, sh. 513-514.

keyfiyetine tabi kılma noktasına getiren tüm taahhütler genel ahlâka aykırıdır⁷²⁸. Bu aykırılık kendisini her şeyden önce “aşırı ekonomik taahhütlerle” gösterir.

a) Aşırı Ekonomik Taahhütler

İsviçre Federal Mahkemesi 1969 yılına kadar, aşırı ekonomik taahhütleri incelerken; “*borçlunun ekonomik varlığı için tehlike oluşturan nakdi taahhütlerin genel ahlâk aykırı olduğu*” görüşündeydi⁷²⁹. Daha sonra Yüksek mahkeme üstü örtülü bir görüş değişiklikleriyle “*belli bir miktar para ödeme taahhüdünün geçerliliğinin MK.m.23/II hükmü ile sınırlı olamayacağına çünkü bu hükmün sadece kişisel özgürlükleri koruduğuna; buna karşılık borçlunun korunmasının ise İcra İflas Kanunu hükümleri ile Borçlar Kanununda yer alan gabin düzenlemesiyle gerçekleştirileceğine*” hükmetmiştir⁷³⁰.

Kanaatimizce Federal mahkemenin bu yöndeki içtihatları, MK.m.23 hükmünün “*kişinin malvarlığını değil, özgürlüklerinin bütünü koruyan*” yapısı ile temelinde doğrudur. Zira Federal mahkemenin de belirttiği gibi, bu hüküm *hangi şartlar altında belli bir miktar para ödeme borcunun kabul edilemez olduğunu belirtmez*. Dolayısıyla bir kimsenin malvarlığına ekonomik olarak aykırılık taşıyan her durumun, MK.m.23/2 anlamında özgürlükleri zedeleyeceğini düşünmek mümkün değildir.

⁷²⁸ Engel, sh. 285.

⁷²⁹ Örnek olarak bkz. ATF 84 II 628 = JdT 1959 I 362.

⁷³⁰ Grossen, sh.14. İchtihat değişikliğine sebep olan 18 mart 1969 tarihli kararda doktrinde John Benelli c.Credit Suisse kararı olarak anılmaktadır. Bkz. ATF 95 II 55 = JdT 1970 I 85. Ayrıca karar hakkında bkz. Engel, sh. 286.

Ancak bizce de bu içtihat kimi alanlarda oldukça sınırlıdır⁷³¹. Çünkü kişilerin ekonomik özgürlüklerinin tehlikeye düşmesi kesin ve net belirtiler içermeyebilir. Üstelik bazen, taahhütler dolaylı olarak bir kimsenin ekonomik menfaatlerine ve ekonomik özgürlüğüne (ya da karar özgürlüğüne) aykırılık taşıyabilir. İşte böyle bir noktada, sınırı oluşturacak olan hüküm MK.m.23/2 hükmü olmalıdır⁷³² ki bu durum doğal olarak BK.m.21'in uygulama alanını da ortadan kaldıracaktır. Bu anlamda hiç kimse, gelecekte özgürce hareket etme hakkını veya mesleki yada ekonomik ehliyetlerini (özgürlüklerini) aşırı ihlal edecek oranda malvarlığı değerini ifaya zorlanamaz⁷³³. Bu tür *taahhütlerin yoğunluğu* değerlendirilirken (§ 7, III, B, 1, a) mutlaka *edim ve karşı edim dengesi de* göz önünde bulundurulmalıdır⁷³⁴. Çünkü edimler arasındaki oransızlık da ekonomik gelecek yönünden bir tehlike oluşturabilir. (§ 7, III, B, 2) Kanaatimizce şu hususu da unutmamak gerekir: *Aşırılığın oluşturan aslında tek başına taahhüde konu edim değil; taahhüt sonucunda ortaya çıkan somut durumda, borçlunun alacaklıya karşı olan yükümlülüğünün kabul edilebilir olup olmamasıdır*. Bu anlamda *Engel'in* de haklı olarak belirttiği gibi, mesela büyük bir holdingle küçük bir tacirin ekonomik taahhütlerinin kapsamı, miktarı, sebepleri ve ortaya koyacağı sonuçlar birbirinden tamamen farklı olabilir⁷³⁵. Dolayısıyla, borçlunun ekonomik özgürlüğünde ortaya çıkacak olan yıkımın, alacaklının keyfiyetine tabi kılınma tehlikesinin “*baştan öngörülmesi ya da*

⁷³¹ Aynı yönde bkz. **Engel**, sh.286; **Thévenaz**, sh. 226 vd. Ayrıca bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 240.

⁷³² **Deschenaux/Steinauer**, sh.98.

⁷³³ **Thévenaz**, sh. 227.

⁷³⁴ **Grossen**, 22a. Nitekim Alman hukukunda da, genel ahlâka aykırılıklar malvarlığı alanında şu sınıflandırmalarla incelenmektedir: ekonomik özgürlüklerin genel ahlâka aykırı ihlalleri; ekonomik gücün genel ahlâka aykırı kötüye kullanımı; edim ve karşı edim arasında genel ahlâka aykırı eşitsizlikler ve üçüncü kişinin haklarını ihlale eğilimle genel ahlâk aykırı sözleşmeler. Dolayısıyla tek bir kıstasla değil birden fazla kıstasın bir araya gelmesiyle ekonomik anlamda genel ahlâka aykırılıklar doğmaktadır. **Witz**, sh.221 vd; **Ferrand**, sh. 250 vd.

⁷³⁵ **Engel**, sh. 286.

muhtemel kabul edilmesi” bir şart olarak gerekli değildir⁷³⁶. Aynı şekilde taahhüde konu hareketin mutlaka mesleki olmasına da ihtiyaç yoktur⁷³⁷.

Ekonomik hayattaki sözleşme ilişkilerinde, tarafların özgürlüklerinin karşılıklı olarak sınırlanması her zaman için kaçınılmaz ve bir o kadar da kabul edilebilirdir. Ancak, bir tarafın ekonomik özgürlüğünün, aşırı derecede ihlal edilip edilmediği mutlaka, *“her somut olayın özelliklerine göre”* belirlenmelidir. Dolayısıyla bir kimsenin taahhütlerinin sonucunda, yaşam alanını kısacak, bazı fedakarlıklarda bulunacak ya da bazı ihtiyaçlarından vazgeçecek olması tek başına ekonomik varlığın tehlikeye düştüğünü göstermeye yetmez⁷³⁸. O halde, taahhütlerde *aşırılık* incelenirken, taahhüdün yoğunluğu, süresi, tarafların kişisel durumları, edim ve karşı edim dengeleri araştırılmalıdır. Örneğin bir sözleşme ilişkisi içinde kararlaştırılan gecikme faiz oranının, ya da avukatlık ücretinin fahiş olup olmadığı değerlendirmesi de bu unsurların bütünüyle yapılmalıdır⁷³⁹.

Sonuç olarak taahhüt, borçlunun özgürlüğünü kullanmasına genel ahlâk duygularını rencide edici seviyede engel oluyorsa ve sınır koyuyorsa; artık MK.m.23/2 hükmü uygulama alanı bulur. Çünkü borçlunun ekonomik varlığını

⁷³⁶ **Zufferey-Werro**, sh. 228.

⁷³⁷ ATF 59/1933 I 189 (193); ATF 80/1954 I 139 (143); ATF 87/1961 I 268 (271). **Zufferey-Werro**, sh. 174.

⁷³⁸ ATF 84 II 266 = JdT 1959 I 42, **Uygur**, sh.1004, ATF 51 II 167 vd; ATF 84 II 23, **Karahasan**, sh.265 vd.

⁷³⁹ Örneğin Yargıtay 1.HD, 6.3.2002 T., E. 2001/10578, K.2002/2892. Kararında tarafların kişisel durumlarını ve edim dengelerini göz önünde bulundurarak 30.000 dolar olarak verilen borç paranın aylık 1500 dolar faizle geri istenmesini, yıllık toplam faiz oranının borç miktarının yüzde altmış gibi fahiş bir oranı bulmasını kişiyi ekonomik olarak çökertici bulunmuştur. Aynı değerlendirmelerle bir başka kararında da, günlük yüzde beş gecikme faizi oranını; kişinin ekonomik haklarını aşırı derecede kısıtlayacağından genel ahlâka aykırı olduğuna karar vermiştir. Yarg. 11 HD, 6.5.1997 T, E.1997/920, K.1997/3286. Yine tarafların kararlaştırdıkları avukatlık ücretinin çok fahiş olması ve böylece ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlal edilmesi hakkında bkz. Yarg. 13. HD 16.1.1996 T, E.1996/10, K.1996/80; Yarg. 13.HD, 8.12.1995 T, E.1995/11194, K.1995/10999.

tehlikeye sokma temeli üzerini kurulmuş tüm taahhütler, genel ahlâka aykırılık yaratır⁷⁴⁰. Hatta bu anlamda, borçluyu alacaklının sınırsız keyfiyetine tabi kılarak kişilerin hem hareket özgürlüklerini hem de ekonomik özgürlüklerini aşırı ihlal eden sözleşmeler için doktrinde “*cendere sözleşmeleri, kelepçeleme sözleşmeler veya boğucu sözleşmeler*” (*Les contrats Strangulatoires; Kneblungsverträge*) terimleri de kullanılmaktadır⁷⁴¹. Örneğin, bir kimsenin üçüncü kişiye gelecekteki bütün maaşlarını karşı edim olmadan devretmesi⁷⁴² ya da hayat boyunca sadece belli türde bir malı satma taahhüdünde bulunması; tüm ekonomik geleceğini hizmet sözleşmesiyle bağlı olduğu kişiye devretmesi gibi.

Aşırı ekonomik taahhütler yönünden bir diğer örneği de, BK.m.349’de hükme bağlanan işçinin akdi nitelikteki *rekabet yasağıdır*⁷⁴³. Madde ağır edim yükümlülüklerinin geçerli olmayacağını hükme bağlar. Bir başka deyişle işçinin ekonomik geleceğini, zaman, yer ya da işin niteliği gereği dürüstlük kurallarına aykırı tehlikeye sokan rekabet yasağı geçerli değildir. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi, işveren tarafından sunulan “karşı edim” dengesinin, yer, zaman ve işin niteliği gereği belirlenen sınırlarının aşılması halinde, önemli olmadığına çünkü bu

⁷⁴⁰ **Engel**, sh.285-286.

⁷⁴¹ **Pédamon**, sh.84; **Witz**, sh. 221. Engel de bu tür sözleşmeler için “kölelik (esaret) sözleşmesi” (*Contrats d’asservissement*) terimini kullanmaktadır. **Engel**, sh. 285. (ATF 104/1978 II 108 = JdT 1980 I 77, 84) Bu konuda ayrıca bkz. **Başpınar**, sh. 140, dipn. 171 ve **Atamer**, sh. 155, dipn. 69’da belirtilen yazarlar.

⁷⁴² **Thévenaz**, sh. 227.

⁷⁴³ Bu anlamda rekabet yapmama sözleşmesinin geçerlilik şartları; işçinin reşit olması, iş sahibinin menfaatinin bulunması, yasağın sınırlı olması ve sözleşmenin yazılı olması şeklinde sıralanabilir. **Yavuz**, sh. 428 vd; Ayrıca bu konuda bkz. **Ayiter**, Borçlar Kanunun Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebük Armağanı, Ankara, 1958, sh. 465 vd; **Soyer**, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994. Ayrıca bkz. **Aubry**, Aspects de la clause d’interdiction de concurrence, in Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale, 1999; **Aubert**, (Commentaire Romand), sh. 1799 vd; **Zufferey-Werro**, sh.306 vd. **Tercier**, Le Prix Abusif Vers Une Nouvelle Conception De La Liberté Contractuelle, BR, 1998, sh. 71-80. Alman hukuku bakımından bkz. **Witz**, sh. 223.

sınırların mutlak sınırlar olduğuna karar vermiştir⁷⁴⁴. Sonuçta “karşı edim” dengesi, sadece hakimin takdir yetkisinin bulunduğu ve yasağın kişinin ekonomik özgürlüğünü ihlal edip etmediği noktasında önemli olabilir⁷⁴⁵. Rekabet yasağı sadece hizmet sözleşmesine değil; vekalet, tellallık, komisyonculuk ya da adi şirket gibi diğer sözleşmelere bağlı olarak da yapılabilir⁷⁴⁶. Bu anlamda somut meseleye BK.m.349 hükmünün doğrudan uygulanmadığı hallerde; daha genel bir ifadeyle, taahhüt altına giren kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı sınırlayan yasak, MK.m.23/2 (ve BK.m.19) hükmü gereğince genel ahlâka aykırı olacaktır⁷⁴⁷. Dolayısıyla bu tür somut olaylarda, hakimin, BK.m.349 hükmünün uygulama alanından ve içtihatlarından esinlenerek karar vermesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Alman Federal Mahkemesi 1993 yılına kadar, kardeş, çocuk, eş gibi aile yakınları lehine, bankalara verilen *kefalet sözleşmelerinin*; kefillerin ekonomik kapasitelerini kendi başlarına takdir ettikleri ve bankaların bu kişilerin ödeme güçlerini kontrol etme imkanlarının bulunmadığı gerekçeleriyle geçerli bulmakta

⁷⁴⁴ **Aubert**, (Commentaire Romand) sh. 1802; ayrıca bkz. SJ 1989, sh. 683.

⁷⁴⁵ Bu doğrultuda Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 449 uncu maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: f.1: “*Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz*”; f.2: “*Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.*”

⁷⁴⁶ **Thévenaz**, sh.228. RKHK’dan doğan uygulamalar bazı genel ahlâka aykırılık halleri için özel hüküm olarak uygulama alanı bulmaktadır. Çünkü bu Kanunun getirdiği genel sınırlamalar içinde kalabilecek bir çok hal, aynı zamanda ahlâka aykırılık da teşkil edebilir. Örneğin, başkalarının piyasaya girmesini önlemek için karşılıklı lisans sözleşmesi yapmak gibi. Bu anlamda gerek Patent hakkındaki KHK m.80, gerekse Markalar hakkındaki KHK. m.16/4-5 hükümleri de lisans sözleşmelerinin doğrudan ve dolaylı sınırlarını çizmektedirler. Diğer yandan patentin veya markanın adil olmayan bir bedel karşılığında elde edilmiş olması, genel ahlâka aykırı sayılabileceği gibi, sözleşme şartlarının adil olmaması veya rekabeti bozacak unsurları içermesiyle de genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersizliğe götürecektir. Bu konuda ve ayrıca zorunlu patentin genel ahlâka aykırılığı meselesi hakkında bkz. **Özdemir**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, sh. 73-74.

⁷⁴⁷ **Engel**, sh. 117

idi⁷⁴⁸. Ancak itirazlardan ve farklı ilk derece mahkeme kararlarından sonra Federal mahkeme 19 Ekim 1993 tarihli özel bir kararıyla görüş değiştirdi⁷⁴⁹. 21 yaşında mesleki eğitimi ve geliri olmayan bir kızın babası için bankaya verdiği yüklü kefalet sözleşmesinin geçerliliği hakkındaki bu kararda, genç kızın alınan krediyle hiçbir kişisel menfaatinin bulunmadığına ancak buna rağmen kefalet sözleşmesinin tarafı olarak çok yüksek bir maddi risk altına girdiğine dikkat çeken Yüksek mahkeme; Anayasal temel hakların öncelikle hakime “genel ahlâk kuralları (ve dürüstlük kuralları) gibi çerçeve hükümlerin yorumunda yol göstereceğine; bu anlamda kavramların anayasal değer yargıları ile somutlaştırılması gerektiğine değinmiştir. Nitekim Alman Anayasasının 2 inci maddesi, irade özgürlüğünü “kişilerin hukuki alanda kendi geleceklerini belirleyebilmeleri” olarak teminat altına almaktadır. Bu anlamda somut olayda iki husus mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bunlardan ilki, kefil olan genç kızın babası lehine kefalet sözleşmesini yaparken aile ilişkilerinden dolayı iradesini özgürce şekillendiremeyecek olması; diğeri ise hayatı boyunca çalışsa dahi ödeyemeyeceği kadar yüksek miktarda bir kefalet tutarının varlığıdır. Bu iki gerekçeyle, Yüksek Mahkeme kefalet sözleşmesini genel ahlâk kurallarına aykırı bulunmuştur. Günümüzde de Mahkeme, kefalet sözleşmesi ile yüklenilen borç miktarı ve kefilin maddi kaynaklarının bütünü arasındaki açık oransızlığı değerlendirmeye devam etmektedir⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ Alman Federal Mahkemesinin ve İlk derece mahkemelerinin bu yöndeki kararları için bkz. **Kocaman**, Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılığı Sorunu, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, sh.373 vd; **Atamer**, Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti-Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi, İHFM, 1997, C.LV, S.3, sh.420.

⁷⁴⁹ NJW 1994, 36; **Pédamon**, sh. 86.

⁷⁵⁰ Örneğin, BGH 28 Mayıs 2002 tarihli, NJW 2002, 2634, 2635; BGH 11 Şubat 2003 tarihli, ZIP, 2003, 796; BGH, 14 Ekim 2003 tarihli, ZIP 2003, 2194. Kararlar için bkz. **Pédamon**, sh.87. İsviçre Federal Mahkemesi ise bir kararında borçlunun alacaklı karşısında varolacak gelecekteki tüm temel borçları için gösterdiği garanti kefaletini kişinin ekonomik özgürlüğünün genel ahlâk aykırı ihlali olarak değerlendirmiş ve sözleşmenin kısmi butlanına karar vermiştir. Bkz. ATF 120 (1994) II, sh.

b) Uzun Süreli ve Belirsiz Süreli Sözleşmeler

Süreli sözleşmeler, borçlunun ediminin bir zaman dilimine yayıldığı sözleşmelerdir⁷⁵¹. Böylece, taraflardan biri ya da her ikisi yönünden, edimlerin ifası süreye bağlı tutulmaktadır⁷⁵². Edimdeki bu süreklilik belirli ya da belirli olmayan bir zamanı kapsayabilir⁷⁵³. Bu anlamda süre tarih ve zaman olarak belirlenmişse ya da gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlı olarak açık veya örtülü bir zaman sözleşmeye bağlanmışsa, “*belirli ya da belirlenebilir süreli sözleşmeler*” söz konusudur⁷⁵⁴. 5 yıl süreli ya da 25 yaşını tamamlayana kadar yapılan kira sözleşmesinde olduğu gibi. Buna karşılık, sürenin açıkça belirlenmediği; tarafların sınırsız bir süreyi kararlaştırdığı ya da sözleşmeyi gelecekte gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağladıkları sözleşmeler ise “*belirsiz süreli sözleşmelerdir*”⁷⁵⁵.

Süre ister belirli olsun, isterse belirsiz konu olduğu taahhüt yönünden her zaman genel ahlâk kuralları ve kişi özgürlükleri ile sınırlıdır⁷⁵⁶. Bu anlamda bir

35-42. İsviçre Federal mahkemesinin borç tutarı olarak kişinin ekonomik özgürlüğünü genel ahlâka aykırı bulan 30 Mayıs 2001 tarihli bir karar için de bkz. JdT 2004 III, sh. 2-10. Ayrıca aynı düzenleme Avrupa Birliği hukuku içinde uluslar arası ticaret sözleşmelerine ait prensipler içinde de yer almaktadır. *UNIDROIT*, (Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome 1994), m.3.10/f.1 Ayrıca bkz. **Tercier**, Le Prix Abusif Vers Une Nouvelle Conception De La Liberté Contractuelle, BR, 1998, sh. 80.

⁷⁵¹ **Tercier**, sh.60.

⁷⁵² **Cherpillod**, La fin des Contrats de Durée, Lausanne, 1988, sh. 11 vd.

⁷⁵³ Her durumda önemli olan husus sözleşmeye konu asli edimlerin, süre sona erene kadar ifa edilmeye devam etmeleridir. **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, sh.8.

⁷⁵⁴ **Cherpillod**, sh.29. Öte yandan unutmamak gerekir ki, eğer bir sözleşmenin süresi, sözleşme için objektif ya da sübjektif esaslı noktalardansa, sözleşmenin geçerli olabilmesi için yeterince belirli ya da belirlenebilir olmalıdır. **Merz**, sh. 109; **Engel**, sh.120.

⁷⁵⁵ **Thévenaz**, sh. 200.

⁷⁵⁶ Kanaatimizce sözleşmelerdeki süre sınırı kaynağını MK.m.2 hükmünden değil, MK.m.23/2 hükmünden almaktadır. Doktrinde pek çok yazarın da belirttiği üzere aslında “*süreleri sebebiyle MK.m.23/2 hükmüne aykırı olan sözleşmeler*” ile “*dürüstlük kurallarını temel alarak aşırı süreli sözleşme yasağına uymayan taahhütleri*” birbirinden ayırmak gerekir. Pek tabi ki, taahhüt altına

kimsenin bütün hayatı boyunca sadece aynı malı satmayı ya da sadece belirli bir tek toptancıyla çalışmayı taahhüt etmesi, borçluyu alacaklıya süresiz olarak bağlayarak ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokan sözleşmelerdir⁷⁵⁷. Peki ama bir sözleşme taahhüdünü süresindeki aşırılık nedeniyle genel ahlâk aykırı kılan bu sınır nedir ve nasıl belirlenecektir?

Kanun koyucu bazı sözleşme türleri için, taraflar daha uzun bir süre kararlaştırılmış olsalar dahi, belirttiği sürelerin sonunda sözleşme ilişkisine son verebilme imkanı tanır. Örneğin, hayat boyunca ya da 10 yıldan fazla bir süre için yapılan hizmet sözleşmesinde işçinin bir aylık ihbar süresine uyarak tazminat vermeden sözleşmeyi feshedebilmesi (*BK.m. 343*)⁷⁵⁸; yine vedia verenin sözleşme bir süreye bağlanmış olsa bile malını her zaman geri isteyebilmesi (*BK.m.466*) gibi⁷⁵⁹. Bu hükümler aynı sözleşme ilişkileri belirsiz ve sınırsız süreli olarak

giren kişinin özgürlüğünü aşırı ihlal etmeden, uzun süreli bir borç ilişkisinin kurulması mümkündür. Bu sözleşme ilişkilerinde dahi, borçlunun bazı durumlarda MK.m.2 hükmünü ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vardır. Yine kısmen batıl olan bir sözleşmede, bu durum dürüstlük kurallarına aykırı dahi olsa taahhüt altındaki kişi ifaya zorlanamayacaktır. Başka bir ifadeyle, MK.m.2 hüküm sözleşmenin amacını belirlemeyi sağlayan bir hüküm iken; MK.m.23 hükmü ise, kişilerin özgürlüklerine karşı doğan aşırı ihlallere engel olan bir hükümdür. Aynı yönde bkz. **Merz**, sh. 111; **Thevenaz**, sh. 123 vd; aksi yönde bkz. **Engel**, sh.94; **Grossen**, sh.14.

⁷⁵⁷ Bu sözleşmeler yukarıda da açıkladığımız üzere (§ 7, III, C, 2, a) “*boğucu (cendere, kölelik, kelepçeleme) sözleşmelerdir*” **Pédamon**, sh.84; **Witz**, sh. 221; **Engel**, sh. 285.

⁷⁵⁸ İsviçre Federal mahkemesi yeni bir kararında; bir şirket çalışanının şirket işlerine katılımı konusunda yapılan plan içinde, kazanç elde edilmesinden 5 yıl sona uygulanacak opsiyon haklarını, hizmet akdinin sona ermesi sebebiyle kullanamayan davacının talebini genel ahlâka aykırı bulmamıştır. Mahkeme gerekçe olarak, ortaklara opsiyon hakları tanınırken takip edilen amaçlardan birinin de, hizmet ilişkilerine süresi içinde belli bir istikrar sağlamak ve zaman içinde ortaklara bazı vergi avantajları sağlamak olduğunu belirtmiştir. Doktrin içinde, ortaklar için, 2 yıldan 5 yıla kadar olan sınırlama hallerine “*yaldızlı (altın kaplama) hapis*” denir. Hizmet sözleşmeleri yönünden (CO.m.334) 10 yıldan daha uzun süreli kurulan hizmet sözleşmeleri CC.m.27 anlamında özgürlükleri ihlal etmektedir. O halde, borçlu tarafından iradi olarak kabul edilebilir sınırı aşan, önemli bir kazanç sağlamak umuduyla verilen 5 yıllık bir taahhüdün; uzun süreli tecrübesini dikkate alarak davacının bankada 5 yıl kalma konusunun değerlendirmede bir ölçü olduğu söylenemez. Bu nedenle genel ahlâka aykırılık yoktur. Karar için bkz. ATF 130 III 495, JdT 2005, III, sh.79-87.

⁷⁵⁹ Mehaz İsviçre borçlar hukukunda benzer bir düzenleme de kefalet sözleşmesiyle ilgili bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunun 500 üncü maddesini karşılayan, CO m.509 hükmünün üçüncü fıkrasına göre; her gerçek kişi tarafından verilen kefalet sözleşmesi bazı istisnalar dışında kurulmasından itibaren 20 yıl dolduktan sonra sona erdirilebilir.

kurulduklarında da uygulanacaktır⁷⁶⁰. İşte *Spiro* gibi kimi yazarlar kanun koyucunun belirlediği bu gibi hükümlerden yola çıkarak süreli sözleşmeler yönünden genellemeler yapmaya çalışmışlardır⁷⁶¹. Örneğin; iş akdi ve bağlı olarak hizmet sözleşmelerini temel alarak kurulan sözleşmelerde maksimum sürenin 10 yıl olabileceği (BK.m.343); taşınmaza bağlı olumlu edimlerin 30 yıldan daha fazla süreli olamayacağı (MK.m.845); kaçınma ödevlerinin 100 yıldan daha fazla süremeyeceği, (MK.m.797) ve bazı borçlar yönünden de sözleşmelerin hayat boyu yapılmasının mümkün olduğu (BK.m.507 ve m.511) gibi⁷⁶². Ancak kanaatimizce bu tür genellemeler yapmak her ne kadar zaman zaman bazı çözümler bulmaya yardım etseler de, sonuçta her somut olayda ortaya çıkabilecek özgürlük ihlalleri kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. Nihayetinde sonsuz süreli sözleşme yapmama yasağının dahi aynı haklara bağlı borçlarda istisnası vardır (*propter rem borcu*)⁷⁶³. Dolayısıyla her sözleşme ilişkisinin kendi şartları altında incelenmesi ve geçerliliğinin araştırılması esas olmalıdır⁷⁶⁴.

Buna göre öncelikle “*belirli süreli sözleşmelerde*”, taraflar sözleşme serbestliği içinde belirli bir zaman dilimi kararlaştırmışlarsa, bu zaman dilimi “*sadece uzun olması sebebiyle*” genel ahlâka aykırı kabul edilememelidir. Bu

⁷⁶⁰ **Merz**, sh. 110; **Cherpillod**, sh.15; **Thévenaz**, sh.203.

⁷⁶¹ **Spiro**, *Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-verwirkungs- und Fatalefristen*, C.II, *Andere Befristungen und Rechte*, Berne, 1975, sh.1239 vd. Bu konuda bkz. **Cherpillod**, sh.21 vd; **Thévenaz**, sh.205 vd.

⁷⁶² Bu hükümler ve daha fazlası için bkz. **Cherpillod**, sh.31 vd.

⁷⁶³ *Propter rem borcu*, MK.m.779 hükmünde yer alan taşınmaz lehine kurulan irtifak hakları için geçerlidir. Bu konuda ayrıca bkz. **Merz**, sh. 110; **Deschenaux/Steinauer**, sh.96 **Cherpillod**, sh.15 vd; **Gillieron**, sh. 253; **Grossen**, sh.14; **Thévenaz**, sh.201

⁷⁶⁴ Cherpillod ve Thévenaz *Spiro*’nun görüşlerini eleştirmektedir. Yazarın zaman zaman aynî borçlar ile kişisel borçları birbirine karıştırdığı ve kriterlerin her meseleye uygulanabilir olmadıklarını belirtmektedirler. Bu nedenle tamamen doktrin ya da içtihatlarca takip edilmeleri mümkün değildir. Her zaman, dava konusu edimleri esneklikle çözmeye yarayacak, genel kriterlere başvurmak gerekir. Dolayısıyla, konu olan borç ilişkisinin bütünü, süreli sözleşmenin geçerliliğine hükmedebilmek için dikkate alınmalıdır. **Cherpillod**, sh. 23 vd; **Thévenaz**, sh. 206 vd. Ayrıca bkz. **Gillieron**, sh. 253.

noktada genel ahlâka aykırılığı belirleyecek olan sürenin uzunluğu değil; “sözleşmenin bu sürenin bütününde uygulanması sonucunda tarafları götüreceği sonuçların değerlendirmesidir”⁷⁶⁵. Zira bazen sözleşmenin uzun süre yürürlükte kalması, somut olayın tabiatı gereği de olabilir. Örneğin çok uzun süreli bir taksitle satım sözleşmesinde durum böyledir. O halde inceleme sadece sürenin uzunluğu üzerinden değil; taahhüdün ve sözleşmenin tamamı üzerinden yapılarak, taraflardan birinin ya da her ikisinin özgürlüklerinin genel ahlâka aykırı sınırlanıp sınırlanmadığı araştırılmalıdır⁷⁶⁶. Bu noktada hatırlatmak isteriz ki, ihlal edilen özgürlükler her ne kadar genellikle ekonomik özgürlükleri ifade etseler de; pek tabiidir ki bu aykırılıklar kendilerini karar özgürlüğü ya da hareket özgürlüğü gibi diğer kişi özgürlüklerine karşı da gösterebilir⁷⁶⁷.

O halde süre yönünden inceleme yapılırken kanaatimizce şu hususları göz önünde bulundurulabilir:

- Öncelikle *taahhüdün yoğunluğuna göre edimin süresi, karşı edimin kapsamı ve borçlunun kişisel özellikleri* göz önünde bulundurulmalıdır. (§

⁷⁶⁵ **Engel**, sh.288. Bir başka ifadeyle tek başına sözleşmenin uzun olması genel ahlâka aykırılık için yeterli değildir. Alman hukukunda da aynı yöndeki görüşler için bkz. **Pédaman**, sh. 83; **Witz**, sh. 221; **Ferrand**, sh. 251.

⁷⁶⁶ **Deschenaux/Steinauer**, sh.96 vd; **Grossen**, sh.14; **Cherpillod**, sh.16 vd.

⁷⁶⁷ Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin genel ahlâka aykırılık sınırını ihlal ettiğini düşündüğü şu örnekler taahhütte bulunan için sadece ekonomik özgürlüğün değil, karar ve hareket özgürlüklerinin de ihlali sonucu doğurur: 22 yaşındaki bir kişiyi 5 yıl boyunca tamamen karşı tarafa bağımlı kılan menajerlik sözleşmesi. (ATF 104 II 108=JdT 1980 I 77); kimyasal madde işletmecisinin, antipyrine maddesini, belirli bir fiyattan ve hiçbir zaman sınırlaması olmadan sadece belirli bir işletmeden sağlamayı taahhüt etmesi. (ATF 25 II 450 a); bir elektrik işletmesiyle şirket arasındaki, şirketin işletmeden sınırsız süre için elektrik alacağı yönündeki anlaşma. (ATF 97 II 390=JdT 1973 I 80); tarafların belirsiz bir süre için, belirli tütün ve sigara fiyatlarına uyacakları yönündeki anlaşma. (ATF 62 II 32=JdT 1936 I 354). Buna karşılık Yüksek Mahkeme, şu örneklerde genel ahlâka aykırı bulunmamıştır: Bir cafe işletmecisinin belirli bir fabrikanın birasını satmayı ve 15 yıl boyunca başka hiçbir tacirin birasını kullanmamayı taahhüt etmesi. (ATF 40 II 233=JdT 1915 I 71); bir otelinin, 10 yıl boyunca faaliyette bulunmayı ve bu süre içinde sadece tek bir fabrikadan bira almayı taahhüt etmesi (ATF 32 II 51a); mobilya sektöründe 8 yıl boyunca tek başına temsil anlaşması (ATF 107 II 216=JdT 1982 I 66) gibi. Örnekler ve daha fazlası için bkz. **Thévenaz**, sh. 202-205.

7, III, B) Böylece sözleşmenin sadece süresindeki uzunluk sebebiyle bütünüyle geçersiz olmaması ve kısmi butlanla sözleşmenin bir kısmının geçerliliğini devam ettirilebilmesi imkanı da sağlanabilmelidir⁷⁶⁸. (§ 8, II, B)

- Öte yandan olumsuz edimler yani yapmama taahhütleri için süre, olumlu edimlere göre daha esnek ve uzun tutulabilir⁷⁶⁹.
- Sonsuz ve sınırsız süreli bir taahhüt altına girmek yukarıda da belirttiğimiz üzere kabul edilebilir değildir. Buna karşılık, borçlunun hayatı ile sınırlı bir taahhüt de her zaman aşırı olarak değerlendirilemez. (BK.m.507 gibi)
- Borçlunun ekonomik hareket alanını ve özgürlüğünü aşırı derecede ihlal eden bir taahhüt, *kısa süreli dahi olsa* kabul edilebilir değildir⁷⁷⁰.
- Taraflar arasında birbirini takip eden birden fazla sözleşme ilişkisi bulunuyorsa, mutlaka bunların bütününden hareket ederek süre değerlendirmesi yapılmalıdır⁷⁷¹.

c) Mevcut ve Gelecekteki Alacakların Toptan Temlik

BK.m.162 ve m.172 hükümleri arasında düzenlenen alacağın temlik; bir borç ilişkisinden doğan alacağın borçlunun iznine gerek olmadan sözleşme ile üçüncü

⁷⁶⁸ Cherpillod, sh.23 vd; Zufferey-Werro, sh.354 vd; Thévenaz, sh.122 vd.

⁷⁶⁹ Grossen, sh. 13, sh.96 vd; Zufferey-Werro, sh. 237.

⁷⁷⁰ Zufferey-Werro, sh. 237.

⁷⁷¹ Örneğin ilk bakıldığında bir ayakkabı imalatçısının 20 yıldır aynı kişiyle makine kiralama sözleşmesi yaptığı görülmekte ancak aralarında bir şekilde birbirini tamamlayan sözleşmeler olduğu ve tamamının bu süreyi doldurduğu görülmektedir. Zufferey-Werro, sh. 237 ve karar için bkz. sh. 327.

kişiyi devredilmesini ifade eder⁷⁷². Genel ahlâk kuralları denetimi, alacağın temlik bakımından iki ayrı noktada önemlidir. Bunlardan ilki temlik edilecek alacağın mutlaka “hukuken geçerli ve talep edilebilir bir alacak olmasıdır.” Dolayısıyla; eğer temlike konu alacağa ilişkin sözleşme genel ahlâk kurallarına aykırı ise, batıl olduğundan (BK.m.20), alacağın temlik de geçersiz olacaktır. Bir başka ifadeyle alacağın temlik geçersiz bir sözleşmeyi ve ondan doğan alacakları geçerli hale getiremez⁷⁷³. Diğer yandan bağımsız bir sözleşme olarak “alacağın temlik” de BK.m.19 ve m.20 hükümlerine uygun olmalıdır. Bilhassa kişinin ekonomik özgürlüğü yönünden önemli olan bu inceleme, her ne kadar çoğunlukla alacakların toptan temlikinde ön plana çıksa da; *tek bir alacağın ya da birden fazla alacağın temlikinde de geçerli* ve önemlidir.

Açık kanun hükümleri, tarafların anlaşmaları (*pactum de non cedendo*) ya da işin niteliği gereği temlik yasak olan alacaklar dışında kural olarak her türlü alacak bir üçüncü kişiye devredilebilir. (BK.m.162) Bu anlamda bir kimse mevcut olan alacaklarını temlik edebileceği gibi, henüz mevcut olmayan yani malvarlığında bulunmayan gelecekteki alacaklarını da devredebilecektir, yeter ki bu alacaklar belli ya da belirlenebilir olsun⁷⁷⁴. İşte bu noktada bir kimsenin alacaklarını toptan temlik edip edemeyeceği ve bu tür temliklerin sınırları tartışılmaktadır.

⁷⁷² Engel, sh. 872; Tercier, sh. 302; Reymond, La cession des contrats, Lausanne, 1989; sh. 21; Probst, (Commentaire Romand), sh. 875; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, sh. 240 vd; Eren, sh. 1176 vd; Oğuzman/Öz, sh 919 vd ; Kılıçoğlu, sh. 585; Dayınlarlı, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik, Ankara, 2000, sh.62 vd. Ayrıca bkz. Kocaman, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara, 1992. Alacağın temlikinin hukuki niteliği hakkında bkz. Dutoit, La Cession de Créance: Acte Causal ou abstrait? Le code suisse des obligations dans la perspective du droit compare, Le centenaire du Code Des Obligations, Fribourg, 1982, sh.453-467.

⁷⁷³ Kılıçoğlu, sh. 588-589.

⁷⁷⁴ Engel, sh. 876; Tercier, sh. 304; Probst, (Commentaire Romand), sh.880; Thévenaz, sh. 207; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, sh. 248; Oğuzman/Öz, sh.929; Kılıçoğlu, sh. 588.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu tartışmalara konu “*alacakların toptan temliki*”; bir kişiye ait bütün alacakların ya da malvarlığının temliki değil⁷⁷⁵; o kişinin alacaklarının büyük bir kısmını bir üçüncü kişiye devretmesi” şeklinde anlaşılmalı ve değerlendirilmelidir⁷⁷⁶. Zira, kavram aksi yönde ele alındığında; hem yapılabilecek olan incelemelerin alanı çok sınırlı kalmakta; hem de zaten bu yöndeki taahhütler her zaman genel ahlâk kuralları ve MK.m.23/2 sınırına takılmaktadır.

Bu anlamda bir kişi *mevcut alacaklarını* temlik etmek istediğinde, yapacağı tasarruf işlemi doğal olarak genel ahlâk kurallarına ve bu bağlamda ekonomik özgürlüğüne aykırılık taşımamalıdır. (MK.m.23/2) Buna karşılık henüz mevcut olmayan, *gelecekteki alacaklar* yönündense asıl tartışma, alacağın kimin hukuk alanında doğacağıyla ilgilidir. Birinci görüşe göre, bu alacakların temlikleri de tasarruf işlemleridir; bu nedenle alacaklar doğrudan doğruya temlik alanın hukuk alanında doğarlar⁷⁷⁷. Buna karşılık baskın olarak kabul gören, diğer bir görüşe göre ise, bu tür temlikler aslında taahhüt işlemi niteliğindeki birer temlik vaadidir. Dolayısıyla alacak önce, bir an için temlik edenin malvarlığında doğar; daha sonra

⁷⁷⁵ Türk ve İsviçre hukuklarında yer alan MK.m.23/II hükmüne paralel kişiliği koruyucu genel bir düzenleme içermeyen Alman Medenî Kanununda 2 Ocak 2002 tarihli değişiklik ile “Taşınmazlar, malvarlığı ve tereke üzerine yapılan sözleşmeler” başlıklı BGB § 311b düzenlemesinin 2 inci ve 3 üncü fıkralarında şu düzenlemeler yer alır: f.2: “*Bir kimsenin gelecekteki malvarlığının tamamı ya da bir kısmını devri veya temlik etmesi yönündeki sözleşmeler batıldır.*”; f.3: “*Bir kimsenin mevcut malvarlığının tamamı ya da bir kısmını devir ve temlik etmesine ilişkin sözleşmelerin ise noterde resim yazılı şekil şartına bağlı yapılmaları gerekir.*”

⁷⁷⁶ **Probst**, (Commentaire Romand), sh. 886. **Thévenaz**, sh.207. Aksi yönde tanım veren yazarlar için bkz..dipn. 237. Bu tür toptan alacak temlikleri günümüzde, bilhassa teminat amaçlı temlikler olarak factoring ve kredi sözleşmelerinde görülür.

⁷⁷⁷ **Von Tuhr**, 846 vd; **Tercier** (Contrats), sh. 729; **Reymond**, sh.73. **Thévenoz**, **Gauthier**, **Ammon**, **Oberlig**, **Schlupe**, **Honsell**, gibi yazarlar da bu görüşü benimsemektedirler. Bu konuda bkz. **Thévenaz**, sh. 212, dipn.262.

yapılan temlik nedeniyle kendiliğinden temlik alanın malvarlığına geçer⁷⁷⁸. Bu anlamda bizim de katıldığımız geçiş teorisine göre (*La théorie du passage, Durchgangstheorie*); MK.m.23/2 hükmüne ve genel ahlâk kurallarına uygun olması gereken aşama, aslında öncelikle tasarruf işlemi değil taahhüt işlemi aşamasıdır⁷⁷⁹. Zira sebebe bağlılık ilkesinin benimsendiği Türk hukukunda, borçlandırıcı işlemin geçersiz olmasına rağmen tasarruf işleminin geçerliliğini koruması mümkün değildir.

İşte bu noktada MK.m.23/2 ve BK.m.19 hükümlerine paralel olarak doğan genel ahlâk kuralları sınırı nedir? Bir başka ifadeyle, acaba tüm müstakbel alacaklar temlik edilebilir mi? Kanaatimizce, bir kimsenin “*belirli bir kişiyle mevcut borç ilişkisinden doğan tüm alacak haklarını*” ya da “*belirli türdeki alacak haklarının tamamının*” bir başkasına devretmesi mümkündür. Çünkü bu tür temlikte borçlunun kimliği ile temlik edilecek alacak belirli ya da belirlenebilir⁷⁸⁰. Buna karşılık bir kimsenin üçüncü kişilere karşı “*ileride doğacak her türlü alacak hakkını başkasına*

⁷⁷⁸ Engel, sh. 877; Reymond, sh. 41 vd. İsviçre’de Doktrin ve Federal mahkemenin baskın olarak kabul ettiği görüş budur. E.Bucher, Gauch/Schluep, Otfinger, Von Büren, Spirig, Becker gibi yazarlar da bu görüşü benimsemektedirler. Bu konuda bkz. Thévenaz, sh. 211, dipn.259. Ayrıca ATF 117 III 52 = JdT 1994 II 19; ATF 111 III 73 = JdT 1988 II 15.

⁷⁷⁹ Bu teori hakkında detaylı bilgi için bkz. Piotet, Transferts de propriété, expectatives réelles et substitutions fidéicommissaires, Berne, 1992, sh.52. Thévenaz da bu teoriyi şu gerekçelerle benimsemektedir: Öncelikle tasarruf işlemi olarak nitelendirerek gelecekteki alacakların temlik imkanını kabul etmek, bir alacağın hak sahipliğini bir malın mülkiyeti olarak kabul eden, (*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*) kuralını inkar etmektir. Öte yandan gelecekteki alacakların temlikini bir taahhüt işlemi olarak ve bu alacakların, doğumlarından sonra temlik edenden temlik alana doğrudan doğruya geçeceğini kabul edersek, alacağın temlik anlaşılmaması yazılı şekil şartına büründüren CO.m.164/f.1 hükmüne uyulmamış olur. Ancak hükmün amacı, temlikin üçüncü kişiler tarafından, bilhassa temlik edilen alacağın borçlusu ve temlik edenin alacaklıları açısından bilinmesini sağlamaktır. Öte yandan bizzat kanun koyucu CC.m.806/f.3 hükmünde geçiş teorisini kabul etmektedir. Medenî kanun hükümleri Borçlar Kanunu hükümleriyle bir arada değerlendirilmelidir. Thévenaz, sh. 212-213.

⁷⁸⁰ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki alacağın belli ya da belirlenebilir olması, İsviçre Federal Mahkemesi’nin kefaletle ilgili bir kararında da belirttiği üzere, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyusabilme ilkesi üzerine değil; MK.m.23 hükmü üzerine kuruludur. “Eğer, devredilecek alacakların yeterince belirli yada belirlenebilir olması gerektiği ilkesi, sözleşmenin meydana gelmesi kurallarından doğsaydı; bu ilke mevcut ve müstakbel bütün alacakların temlikinde de geçerli olmalıydı; oysa bu durum açıkça temlik eden lehine varolan alacaklar bütününe içerir.” ATF 120 II 35, Thévenaz, sh. 210.

temlik etmesi”, kişilik hakları ve özellikle ekonomik özgürlüğün genel ahlâka aykırı kısıtlanması anlamına geldiğinden, böyle toplu bir temlik MK.m.23/2 hükmü karşısında geçerli olamaz⁷⁸¹. Gerçekten de *zaman, konu* gibi özel bir durumla sınırlanmayan toplu bir temlik, MK.m.23/2 hükmü çerçevesinde taahhütte bulunan kişinin özgürlüklerinin “*aşırı*” sınırlanması anlamına gelir⁷⁸². (§ 7, III, A)

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki; bize göre, ister mevcut ister gelecekteki alacaklar söz konusu olsun, ekonomik özgürlüklerin ihlali bakımından, *sadece zaman ve konu gibi maddi kapsamlı kriterlerin uygulanması; aşırılığı* belirlemek adına tek başlarına yeterli olmayabilir. Bu nedenle, kanaatimizce, alacağın temliki karşılığında temlik edene sağlanan menfaatler yani *karşı edimler* ile temlik eden tarafın *kişisel durumu* gibi sözleşmenin kurulması sırasında var olan bütün şartlar bir arada değerlendirilmelidir. (§ 7, III, B, 2) Böylece, örneğin, yeni iş kurarken bir bankaya karşı verilen teminat amaçlı bir temlik ile, bağış amaçlı yapılan temliğin kapsamı aynı değerlendirmeye tabi olmayacaktır.

Öte yandan, ekonomik özgürlüklerin aşırı ihlali sebebiyle sakatlanan alacağın temliki sözleşmeleri yönünde de BK.m.20 hükmünün ve özellikle kısmi butlan hükümlerinin uygulanabileceği görüşündeyiz. (§ 8, I, B, 2) Bu yönde, İsviçre Federal Mahkemesinin 11 aralık 1986 tarihli kararında⁷⁸³ “Ekonomik özgürlüklerin ihlali sebebiyle CC.m.27/2 (MK.m.23/2) hükmüne aykırı olan bir alacağın temlikinin, kısmen değil ancak tamamen batıl olabileceği; çünkü kısmi butlanın kabulü halinde,

⁷⁸¹ Engel, sh. 876; Tercier, sh.311; Eren, sh. 1187; Oğuzman/Öz, sh. 921;; ATF 112 II 433, JdT 1987 I 162. Karar hakkında ayrıca bkz. Klein, De la cession globale de créances a titre de garantie, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989.

⁷⁸² Probst, (Commentaire Romand), sh. 880 ve sh. 886. Ayrıca bkz. Zufferey-Werro, sh. 239-240.

⁷⁸³ ATF 112 II 433, JdT 1987 I 162.

geçerli alacak miktarının belirlenmesinin mümkün olmayacağı ve bu durumun hukuki güvensizlik yaratacağı” yönündeki görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz. Çünkü bu görüş, aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, *bir sözleşme hükmünün kısmet batıl olması* imkanının ortadan kaldırmaktadır⁷⁸⁴. (§ 8, I, B, 2) Kaldı ki daha önceden de belirttiğimiz gibi, MK.m.23/2 hükmü kişinin malvarlığını değil, özgürlüklerinin bütünü koruyan bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla hangi şartlar altında, hangi miktarda para ödeme borcunun kabul edilemez olduğunu belirtmez.

d) Genel Ahlâka Aykırı Cezai Şart

Cezai şart terimi, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde, ödemeyi vaat ettiği edimi ifade etmektedir⁷⁸⁵. Kurulan sözleşme ilişkisi içinde, borca uygun davranılmasını sağlamayı amaçlayan cezai şart, bu anlamda ifası gereken asıl borca bağlı fer’i nitelikli bir borç özelliği gösterir. Dolayısıyla, asıl borç ilişkisinin genel ahlâka aykırılık gibi bir nedenle

⁷⁸⁴ Sonuç olarak, bir taahhüt kısmen batılsa, taahhüde konu öğeler sadece taraf irade açıklamaları temeli ile belirlenemez, öğeleri belirleyecek olan bu hukuki işlemi ikame hükümle değiştirecek olan hakimdir. Üstelik, temlike konu alacağın borçlusu, temlik eden tarafından kendisine bildirilen temlik geçerli olmasa da temlik alan üçüncü kişiye yaptığı ödeme karşısında iyiniyet kuralları gereğince korumaktadır. (BK.m.165) Makul ve dürüst sözleşme taraflarının butlanı bilselerdi taşıyacakları farazi iradelerine göre hakim, temlikin amacı ve geçerli olarak temlik edilen alacaklar arasındaki ilişkiye göre; temlikin zaman yönünden kapsamını değiştirebilir ya da maddi olarak sınırlandırabilir. (§ 8, I, B, 2, b) **Thévenaz**, sh. 218 vd.

⁷⁸⁵ **Engel**, sh. 862; **Tercier**, sh. 246; **Mooser**, (Commentaire Romand), sh. 863; **Pédaman**, sh.172; **Ferrand**, sh.355; **Tunçomağ**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963; sh. 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 341; **Eren**, sh.1133; **Kocaaga**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003; sh.33; **Ekinci**, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, 2004, sh.25. Öte yandan kavram bazen de; taraflar arasında yer alan ve cezai şart doğuran hukuki işlemi yani “cezai şart anlaşmasını” ifade etmek için de kullanılmaktadır. Örn. bkz. **Oğuzman/Öz**, sh. 897. Ancak bizim burada ifade ettiğimiz anlamı hukuki işlemle kararlaştırılan ve asıl borçtan ayrı olan edimi ifade etmektedir.

geçersiz olduğu hallerde, cezai şart da borç doğurmayacak ve ifası istenemeyecektir⁷⁸⁶. (BK.m.161/II)⁷⁸⁷

Öte yandan taraflar arasında her türlü edimin cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür. Genellikle borcun yerine getirilmemesi halinde ödenecek bir miktar para şeklinde belirlenen cezai şartın, bu anlamda mutlaka para şeklinde kararlaştırılması zorunlu değildir. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz üzere, sözleşmenin içeriğine dahil olan bu yapma ya da yapmama ediminin de mutlaka genel ahlâk kurallarına uygun olması gerekir. (§ 7, I, B) O halde örneğin, bir suç işlemenin, kendisini insan onuruna aykırı bir duruma getirmenin veya buna rıza göstermenin, birisiyle evlenmenin yahut cinsel ilişkide bulunmanın ceza olarak belirlenmesi mümkün değildir⁷⁸⁸.

Cezai şartın fer’ilik niteliği, asıl borca bağlı olduğu sürece devam eder. Dolayısıyla, borçlu borca aykırı davrandığında yani cezai şart muaccel hale

⁷⁸⁶ Örneğin, Yarg. 13.HD, 25.1.1993 T, E.1992/8546, K.1993/348’da Yargıtay açıkça bu durumu ifade etmektedir. “Taraflar cezanın tutarını özgürce tespit edebilirler. Ceza yasaya ya da genel ahlâka aykırı bir borcu güçlendirmek için konulmuş ya da tersine bir anlaşma olmadıkça borcun ödenmesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir durum yüzünden imkansız bulunmuşsa kararlaştırılan cezanın ödenmesi istenemez.”

⁷⁸⁷ Maddenin bu fıkrası, özel olarak cezai şartın kanuna ya da genel ahlâka aykırı bir borç için düzenlenmesini hükme bağlamaktadır. Ancak Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 187 inci maddesinde de isabetli olarak değişikliğe uğradığı üzere sözleşmenin herhangi bir nedenle geçersiz olması yeterli görülmelidir. Bu anlamda Tasarıda maddenin ikinci fıkrası şu ifadeyi içerir: “Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”

⁷⁸⁸ **Tunçomağ**, (Cezai Şart), sh.69, 85. Nitekim, Yargıtay benzer kararlarında Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı halinde, “yaptığı işlerin tamamının hiçbir karşılık ödenmeksizin iş sahibine geçeceği yüklenicinin hiçbir hak talep edemeyeceği” şeklinde kararlaştırılan cezai şartın, genel ahlâka aykırı olduğuna karar vermiştir. Örnek olarak bkz. Yarg. 15.HD, 14.10.1999 T, E.1999/2025, K.1999/3642; Yarg. 15.HD, 10.6.1990 T, E.1999/1652, K.1999/243; Yarg. 15.HD, 7.4.1997 T, E.1997/248, K.1997/1891, YKD, 1997, sh.1263; Yarg. 15.HD 5.5.1999/1120, K.1999/1768; Yarg.15.HD. 5.5.1999, E.1119, K.1769. Ayrıca bu konuda bkz. **Kılıçoğlu**, sh. 68.

geldiğinde artık fer'i değil, asli bir borç niteliği kazanır⁷⁸⁹. İşte bu anlamda tarafların sözleşme özgürlüğü sınırları içinde serbestçe ve genellikle bir miktar para şeklinde belirledikleri cezai şart miktarı, (BK.m.161/I); kimi zaman borçlu yönünden aşırılık gösterebilir. Bu durumda muaccel olan, ancak henüz ifa edilmeyen cezai şart miktarları için⁷⁹⁰, kanun koyucu hakime, “aşırı (fahiş) cezai şartı indirebilme” imkanı hatta yükümlülüğü tanımaktadır. (BK.m.161/III) Ancak, hakimın takdir yetkisi çerçevesinde ve her somut olayın özelliklerine göre yapacağı bu değerlendirme, TTK.m.24 hükmünde tacirler yönünden bir istisna taşır. Maddeye göre, tacir sıfatına sahip borçlu, BK.m.161/III hükmünden yararlanarak, kararlaştırılan cezai şartın indirilmesini mahkemeden talep edemeyecektir. Çünkü TK.m.20/II hükmünde de belirtildiği üzere, tacir basiretli iş adamı olarak, içine girdiği sözleşme ilişkisinin şartlarını ve borca aykırılık durumunda ortaya çıkabilecek sonuçları daha özenli ve dikkatli değerlendirmek zorundadır. İşte böyle bir duruma düşen tacir, acaba her koşulda ve sonuçta, cezai şart borcunu ödemek zorunda kalacak mıdır?

Bu sorunun doğru yanıtını bulabilmek için her şeyden önce, “aşırı (fahiş) cezai şart” ile, “cezai şartın genel ahlâka aykırı olmasının” birbirlerinden farklı olduklarının altını çizmek gerekir. Çünkü BK.m.161/III hükmünde düzenlenen ve cezai şartın indirimi imkanını tanıyan her aşırılık, özgürlüklerin genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlanması sonucu doğurmaz. Bir başka ifadeyle cezai şart sadece

⁷⁸⁹ Eren, sh. 1135.

⁷⁹⁰ Muaccel olmayan cezai şart henüz bağımsız bir edim niteliği kazanmayacağından indirim de söz konusu olmaz. Öte yandan, hükmün uygulanabilmesi için cezai şart miktarının ifa edilmemiş olması gerekir. Çünkü ifa bir yandan borcu sona erdirirken, diğer yandan indirim talebinden vazgeçme anlamına gelir. Üstelik yerine getirilen cezai şart ifa ile borçlu yönünden aşırı olmadığı sonucunu da doğuracaktır. Alman hukukunda BGB § 343, açıkça ifa edilen cezai şartların indirilemeyeceğini hükme bağlar. Alman hukuku için bkz. **Pédaman**, sh. 172; **Ferrand**, sh.355 vd. Aşırı cezai şartın indirimi hakkında bkz. **Tunçomağ**, (Cezai Şart), sh. 130 vd; **Kocaağa**, sh.215 vd; **Ekinci**, sh.321 vd; **Eren**, sh. 1140 vd; **Kılıçoğlu**, sh.583 vd.

miktarı yüksek olduğu için genel ahlâk kurallarını ihlal edemez⁷⁹¹. Cezai şartın genel ahlâk kurallarını ihlal edebilmesi için yukarıda da açıkladığımız üzere, borçlunun ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlal edilmesi şarttır ki bunun için de sadece taahhüdün miktarının yüksekliği tek başına bir sebep oluşturmaz. (§ 7, III) Bu nedenle, taahhüt konusunun borçlunun ekonomik özgürlüğünü zorlaması değil; yok etmesi, çok ağır şekilde kısıtlanması ya da ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmesi, hatta zaman zaman yok ederek adeta onu alacaklının keyfiyetine tabi kılması durumunda cezai şart miktarı genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratacaktır.

Bu anlamda BK.m.19 ve m.20 hükümleri ile MK.m.23/II, herkes ve tüm sözleşme ilişkileri için geçerli olan genel ve çerçeve hükümlerdir. Dolayısıyla taahhüt altına giren kişinin tacir sıfatına sahip olması da, bu hükümlerin uygulama alanları yönünden bir engel oluşturmayacaktır⁷⁹². Bu anlamda tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirledikleri cezai şart miktarı, tacirler yönünden de mutlak değildir ve MK.m.23/II ile BK.m.19-m.20 hükümleriyle sınırlıdır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu durumu şöyle ifade etmektedir:

“Ticaret Kanununun 24. maddesi, Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, “yalnız fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği esasını” kabul etmiştir. Yoksa ahlâk ve abada ve emredici

⁷⁹¹ Eren, sh. 1177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 357; Kocaağa, sh. 261.

⁷⁹² YHGK. 20.3.1974 T, E.1970/T-1053, K.1974/222, YKD, 1977, S.1, sh. 11-23. Ayrıca, Ticaret Kanunu, Medenî Kanun ve Borçlar Kanunun arasındaki bu ilişki TTK.m.1/I, BK.m.544 ve MK.m.5 hükümleriyle ortaya konulmaktadır. Eren, sh. 15-16. Aynı şekilde TK.m.24 hükmü tacirin sadece BK.m.161/III düzenlemesinden yararlanmasına engel olur. Bu anlamda, BK.m.23 ve devamına göre irade sakatlığı hükümlerinden ve sadece darda kalma hali için gabin hükümlerinden de yararlanabilir. Arkan, sh. 140. Ancak, cezai şart borcu karşı edim olarak yüklenilmişse artık gabinden yararlanılamaz.

hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur”⁷⁹³.

Bu durumdan çıkarılacak bir diğer sonuç ise; BK.m.161/III hükmünde yer alan aşırı cezai şartı indirme imkanının varlığının; kural olarak genel ahlâk aykırılık ve dolayısıyla butlan sonucuna engel olmayacağıdır. Çünkü genel ahlâka aykırılık sonucu ortaya çıkan butlan genel bir yaptırımdır (BK.m.20) ve benzer amaçlı bir yaptırımın varlığı onun uygulanmasına engel oluşturmaz⁷⁹⁴. Kaldı ki zaten hüküm bu noktada aslında; BK.m.161/III maddesinin uygulama alanı bulamadığı ve ekonomik özgürlüğü ihlal edilen tacirler yönünden önemlidir. Çünkü, BK.m.161/III hükmünün uygulanabildiği meselelerde, hakimin gerekli indirimi sağlamasıyla zaten, artık ne aşırılıktan ne de genel ahlâka aykırılıktan söz etmek imkanı kalmayacaktır.

Cezai şarttaki genel ahlâka aykırılıklar⁷⁹⁵, yukarıda da belirttiğimiz üzere öncelikle cezai şartın konusu, miktarı süresi bakımından taahhüdün yoğunluğu ile

⁷⁹³ YHGK. 20.3.1974 T, E.1970/T-1053, K.1974/222, YKD, 1977, S.1, sh. 11-23. Benzer yöndeki karar örnekleri olarak bkz. Yarg. 13.HD, 17.2.2003 T, E.2003/14711, K.2002/1355; Yarg. 15.HD, 14.10.1999 T, E:1999/2025, K:1999/3642; Yarg.15.HD, 5.5.1999 T, E.1999/1120, K.1999/1768; Yarg. 13.HD, 25.1.1993 T, E.1992/8546, K.1993/348; Yarg. 13.HD. 3.10.1988 T, E.1988/2765, K.1988/438.

⁷⁹⁴ **Tunçomağ**, (Cezai Şart), sh.67.

⁷⁹⁵ Buna karşılık her zaman kişinin özgürlüklerini genel ahlâk kurallarına aykırı olarak sınırlamayan ve BK.m.161/III hükmüne tabi aşırılıklar belirlenirken İsviçre Federal Mahkemesi, zararın kapsamını, sözleşmenin türünü ve süresini, tarafların kişisel durumlarını, borçlunun alacaklı karşısındaki bağımlılık ilişkisini, yaptırım önleyici ve koruyucu amacı, borçlunun sözleşmeye aykırılıktaki kusurunu ve alacaklı yönünden asıl edimin ifası ile cezai şart miktarı arasındaki oranları esas almaktadır. ATF 114 II 264, JdT 1989 I 74; ATF 116 II 302, JdT 1991 I 74. **Engel**, sh. 866; **Tercier**, sh. 249; **Mooser**, (Commentaire Romand), sh.871. Buna karşılık belirtmek gerekir ki İsviçre’de, bizim hukuk sistemimizdeki TTK.m.24 hükmüne paralel bir hüküm bulunmadığından aşırı cezai şart indirimi tacirler yönünden de uygulanabilmektedir. Ayrıca bkz. **Dessemontet**, Le point sur la peine conventionnelle lors de la résiliation des contrats de service, Bulletin d’information Cedidac n.15, 1991; **Kunter**, La réduction de la peine conventionnelle déjà acquittée, RDS, 1942, I, sh.97 vd; **Loksaier**, La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux, 1984; **Secretan**, Etude sur la Clause Pénale en droit suisse, Précédée d’une introduction sur les arrhes, Lausanne, 1917. İlgili İsviçre Federal Mahkeme Kararları için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.329 vd.

incelenmelidir. (§ 7, III, B, 1) Ancak tek başına taahhüdü konu olan miktarın fazlalığı, ekonomik özgürlüğün ihlali için yeterli olmayacağından; bu noktada bilhassa borçlunun kişisel durumu, taraflar arasında var olan eşitsizlik de (§ 7, III, B, 2) her somut olayın özelliklerine göre araştırılmalıdır⁷⁹⁶.

Öte yandan Yargıtay bir kararında, borçlunun ekonomik olarak mahvına neden olmadığını düşündüğü bir olayda Anayasanın 18 inci maddesinde⁷⁹⁷ yer alan angarya yasağı çerçevesinde hukuka aykırılık sebepli BK.m.19 ve m.20 hükümlerine gitmiştir: *“Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, işin belirtilen günde bitirilmemesi halinde iş bedelinin iki misli tazminatın ödeneceği hükmü, ifaya ekli ceza niteliğinde olup, bu ceza hükmü muhtemel zararın çok üstünde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hüküm olduğundan, yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da Anayasanın 18 inci maddesi ve BK.m.19 ve m.20 hükümlerine göre batıldır”*⁷⁹⁸.

Doktrinde, tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak derecede yüksek olan ve bu nedenle genel ahlâka aykırılık oluşturan cezai şart miktarının *“tamamen geçersiz sayılabileceği”* gibi, *“makul bir düzeye indirilmeleri”* kabul edilmektedir.

⁷⁹⁶ Ekonomik özgürlüğün büyük ölçüde zarar görmesi yada ekonomik varlığının tehlikeye düşmesi veya yıkımı yani genel ahlâka aykırı cezai şartın belirlenmesinde tacirin hayatını başka yoldan düzenlemek, özellikle masraflarını azaltmak ve bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalması, genel ahlâka aykırılığın kabulü için yeterli değildir. Bu yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kararında şu ifadeye yer verilmektedir: *“Genel ahlâka aykırılığın; işin değeri, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki ekonomik durumu bilirkişiler aracılığıyla belirlenmelidir.”* YHGK. 20.3.1974 T, E.1970/T-1053, K.1974/222. Bu noktada, cezai şart taahhüt edildiği tarihte genel ahlâka aykırılık derecesinde yüksek olmasına rağmen, ödemenin istendiği tarihte enflasyon sebebiyle bu durum artık söz konusu değilse, borçlunun cezai şartın geçersizliği yolundaki talebi kabul edilmemelidir. **Arkan**, sh.141, dipn.1.

⁷⁹⁷ *“Zorla çalıştırma yasağı”* başlıklı Anayasanın 18 inci maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: *“Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.”*

⁷⁹⁸ Yargıtay 15.HD, 11.5.2000 T, E.1999/4655, K.2000/2324, YKD, S.9, sh.1394-1395.

Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir⁷⁹⁹. Aşağıda da detaylı olarak ele alacağımız üzere, (§ 8, I, B, 2) kanaatimizce genel ahlâka aykırı cezai şartta doktrin ve içtihatların öngördüğü bu indirim imkanı temelini BK.m.20/II hükmü yani basit kısmı butlandan almamaktadır. Çünkü asıl sözleşmenin parçası olan cezai şart anlaşması, sözleşmenin bağımsız bir bölümünü oluşturur ve borçlunun ekonomik özgürlüğünü ihlal ettiğinde ancak tamamen batıl kabul edilebilir⁸⁰⁰. (§ 8, I, B, 2) Buna karşılık cezai şartın indirim imkanı ise, TTK.m.1466 hükmünün kıyasen uygulanması ile, yani bir tür değiştirilmiş kısmi butlan ile sağlanabilir⁸⁰¹(§ 8, I, B, 2, b); yoksa BK.m.20/II hükmünün uygulanması ile değil⁸⁰².

IV- Üçüncü Kişinin Haklarının İhlali Bir Kriter Olabilir mi?

Kurulan bir sözleşme ilişkisi, taraf olmayan kişilerin, mevcut ya da gelecekteki menfaatlerine aykırılık taşıyorsa, üçüncü kişilerin haklarının ihlal edildiği kabul edilir. Alman yargı ve doktrini bu durumu, sözleşmenin genel ahlak kurallarına uygunluk denetiminde genel bir kriter gibi kullanmaktadır⁸⁰³. Örneğin, daha sonraki alacaklıları zor duruma sokmak amaçlı yapılan teminat sözleşmeleri; üçüncü

⁷⁹⁹ YHGK. 20.3.1974 T, E.1970/T-1053, K.1974/222, YKD, 1977, S.1, sh. 11-23.

⁸⁰⁰ Buna karşılık, BK.m.20/II hükmünün yorumunu yaparken, sözleşmenin bölümlerini hem sözleşmenin içerdiği bireysel kısımların, yani sözleşmenin bir kısmını hem de borçlanılan edimin miktar olarak ele alan yazarlar ise, bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi, miktar bakımından bölünebilir edimlerde de kısmi butlanın uygulanmasının mümkün olduğu görüşündedirler. **Von Tuhr**, sh. 227; **Eren**, sh. 304. Bizimde katıldığımız aksi görüş içinse bkz. **Tandoğan**, (nullité), sh.57 vd; **Thévenaz**, sh. 119. Ayrıca **Başpınar**, sh. 61 vd; **Kocağa**, sh.262 vd.

⁸⁰¹ **Oğuzman/Öz**, sh.913. Yazar çözümün BK.m.20/II hükmünün, meselede dürüstlük kuralları yardımıyla kıyasen uygulanmasına da dayandırılabilirliği görüşündedir. Hatemi de, bu durumda, TK'nun engelleyici hükmünün MK.m.2 karşısında düzeltilmesi yoluna gidilmesi gerektiğini, gerçek olmayan bir boşluk bulunduğunu kabul ederek; MK.m.1'e dayanılarak konacak olan kural ile cezai şartın bütünü batıl saymayıp, TTK.m.1466'ya uygun indirim yolu seçilmesi görüşündedir. **Hatemi**, sh. 221 vd, dipn.113.

⁸⁰² Çünkü BK.m.20/II hükmü, esas itibarıyla cezai şart miktarının indirilmesine değil, ya tüm cezai şartın ya da cezai şartla birlikte asıl borç ilişkisinin geçersiz sayılmasına yol açar. **Kocağa**, sh. 264.

⁸⁰³ **Pédamon**, sh. 83; **Ferrand**, sh. 254; **Witz**, sh.229 vd; **Zufferey-Werro**, sh. 241. Örnek olarak bkz. BGH 14.10.1981, BB 1981, sh. 2024; BGH 9.11.1978, BGHZ 72, sh. 308; BGH 7.3.1974, NJW 1974, sh. 942; BGH 9.6.1969, BGHZ 32, sh. 361 vd; BGH 9.7.1953, BGHZ 10, 228.

alacaklıların daha önceden kazandıkları alacaklara aykırılık taşıyan genel alacağın temliki; rakibin işçilerinin işi bırakması için yapılan hizmet sözleşmesi; pactum de (non) licitando, monopol yaratmak amacıyla şirketlerin bir araya gelmesi gibi. Alman mahkemeleri, somut olaylarda bu kriteri objektif ve sübjektif iki şartın bir arada bulunması halinde kullanmaktadırlar. Bunlar; *taraflar arasında kurulan sözleşme ile üçüncü kişinin zarar görmesi ve tarafların üçüncü kişiye verecekleri bu zararı bilmeleri ya da bilebilecek durumda olmalarıdır*⁸⁰⁴.

Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi ise taraflara yabancı olan üçüncü kişilerin menfaatlerinin, sözleşmenin genel ahlâka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde tutulmaması gerektiği görüşündedir⁸⁰⁵. Kanaatimizce de “üçüncü kişinin haklarının ihlalinin”, bağımsız ve asli bir kriter olarak ele alınmasına ihtiyaç yoktur⁸⁰⁶. Buna göre;

- Öncelikle, üçüncü kişilere ait haklar, genel ahlâk kuralları tarafından korunan *toplumsal değerlerin* ihlalinin ifade ediyor ise, unutmamak gerekir ki bu durumda sözleşme BK.m.19 hükmü çerçevesinde zaten batıl olacaktır. (§ 4, II, C, 2) Çünkü bu değerler yönünden taraflara ait bireysel huzursuzluklar ve tepkiler, aslında toplumda kolektif bir hal alır.
- Diğer yandan, kanaatimizce sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olması hali ile (BK.m19-20); *muvaazaa* durumlarını da (BK.m.18) birbirinden ayırmak gerekir. Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak

⁸⁰⁴ BGH 9.7.1953, BGHZ 10, 228.

⁸⁰⁵ “Satım sözleşmesinin, henüz satılan şeylere ihtiyacı olmayan kimseleri satıcıya bağlayarak rakip tacirlere zararlı olması, onu genel ahlâka aykırı kılmaz.” ATF 84 II 22, **Karahasan**, sh.265; **Uygur**, sh. 1004.

⁸⁰⁶ Aynı yönde bkz. **Zufferey-Werro**, sh.240 vd.

amacı ile kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususundaki anlaşmalarını ifade eder⁸⁰⁷. *Muvazaadaki esas amaç üçüncü kişileri aldatmaktır ve şüphesiz ki bu gerçek ve ortak amaç her zaman genel ahlâk kurallarına aykırıdır*⁸⁰⁸. Ancak muvazaa halinde taraflar arasındaki görünürdeki işlemin butlanına neden olan temel sebep söz konusu genel ahlâka aykırılıktan önce; karşılıklı birbirine uygun “gerçek” iradelerin bulunmaması yani BK.m.18 hükmüne paralel irade teorisinin ihlalidir⁸⁰⁹. Kaldı ki somut bir olayda genel ahlâka aykırı amaç ile muvazaa bir arada da olabilir. Örneğin, bir kimsenin nikahsız ilişkisini devam ettirmek için satış gibi göstererek taşınmazını bu kişiye bağışlamasında olduğu gibi⁸¹⁰. Ancak bu durumda yapılan satım sözleşmesi, öncelikle tarafların gerçek iradelerini yansıtmaz Bu nedenle, takip edilen ortak amacın genel ahlâka aykırılığını ayrıca incelemeye gerek olmadan zaten sözleşme batıl kabul edilir.

- Diğer yandan Alman hukukuna konu olayların, Türk hukuku bakımından varolan genel ahlâka aykırılık kriterleri ya da pozitif hukuk kuralları ile çözümlenebileceğini düşünmekteyiz⁸¹¹. Zaten dikkatli incelendiğinde,

⁸⁰⁷ Engel, sh. 224; Tercier, sh.115; Winiger, (Commentaire Romand), sh. 94 vd; Oğuzman/Öz, sh. 108 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 407; Eren, sh.315; Kılıçoğlu, sh.115 vd.

⁸⁰⁸ Zaten ulaşılan ortak yaptırım yani butlan da bu durumun bir teyididir. Ancak tekrar hatırlatmak isteriz ki, hukuk düzeni temelinde etik değerlere aykırı olan her durumu butlan yaptırımına bağlamaz. Bu anlamda irade sakatlığı halleri de aslında toplumdaki kamusal vicdanı rahatsız eden, genel ahlâk kurallarına aykırı davranışları oluştururlar ancak kanun koyucu bu durumlar için butlan yaptırımını düzenlememektedir. (BK.m.23-31)

⁸⁰⁹ Piotet, sh.82 vd. Ayrıca bkz. Yung, Simulation, Fiducie et Fraude à la loi, Etudes et Articles, Genève, 1971, sh. 162 vd.

⁸¹⁰ Örnek olarak bkz. Yarg. HGK. 3.2.1982 T, E.1979/1-464, K. 1982/77. Ayrıca bkz. Yarg.4. HD, 27.12.1966 T, E.10257, K.11091.

⁸¹¹ Alacakların toplu temlikinde, temlik eden kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı ihlalinin (§ 7, III, C, 2, c), ya da pactum de non licitando durumunda BK.m.226 hükmünün varlığı gibi.

Alman Mahkeme kararlarının da bu kriteri tek başına kullanmadığı; bilhassa özgürlüklerin ihlali ile birlikte ele aldığı görülür⁸¹².

- Bütün bu ihtimaller dışındaki hallerde ise, sözleşmelerin BK.m.20 anlamında butlanına gitmeden, zarar gören üçüncü kişilerin BK.m.41/II hükmü çerçevesinde her zaman korunmalarının mümkün olduğu kanaatindeyiz. (§ 5, VI). Böylece sözleşme özgürlüğü bakımından bir sınır oluşturmayan bu hükümle, kamusal vicdanın rahatsız olduğu, genel ahlâka ait değerlerin sarsıldığı durumlarda üçüncü kişilere kasden verilen zararların tazmini imkanı da doğabilir.

⁸¹² RGZ, 143, sh. 48, 52; BAG NJW 1967, sh. 751; BGH BB 1974, sh. 669, 671. Bu doğrultuda zaten son dönemde kimi yazarlar tarafından artık genel bir kriter şeklinde de ele alınmamaktadır. Örnek olarak bkz. **Pédamon**, sh.83 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN
HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 8. GENEL AHLÂKA AYKIRI SÖZLEŞMELERİN YAPTIRIMI: BUTLAN

I- Butlan Yaptırımı ve Türleri

A) Genel Olarak Butlan

Yukarıda da açıkladığımız üzere (§ 2, III, B) butlan yaptırımı, kanun koyucunun mutlaka sözleşme ilişkisi içinde bulunmasını istediği ve bu nedenle zorunlu tuttuğu unsurların bulunmaması halinde, *her zaman, her ilgilinin* ileri sürebildiği, hatta ileri sürülmese dahi hakim *re'sen* dikkate alabildiği bir geçersizlik türüdür⁸¹³. Kurucu unsurları bulunmasına rağmen, sözleşmenin *kamu düzenine* ait geçerlilik unsurlarına sahip olmaması nedeniyle ortaya çıkan butlan yaptırımı, bu yönüyle etkilerini hem ilişkinin kurulduğu andan itibaren göstermekte (*ex tunc*) hem de sadece taraflar arasında değil; üçüncü kişilere karşı da önem taşımaktadır⁸¹⁴. Böylece sözleşme ilişkisi ile ulaşılmak istenilen hukuki sonuç yaratılamaz.

⁸¹³ Engel, sh. 293 vd; Tercier, sh.100 vd; Guillo/Stepfen, (Commentaire Romand), sh. 138 vd; Rieg, sh. 336 vd; Opréa, sh. 172 vd; Ripert, sh. 42 vd; Petitpierre, sh. 73 vd; Tandoğan, (nullité), sh. 25; Güral, sh. 45; Von Tuhr, sh. 221 vd; Eren, sh. 301; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh. 375 vd; Oğuzman/Öz, sh. 137 vd; Kılıçoğlu, sh. 61 vd; Başpınar, sh. 23 vd.

⁸¹⁴ Von Tuhr, sh. 225; Engel, sh. 294; Tercier, sh.101; Piotet, (invalidité), sh. 97 vd ; Petitpierre, sh.79 vd ; Guillo/Stepfen, (Commentaire Romand), sh. 139; Tandoğan, (nullité), sh. 25, 26; Güral, sh. 45.

Hukuk sistemimiz içinde farklı butlan sebepleri vardır. Çalışmamız kapsamını oluşturan genel ahlâk kurallarına aykırılık da bu nedenlerden biridir. Gerek BK.m.19-m.20 hükümleri gerek MK.m.23/II hükmü (§ 8, I, C) bir arada değerlendirildiğinde, kanaatimizce butlan yaptırımını “*bütün genel ahlâka aykırı sözleşmelerin yaptırımı*” olarak ele almak gerekir. Bu düşünceyle kanun koyucu da, toplumdaki ahlâksızlıkları derecelendirmemiş ve kamusal vicdanı rahatsız ettikleri andan itibaren (§ 3, II, A) tüm aykırılıkları butlan yaptırımına tabi tutmuştur. Dolayısıyla, genel ahlâk kurallarının ihlal edildiği yerde butlan vardır⁸¹⁵. Gerçekten de genel ahlâk kuralları tarafından korunan kişisel ve toplumsal menfaatler (§ 4, II, B) ile kuralların sosyolojik ve ahlâki temelleri (§ 3, II, B, 2) dikkatle incelendiğinde içlerinde barındırdıkları kamu yararı fikriyle bu sonuç kaçınılmaz olur. Zaten hukuk düzeni de çok istisnai birkaç örnek dışında genel ahlâka aykırılıkları her zaman butlan yaptırımı ile sonuçlandırır⁸¹⁶.

⁸¹⁵ Reichard, sh.147.

⁸¹⁶ Genel ahlâka aykırılığın butlan yaptırımı ile sonuçlanmadığı istisnai hükümler şunlardır: MK.m.54/III: “Hukuka veya ahlâka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her hâlde ilgili kamu kuruluşuna geçer.”; MK.m.89: “Derneğin amacı, kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelirse; Cumhuriyet savcısının veya bir ilgilinin istemi üzerine mahkeme, derneğin feshine karar verir.”, MK.m.116/II: “Yasak amaç güttüğü veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan veya amacı sonradan yasaklanan vakfın amacının değiştirilmesine olanak bulunmazsa; vakıf, denetim makamının ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak dağıtılır.” (ki belirtilen yasak amaçlar m.101/IV hükmünde şu şekilde belirtilmektedir: “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.”); MK. m.557: “Aşağıdaki sebeplerle ölüme bağlı bir tasarrufun iptali için dava açılabilir 3) Tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise,”

B) Butlan Türleri

Butlan yaptırımı, sakatlığa sebep olan geçerlilik unsurunun (dolayısıyla genel ahlâka aykırılığın) sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına ilişkin olmasına göre “*Tam Butlan*” ve “*Kısmi Butlan*” olmak üzere ikiye ayrılır. (BK.m.20)

1) Tam Butlan

Tam butlan; sözleşmenin kurucu unsurlarını içermesine rağmen, geçerlilik unsurlarındaki bazı eksiklikler nedeniyle (*BK.m.20/I*), sözleşmenin hiçbir hukuki sonuç doğurmadığı yani normatif gücünün bulunmadığı bir geçersizlik türüdür. Diğer yandan *BK.m.20/II* hükmü gereğince; tarafların farazi iradelerinden, bir kısmı sakat olan sözleşmenin, bu kısmı olmadan böyle bir sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna varıldığında da, yine kısmi butlan değil; tam butlan uygulanır⁸¹⁷.

Tam butlanda sözleşme başlangıçtan itibaren (*ab initio, ob ovo*) geçersizdir ve dolayısıyla hiçbir zaman kurulmuş kabul edilmez (*nihil actum est*)⁸¹⁸. İşte butlanın bu özelliği, aşağıda da inceleyeceğimiz üzere bilhassa taahhütlerdeki süre aşırılıkları sebebiyle özgürlüklerin genel ahlâk kurallarına aykırı ihlallerinde bazı sorunlar doğurur. (§ 8, I, B, 2, b)

⁸¹⁷ **Başpınar**, sh. 26 vd. Yazar bu sonucun kısmi sakatlığın taraflardan yalnız birine ilişkin olması durumu ile koruma normlarına aykırılık halleri olmak üzeri iki istisnasının bulunduğunu belirtir.

⁸¹⁸ **Von Tuhr**, sh. 222. Ayrıca butlan bu özelliğiyle iptal edilebilirlikten ayrılır. (§ 2, III, B) Çünkü iptal edilebilirlik, bu yönde irade açıklanana veya sözleşmeyi ortadan kaldırma kararına kadar çoğunlukla, makale şamil sonuçları doğurur. İsviçre Federal mahkemenin bu ayırımı yaptığı bir karar için bkz. ATF 80/1954 II 327=JdT 1955 I 497; **Zufferey-Werro**, sh.338.

Tam butlanın bir diğer özelliği ise mutlak olması ve herkese karşı her hangi bir süre sınırlaması bulunmadan ileri sürülebilmesidir⁸¹⁹. Üstelik hiçbir şekilde tarafların bu yöndeki bir irade açıklamalarına ya da butlan davası açmalarına da gerek yoktur⁸²⁰. Dolayısıyla, ne sözleşme taraflarının ne de ilgili üçüncü kişilerin bu batıl sözleşme temeline dayalı olarak geçerli bir hak elde etmeleri mümkün değildir. Kuralın tek istisnasını elbette ki MK.m.3 hükmü gereği iyiniyetin rol oynadığı durumlar oluşturabilir.

Kural olarak tam butlanla sakat bir ilişkide, taraflar birbirlerini ifaya zorlayamazlar. Üstelik batıl işlem, sadece alacak hakkının değil; fer'i hakların da doğmasına engel olur⁸²¹. Eğer taraflardan biri edimini önceden ifa etmişse somut olaya göre mülkiyet davası (*MK.m.683 ve m.1025*) ya da sebepsiz zenginleşme davasıyla (*BK.m.61 vd*) iadeyi isteyebilir. Ancak elbette ki, yerine getirilen edimin bu iade imkanı, genel ahlâka aykırı amaçla verilenler yönünden her zaman, BK.m.65 kuralı ile sınırlıdır. (§ 9) Keza yine, edimlerin yerine getirilmemesi de hiçbir şekilde karşı taraf için borca aykırılık sebepli bir tazminat alacağı doğurmayacaktır⁸²². Talep edilebilecek zarar ise, taraflardan birinin diğerini batıl sözleşmeyi yapmaya kusuru

⁸¹⁹ **Gauch/Schluep/Tercier**, n.502; **Zufferey-Werro**, sh.340.

⁸²⁰ **Engel**, sh. 295; **Tercier**, sh. 101; **Zufferey-Werro**, sh.338; **Von Tuhr**, sh. 222; **Eren**, sh.301. Tam butlan (mutlak butlan) bu yönüyle, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının tek bir tarafa tanındığı, karşı tarafın yada üçüncü kişilerin bu imkanlarının bulunmadığı iptal kabiliyetinden (*nisbi butlandan*) da ayrılır. (§ 2, *III, B*) Çünkü iptalde, eğer hak sahibi bu yönde bir irade açıklamasında bulunmazsa, sözleşme her iki taraf için de borç doğurmakta; aksi halde ise butlan hüküm ve sonuçlarına tabi olmaktadır. Genel olarak, kanun, irade sakatlıkları ve gabin gibi “tarafları koruma amacı olan hükümleri” iptal yaptırımına bağlamıştır. Eğer, iptal hakkı olan taraf bunu kullanmazsa, sözleşme her iki taraf içinde borçlandırıcıdır; aksi halde, butlan devreye girecektir ve sonuçları tam butlanla aynıdır. Bu ayırım, aşağıda da inceleyeceğimiz üzere genel ahlâk kurallarına uygulanacak yaptırımı belirlemek bakımından önemli rol oynar. Diğer yandan, kanun koyucu bazı istisnai durumlarda sözleşmelerin butlanı için dava açılması gerektiğini de hükmü bağlamış olabilir. Örneğin MK.m.156, MK.m.557/I-3 hükümleri gibi.

⁸²¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, sh. 376.

⁸²² **Tandoğan**, (nullité), sh.26; **Zufferey-Werro**, sh. 337 vd.

ile sevk etmiş olması halinde; duruma göre BK.m.41/II (§ 5, VI) ya da sözleşme öncesi sorumluluk alanından (*culpa in contrahendo*) doğabilir⁸²³. (§ 8, II, B, I)

Diğer yandan tam butlanın düzeltilebilme imkanı da yoktur⁸²⁴. Bu özelliğin sonucu olarak, öncelikle taraflar batıl sözleşmeyi geçerli kılacak ikinci bir anlaşma yapamayacakları gibi; sözleşmede genel ahlâk kurallarına aykırılıkların dikkate alınmayacağını da kararlaştıramazlar. Zaten bu yöndeki bir sözleşmenin kendisi genel ahlâk kurallarına aykırıdır⁸²⁵. Kaldı ki, BK.m.19-m.20 hükümleriyle MK.m.23; kamu düzeniyle ilgili hükümlerdir ve dolayısıyla taraflara ait sözleşme ilişkileriyle ortadan kaldırılmaları da mümkün değildir. Tam butlanın düzeltilememesi, sözleşmenin geçen zaman ile de hüküm ve sonuç doğuramamasına neden olur⁸²⁶. O halde tarafların batıl bir sözleşme çerçevesinde borçlarını uzun süredir ifa ediyor olmalarının da; hakkın kötüye kullanımı istisnalarını saklı tutmak kaydı ile; butlan yaptırımı açısından bir önemi yoktur. Üstelik butlan itirazı herhangi bir zamanaşımına da tabi değildir. Bunun yanında tam butlanı gerektiren şartın zamanla ortadan kalması halinde de sözleşme kendiliğinden geçerlilik kazanmayacaktır. Taraflar ancak yeni ve geçerli bir sözleşme ilişkisi kurarak istedikleri hüküm ve sonuçlara ulaşabilirler.

⁸²³ Engel, sh. 207; Piotet, Nature et Modalité de la Responsabilité précontractuelle, RDS, 1975, sh. 253 vd; aynı yazarın La Culpa in contrahendo aujourd'hui, RSJ 77/1981, sh. 225 vd.

⁸²⁴ Bu nedenle "batıl işlem iflah olmaz" kuralından söz edilir. Kılıçoğlu, sh.61, Engel, sh. 294.

⁸²⁵ Zufferey-Werro, sh. 339.

⁸²⁶ Zufferey-Werro, sh. 338.

2) Kısmi Butlan

Sözleşmenin içeriğinin bir kısmının imkansız, kamu düzenine, hukuka veya genel ahlâka aykırılık nedeniyle sakat olması halinde, yalnız bu kısmın batıl olup, sakat olmayan diğer kısımlarının, tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğini korumasına kısmi butlan denir⁸²⁷. Roma hukukundan temel alarak çağdaş hukuk sistemlerinde de yer bulan⁸²⁸ bu düzenlemede amaç, tarafları sözleşme ilişkisini kurmaya iten menfaatlerini, mümkün olduğunca ayakta tutmak ve bu anlamda sözleşmenin geçerli kısımlarını ayırabilmektir (*favor negotii*)⁸²⁹. Böylece mümkün olduğunca taraflar arasındaki irade uyumu sağlanacak ve sözleşme içinde sadece, tamamen kabul edilemez olan

⁸²⁷ Engel, sh.294; Tercier, sh. 102; Schmidlin, (*Commentaire Romand*), sh. 141; Eren, sh.303; Oğuzman/Öz, sh. 141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 379-380; Sirmen, sh.121 c; Başpınar, sh. 29. Ayrıca bkz. Tandoğan, (nullité), sh. 51 vd; Zufferey-Werro, sh.343 vd; Piotet, (invalidité), sh.97 vd; Petitpierre, sh.76 vd; Von Tuhr, sh. 223 vd.

⁸²⁸ Kısmi butlan, Roma hukukunda yer alan “Utile per inutile non vitiatur” ilkesinden temel almaktadır. Engel, sh. 294; Tandoğan, sh.123 vd; Başpınar, sh.6 vd. ATF 80 II 327=JdT 1955 I 497. Hüküm Alman hukuku içinde de BGB § 139’da da düzenlenmektedir. Ancak metnin kaleme alınışı İsviçre-Türk hukuk sistemine göre farklıdır. Sözleşmenin bir kısmı batıl olduğunda, tarafların kalanını geçerli kılmak istemedikçe sözleşmenin bütününe etkileneyeceği düzenlenir. Dolayısıyla düzenlemenin hukuki sonuçları Türk hukukunun tam aksi yöndedir. Çünkü sözleşmenin bir kısmı sakat olduğunda Alman hukuku yönünden kural tam butlan iken istisna kısmi butlandır. Tandoğan, sh.81; Von Tuhr, sh.227; Zufferey-Werro, sh. 356; Thévenaz, sh. 117. Ayrıca Alman Hukuk için bkz. Pédamon, sh.99 vd; Witz, sh. 237 vd; Ferrand, sh. 255 vd. Buna karşılık Fransız hukukunda kısmi butlanla ilgili açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle mesele imkansızlık hakkındaki hükümlerle çözülmektedir. Nitekim Fransız Medeni Kanunun 1172 inci maddesinde “imkansız, hukuka veya ahlâka aykırı içeriği sahip sözleşme ve buna bağlı her şartın batıl olduğu” hükme bağlanmıştır. Ayrıca Fransız Hukuk için bkz. Dumetz, La résolution partielle du contrat, Paris, 2003; Malinvaud, Droits des Obligations, Paris, 2002, sh. 189; Guelfucci-Thibierge, L’indépendance entre nullité et responsabilité, Paris, 1992; Weil, Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l’action en nullité, Mélanges dédiés a Gabriel Marty, Toulouse, 1991; Souchon, sh.41; Ripert, sh. 42 vd; Aubert, sh. 73.

⁸²⁹ Doktrinde kısmi butlan kuralının teyidi yönünden farklı gerekçeler ortaya atılmıştır. Örneğin, Piotet’e göre bu gerekçeler irade özerkliği ve favor negotii kurallarından temel alırken, Piotet, sh. 99 vd; Yung’a göre bu kural taraflardan birinin ya da her ikisinin iradelerini temel alan bir yasal hüküm üzerine kurulu objektif bir kuraldır. Yung, Etudes et Articles, Les contenus des contrats formels, sh. 264 vd, ayrıca sh. 280. Engel’e göre ise kuralın temeli “pacta sunt servanda” ilkesinin uygulanmasıdır. Engel, sh. 294. Ayrıca bkz. Hofstetter, Favor Negotii, Melanges Pierre Engel, Lausanne, 1989; Thévenaz, sh.119.

bölümler geçersiz sayılacaktır⁸³⁰. Bu anlamda, sözleşmenin butlanla sakat kabul edilen kısmı tam butlanın bütün etkilerine sahiptir, ancak sözleşmenin geri kalanını etkilememektedir⁸³¹.

Somut bir olayda kısmi butlanın uygulanabilmesi için gereken ilk şart; “sözleşmenin sadece bazı bölümlerinin içerik sakatlığı sebeplerinden biri ile, mesela genel ahlâk aykırılık ile sakatlanmış olması ve tarafların butlan anlaşması yapmamış olmalarıdır”⁸³². (*Objektif Şart*) Bu noktada “sözleşmenin bölümleri” kavramından anlaşılması gereken nedir? Bir görüşe göre, bu ifadenin amacı hem sözleşmenin içerdiği bireysel kısımları, yani sözleşmenin bir kısmını, hem de borçlanılan edimin miktar olarak bir kısmını ifade eder⁸³³. Diğer görüşe göre ise, sözleşmenin bir bölümü ifadesindeki amaç, satım, kira, istisna gibi basit sözleşmelerde, herhangi bir hususu düzenleyen bir hüküm (şart, kayıt, nokta) ya da bir başka değişle anlaşma (*clause*); bileşik sözleşmelerde ise bireysel sözleşmelerin her biridir⁸³⁴. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunun ilgili 20 inci maddesinin Fransızca metin de bu ikinci

⁸³⁰ **Tandoğan**, sh.60. Böylece irade özgürlüğünün hakim olduğu özel hukuk sistemimiz içinde, mümkün olduğunca az sınırlanması istenen iradelerin koruması ve maksimum saygı sağlanabilecektir.

⁸³¹ **Engel**, sh.205; ATF 108/1982 II 409; ATF 80/1954 II 48.

⁸³² Başpınar, objektif ve sübjektif şartlar doğrultusunda yaptığı ayırmada objektif şartı da kendi içinde ikiye ayırarak incelemektedir. Buna göre *objektif şart*: kısmi butlanın olumlu objektif şartı yani sözleşmenin içeriğinin bir kısmının sakat olması ve olumsuz objektif şartı yani tarafların butlan anlaşması yapmamış olmaları; buna karşılık *sübjektif şart ise*; tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin muhafazası yönünde olmasıdır. Kısmi butlanın şartları hakkında bkz. **Başpınar**, sh. 52-101.

⁸³³ Böylece edimin miktar olarak bölünmesi sayesinde, en yüksek sınırı aşan edimin yasal ölçülere indirilmesi de mümkün olmaktadır. **Von Tuhr**, sh. 227; **Eren**, sh. 304; **Oğuzman/Öz**, sh. 142. Ayrıca bkz. **Başpınar**, sh. 61.

⁸³⁴ **Tandoğan**, (nullité), sh.57 vd. O halde dikkate alınması gereken, şekli olarak sözleşmenin kısımları değil, taahhüdün içeriğidir. Bu noktada İsviçre Borçlar Kanunun Almanca metnindeki “*teile*” ve İtalyanca metindeki “*parti*” terimleri biraz daha açıklayıcı kabul edilebilir. **Thévenaz**, sh. 119. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Başpınar**, sh. 62 vd.

görüŖü dođrulamaktadır⁸³⁵. Dolayısıyla altını çizmek gerekir ki, sözleşmenin bölünebilirliği ile edimin bölünebilirliği farklı anlamlar taşır⁸³⁶. O halde kısmi butlanın uygulanabilmesi için, sözleşmenin birden çok anlaşmadan oluşması⁸³⁷ yani genel niteliği değişmeden, kısımlara ayrılabilme özelliğine sahip olması gerekir. Bu doğrultuda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim ve karşı edim ilişkisi içinde, sözleşmenin bölümleri birbirinin zorunlu şartını oluşturdıklarından, bu sözleşmeler yönünden kısmi butlan mümkün olmayacaktır⁸³⁸. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi, kökleşmiş içtihatlarıyla, kısmi butlanın sözleşmenin hem yan noktalarında hem de objektif esaslı noktalarından bulunabileceğini kabul eder⁸³⁹.

BK.m.20/II hükmü düzenleyici bir hukuk kuralıdır, bu nedenle taraflar her zaman aksini kararlaştırabilirler⁸⁴⁰. Bu nedenle kısmi butlanın uygulanabilmesi için tarafların “*butlan anlaşması*” yapmamış olmaları da gerekir. Bu anlaşma, tarafların sözleşmenin bir kısmının sakat olması halinde, bu kısmın butlanı ile bunun sözleşmenin diğer kısımlarına etkisini düzenlemek üzere yaptıkları anlaşmadır (*convention relative à la nullité*)⁸⁴¹. Bu yöndeki bir anlaşmanın varlığı halinde artık BK.m.20/II hükmü uygulanmayacak, söz konusu anlaşmaya göre hareket edilecektir.

⁸³⁵ Zira metindeki ifade “clause” kelimesi, Fransızca, şart, kayıt ve sözleşmede yer alan hüküm anlamlarına gelir. Bu anlamda şart, hukuki işlemin içeriğine ilişkin bir kayıt, bir anlaşmayı da ifade eder. **Sirmen**, (şart), sh. 17-18; **Akıntürk**, Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme, AHFD, C.XXVII, S.3-4, sh. 222; **İnan**, sh. 411; **Oğuzman/Öz**, sh. 130; **Başpınar**, sh. 62.

⁸³⁶ Örneğin, sözleşmeye ait süre, rekabet yasağı, iptal hakkı gibi noktalar taraf anlaşmalarını ortaya koyar ve sözleşmenin kısımlarını oluşturur ancak bunlar birer edim değilleridir. Bu nedenle edimin bölünebilir olması, sözleşmenin de bölünebilir olduğu anlamına gelmez. **Tandoğan**, (nullité), sh. 66. Aynı yönde **Engel**, sh. 296. Bu noktada bölünebilir sözleşmeler; genel niteliği değişmeksizin kısımlara ayrılabilen sözleşmelerdir. **Eren**, sh. 304.

⁸³⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 30.

⁸³⁸ **Eren**, sh. 304-305. Ayrıca İsviçre Federal mahkemesinin aksi yöndeki bazı kararları hakkında bkz. **Başpınar**, sh.56.

⁸³⁹ ATF 107 II 216= JdT 1982 I 66 vd. Ayrıca aynı yönde bkz. ATF112 II 433=JdT 1987 I 162, JdT 1995 III 108; JdT 1993 III 118, **Thévenaz**, sh.121; **Zufferey-Werro**, sh. 343; **Eren**, sh. 307.

⁸⁴⁰ **Hürlimann’a** göre, kanun, sözleşmenin batıl kısımları dışında kalan bölümü için yorum kuralı değil, bir geçerlilik karinesi koymuştur. **Von Tuhr**, sh.227. **Eren**, sh.308-309; **Başpınar**, sh. 77 vd.

⁸⁴¹ **Piotet**, sh. 108; **Eren**, sh.308; **Sirmen**, sh. 122.

Ancak, taraflar butlan anlaşmasını sözleşme özgürlüğü sınırları içinde (BK.m.19-m.20) ve dolayısıyla genel ahlâk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile yapabilirler. Buna göre, butlan anlaşmasında, bir kısmı sakat olan sözleşmenin tamamının batıl sayılmasına; sözleşmenin tam butlanına rağmen belirli bir kısmının geçerliliğini korumasına ya da sözleşmenin değiştirilmiş içerikle muhafaza edilmesine karar verilebilir⁸⁴². Her hangi bir şekil şartına tabi olmayan anlaşma, yazılı, sözlü ya da resmi şekilde yapılabilir⁸⁴³.

Kısmi butlanın uygulanabilmesi için gereken ikinci şart ise, taraf iradeleridir. (*Sübjektif Şart*) Buna göre, tarafların farazi iradeleri, içeriğinin bir kısmı sakat olan sözleşmeyi, geçerli olan kısmı ile ayakta tutmak yönünde olmalıdır. Tarafların gerçek iradelerinin bulunduğu yerde kısmi butlan söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu durumda zaten taraflar sözleşmeyi açık ya da kapalı olarak sakat olmayan kısımlarla yapmayı kabul etmişlerdir⁸⁴⁴. Dolayısıyla kısmi butlan hükümleri, ancak tarafların farazi iradeleri söz konusu batıl kısım olmadan da sözleşmenin yapılabileceği yönünde olduğunda uygulanabilir⁸⁴⁵. Sözleşmenin sakat olmayan kısımlarını korumanın mümkün olup olmadığını çözüme bağlayacak olan kişi hakimdir. Bu noktada hakim, farazi iradeleri objektif bir değerlendirme ile güven

⁸⁴² Butlan anlaşmasının bu türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başpınar**, sh. 79-86. Buna karşılık, taraflar önceden yaptıkları bir anlaşma ile, sözleşmenin bir kısmının batıl olduğu yada bu sonucu doğuracak başka bir durumun bulunma ihtimalini öngörmüş buna rağmen sözleşme ilişkisini kurmuş olabilirler. Bu durumda artık farazi irade değil taraflara ait fiili bir irade söz konusudur. Örn: ATF 107/1981 II 419=JdT 1982 I 382; ATF 107/1981 II 216 =JdT 1981 I 66.

⁸⁴³ Bu anlamda butlan anlaşması yazılı yapılacaksa, kurulan sözleşmenin bir kısmını oluşturacak şekilde aynı belge içinde yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme şeklinde de kurulabilir. **Başpınar**, sh. 78.

⁸⁴⁴ Taraflar sözleşmenin kurulması sırasında bazı bölümlerinin batıl olduğunu biliyorlar ya da en azından bunun geçerliliğinden şüphe ediyorsa gerçek irade vardır. Bu durumda BK.m.20/II hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak geçerli olarak kalan kısımların bu halleriyle bir sözleşme niteliği taşıması gerekir. **Eren**, sh. 307.

⁸⁴⁵ **Petitpierre**, sh. 77; **Eren**, sh. 308.

teorisini⁸⁴⁶ ve sözleşmenin kurulduğu anı⁸⁴⁷ esas alarak yapmalıdır. Bir başka deyişle, somut olayda “makul ve dürüst kişiler olarak taraflar, sözleşmenin kurulması sırasında kısmi butlanı bilmiş olsalardı iradeleri hangi yönde olurdu?” sorusuna bulunacak cevaba göre tarafların farazi iradeleri çözülebilecektir⁸⁴⁸. Eğer hakim, bu değerlendirmesi neticesinde, taraflardan birinin dahi sözleşme ilişkisini kurmak istemeyeceği sonucuna ulaşırsa sözleşme tam butlan yaptırımına tabi olacaktır.

Öte yandan İsviçre’de son dönemdeki güncel doktrin eğilimi, taahhütlerin emredici kurallara aykırılığı halinde, son şart olarak tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmaması gerektiği yönündedir⁸⁴⁹. Bu görüşteki yazarların endişesi, özgürlükleri aşırı şekilde ihlal edilen kişiler ile sözleşmenin zayıf tarafının korunmasından temel alır. Ancak kanaatimizce, tarafların farazi iradelerinin subjektif değil objektif esaslara göre değerlendirilmesiyle bu koruma zaten sağlanmaktadır. Kaldı ki İsviçre Federal Mahkemesinin de haklı olarak belirttiği üzere, kısmi butlanı, sözleşmenin bir bölümünün ortadan kalkmasından zarar görecektir taraf ileri

⁸⁴⁶ Bu konuda *Piotet* gibi yazarların savunduğu *subjektif teoriye* göre, tarafların farazi iradelerinin belirlenmesinde, sözleşmenin kurulduğu andaki fiili ve psikolojik iradelerin esas alınması gerekirken; *Gauch*, *Schluep*, *Hürlimann* gibi *objektif teoriyi* benimseyen yazarlar ise, sözleşmenin somut taraflarının yerine, orta zekalı, makul ve dürüst kimseleri ele alarak bu iradenin belirlenmesi gerektiği görüşündedirler. Söz konusu teoriler ve eleştiriler hakkında bkz. **Tandoğan**, (nullité), sh. 71 vd; **Piotet**, sh.107 vd; **Guillod/Steffen**, (Commentaire Romand), sh. 141; **Thévenaz**, sh. 119; **Zufferey-Werro**, sh.344; **Başpınar**, sh.93 vd.

⁸⁴⁷ Bu konuda, İsviçre Federal Mahkemesinin, sözleşmenin kurulma anı değil, davanın açıldığı anın farazi iradeleri belirlemek yönünden esas aldığı görüşe katılmamaktayız. Zira yapılacak olan değerlendirme, taraflar batıl kısımları sözleşme henüz kurulurken bilseler idi, bu ilişkiye girip girmeyecekleriyle ilgilidir ve bu değerlendirme o andaki makul ve dürüst insanlar esas alınarak yapılmalıdır. Aynı yönde bkz. **Engel**, sh. 294 vd; **Tercier**, sh. 103-104; **Piotet**, sh. 108; **Yung**, Etudes et articles, Interprétation supplétive des contras, sh. 185, sh. 204; **Tandoğan**, (nullité), sh. 74; **Başpınar**, sh. 101-102.

⁸⁴⁸ Karar verilirken, sözleşmenin kurulduğu sıradaki menfaat durumu, dürüstlük kuralına göre göz önünde tutulmalı, ve sonuçta taraflardan birinin dahi kısmi butlanı bilmesi halinde, sözleşmeyi kurmayacağı kanısına varılırsa, sözleşme tamamı ile batıl sayılmalıdır. **Tercier**, sh. 103/ **Eren**, sh. 308; **Başpınar**, sh.101 vd.

⁸⁴⁹ **Zufferey-Werro**, sh. 355. Ayrıca *Gauch* ve *Oftinger* gibi bazı yazarlar da bu yönde görüşler ortaya koyar. Bu konuda ayrıca bkz. **Thévenaz**, sh. 122.

sürebilmeli, diğer tarafa bu imkan tanınmamalıdır⁸⁵⁰. Dolayısıyla batıl kısımdan zarar gören taraf, sözleşmenin bu hali ile korunmasını istediği sürece hakim tam butlana hükmedememelidir⁸⁵¹.

Kısmi butlan uygulanmasının üç farklı türü vardır⁸⁵². Bunlar; BK.m.20/II hükmünde düzenlenen ve kabul edilemez kısım çıkarıldıktan sonra sözleşmenin içeriğinde herhangi bir değişikliğe ihtiyaç duyulmaması üzerine kurulu *basit kısmi butlan*; açıkça hükme bağlanmamakla birlikte, sadece sözleşmeye konu edimlerde indirim yapılması esasını benimseyen *değiştirilmiş kısmi butlan*; ve tarafların farazi iradelerinden sözleşmenin bir kısmına ilişkin sakatlığın bu kısım olmaksızın geçerli kısımlardan bazılarının da yapılmayacağı sonucuna varılarak, sakat kısım ile birlikte geçerli bazı kısımlarında batıl sayılmasını kabul eden *genişletilmiş kısmi butlandır*.

a) Basit Kısmi Butlan (*Nullité partielle simple*)

Yukarıda da açıkladığımız üzere, açıkça bu terim kullanılmamakla beraber, BK.m.20/II hükmü temelde basit kısmi butlanı düzenlemektedir. Buna göre basit kısmi butlan, bir kısmı sakat olan sözleşmenin sadece bu bölümünün batıl kabul edildiği ve sözleşmenin kalanının tarafların farazi iradelerine uygun olarak

⁸⁵⁰ ATF 80 II 136, ATF 81 II 622. Örneğin, taraflardan biri için subjektif esaslı nokta olan bir husus genel ahlâka aykırı ise, diğer taraf bu hükmün butlanını ileri sürebilecekken, tam butlanı ileri süremeyecektir. Buna karşılık, karşı tarafın iradesi yine de sözleşme ilişkisine devam etmek yönünde ise bu durumda kısmi butlan dahi ileri süremeyecektir. **Engel**, sh. 295.

⁸⁵¹ **Başpınar**, sh. 99; ATF 107 II 423; ATF 81 II 622.

⁸⁵² **Tandoğan**, (nullité), sh.61 vd; **Zufferey-Werro**, sh.354 vd; **Engel**, sh.207 vd; **Deschenaux/Steinauer**,sh.94 vd; **Piotet**, RDS 1957 I 105. **Thévenaz**, sh.118; **Tercier**, sh.103; **Başpınar**, sh. 149 vd.

geçerliliğini koruduğu butlan türüdür⁸⁵³. Hukuk düzeni tarafından kabul edilemez olan kısım çıkarıldıktan sonra sözleşmenin içeriğinde herhangi bir değişiklik yapmaya ihtiyaç kalmadan ilişki devam ettiği için burada kısmi butlanın “basit” olduğu kabul edilir⁸⁵⁴.

Böylece, sözleşme butlan yaptırımından en az zararla kurtarılmaktadır⁸⁵⁵. Çünkü, sözleşmenin bozuk ve sakat kısmı, BK.m.20/1 anlamında, butlanın bütün özellikleriyle ve tamamen batıl iken; sözleşmenin geri kalan kısımlarına hiçbir şekilde dokunulmamıştır⁸⁵⁶. Örneğin, kişinin ekonomik özgürlüğünü genel ahlâk kurallarına aykırı ihlal edecek seviyedeki bir rekabet yasağı şartı içeren sözleşme, bu kaydın batıl olmasına rağmen diğer kısımlarının geçerliliğini koruması halinde olduğu gibi⁸⁵⁷.

Basit kısmi butlan durumunda, korunan kısımlar sözleşmenin ilk halinden nitelik bakımından değil, yalnız nicelik bakımından farklıdır; dolayısıyla hakimin bu noktada yaptığı sakat kısımlar ile geçerliliğini koruyan kısımları birbirinden ayırmaktır⁸⁵⁸. Öte yandan, basit kısmi butlan örneklerine uygulamada çok sık rastlanmaz. Çünkü ya taraflar genel olarak sözleşmenin kalan kısımları ile ilişkiye devam etmeyi kabul etmezler ki bu durumda BK.m.20/I hükmü gereğince tam butlan uygulanır; ya da sakat kısımlarla ilgili bir düzenleme yapmışlardır ve bu durumda

⁸⁵³ Amaç mümkün olduğunda tarafları sözleşmeyi kurmaya iten menfaatlerine saygı göstererek; iradelerini ayakta tutabilmek ve bu yönde daha az zarar doğuracak biçimde bir yaptırım uygulamaktır. **Zufferey-Werro**, sh. 343.

⁸⁵⁴ İlk olarak *Gauch* tarafından ortaya atılan basit kısmi butlan fikri için ayrıca bkz. **Piotet**, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vices de consentement, RDS, 1957, sh.102.

⁸⁵⁵ **Zufferey-Werro**, sh. 343.

⁸⁵⁶ **Engel**, sh. 295; **Von Tuhr**, sh. 223.

⁸⁵⁷ Örnek için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 345; ayrıca sh. 306-307.

⁸⁵⁸ **Başpınar**, sh. 152. Ayrıca bkz. **Petitpierre**, sh. 76.

artık, tarafların farazi iradeleri sakat kısım olmadan da sözleşme ilişkisini devam ettirmek yönünde değildir dolayısıyla değiştirilmiş kısmi butlan söz konusu olacaktır⁸⁵⁹.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kalanı taraflar açısından varolma sebebini kaybetmediği sürece, basit kısmi butlan, genel ahlâk kuralları bakımından da uygulama alanı bulabilecek bir yaptırımdır. Her şeyden önce, genel ahlâk kurallarına aykırılığın (BK.m.19) hukuki sonucu BK.m.20 hükmünün ilk fıkrasında düzenlenmektedir ve bu durumda kısmi butlanı kaleme alan, maddenin ikinci fıkrasını düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak, şüphesiz ki kanun koyucunun iradesine ters düşer⁸⁶⁰. Kaldı ki zaten aykırılıklar sözleşmeden çıkarıldığı ölçüde zaten hukuki ilişki ayakta tutulacak ve böylece genel ahlâk kurallarının içerdiği temel hukuki değerler yönünden (§ 4, II) sağlanmak istenen koruma temin edilecektir.

Sözleşmelerin bölünebilirliği, genel ahlâka aykırılık kriterleri yönünden incelendiğinde, *Zufferey-Werro'nun* da haklı olarak belirttiği üzere, basit kısmi butlan, sadece “*tali edimler*” ve “*basit ifa modaliteleri*” bakımından uygulanabilir⁸⁶¹. (§ 7, I) Bunun dışında, “*asli edimler*” ya da “*sözleşmenin amacındaki*” genel ahlâka aykırılıklarda (§ 7, II), basit kısmi butlanın uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira kurulan sözleşmenin tipini belirleyen ve sözleşmenin

⁸⁵⁹ **Zufferey-Werro**, sh. 343, **Başpınar**, sh. 152.

⁸⁶⁰ Kaldı ki zaten genel ahlâk kurallarının korunması ile sözleşme özgürlüğü ilkesi arasındaki menfaat dengesini sağlayacak özeni göstermek hakimın görevidir. **Engel**, (*cent ans*), sh. 72; **Zufferey-Werro**, sh. 344.

⁸⁶¹ **Zufferey-Werro**, sh.344. Buna karşılık yazar, İsviçre Federal mahkemesinin basit kısmi butlanı açıkça uyguladığı genel ahlâka aykırı bir durumun bulunmadığını belirtmektedir. Ancak mahkemenin zımnî olarak müdahale ettiği veya edebileceği kararlar vardır. ATF 80/1954 II 333=JdT 1955 I 497.

esaslı noktalarını oluşturan bir unsurun sözleşme bütününden ayrılarak batıl sayılması; bunun dışında kalan sözleşme kısımlarının aynen ayakta tutulması mümkün değildir. Kaldı ki bu durumda zaten sözleşme ilişki kurulamayacaktır, çünkü tarafların karşılıklı ve fiili ya da hukuki olarak birbirine uygun olması gereken, iradeleri, en azından sözleşmenin objektif esaslı noktalarını kapsamak zorundadır. Aynı şekilde, sözleşmenin amacının genel ahlâka aykırı olması halinde de, yine basit kısmi butlan uygulama alanı bulamayacaktır. Çünkü bu durumda, artık genel ahlâk kurallarının ihlali, sözleşmeye ait özel bir hükümden değil, sözleşmenin bütününden kaynaklanır.

b) Değiştirilmiş Kısmi butlan (*Nuillite partielle modifiée*)

Değiştirilmiş kısmi butlan, sözleşmenin kamu yararı düşüncesiyle istenmeyen kısmının ikame bir kural ile değiştirilmesi ve bu yeni hükümle sözleşme ilişkisine devam edilmesini ifade eder⁸⁶². Açıkça BK.m.20/II hükmünde düzenlenmeyen bu kısmi butlan türü, de favor negotii ilkesine uygundur çünkü hakim tarafların farazi iradelerini de dikkate alarak, bizzat tespit ettiği bir hükmü ikame etmektedir⁸⁶³.

Değiştirilmiş kısmi butlanda, sözleşmenin istenmeyen kısmının yerini alacak olan ikame hükmün iki kaynağı olabilir. Bunlardan ilki *tarafların farazi iradeleridir* ve bu iradeler taraflar eğer sözleşmenin bu kısmının batıl olduğunu bilselerdi,

⁸⁶² Yine temeli *Gauch'a* dayanan bu anlayışta, yazar, aşağıda inceleyeceğimiz genişletilmiş kısım butlan (*nullité partielle élargie*) kavramına da yer vermektedir. **Zufferey-Werro**, sh.345, dipn. 52. **Tandoğan**, (*nullité*), sh. 95; **Tercier**, sh. 103; **Engel**, sh. 297; **Başpınar**, sh. 152. Ayrıca bkz. **Rouiller**, *Pots de vin, Absence de nullité du contrat obtenu au moyen de la corruption d'un fonctionnaire, invalidation sur un contrat de durée*, SJ 2004, I, sh. 34 vd.

⁸⁶³ **Zufferey-Werro**, sh. 345 ve sh.355. **Petitpierre**, sh. 77 vd; **Thévenaz**, sh.119.

kurmayı isteyecekleri içeriğe göre belirlenir. Ancak burada da farazi irade yine taraflara ait sübjektif bir değerlendirme ile değil; objektif olarak, makul ve dürüst sözleşme taraflarının iradelerinin güven teorisi çerçevesinde değerlendirilmesiyle belirlenir⁸⁶⁴. İkame kuralın ikinci kaynağı ise, *kanun hükümleri* olabilir. Sözleşmenin batıl olan kısmının yerini alacak bu emredici ya da tamamlayıcı hukuk kuralının, sözleşmenin kalanı ile uyum içinde olması şarttır⁸⁶⁵.

İkame kuralın söz konusu iki kaynağına göre, değiştirilmiş kısmi butlanın üç türü bulunur⁸⁶⁶.

- *Sözleşmenin sakat kısmının yerine emredici ya da tamamlayıcı bir hükmün geçmesi*: Sözleşmenin sakat kısmının yerine emredici bir hukuk kuralının geçmesi durumunda sözleşmenin istenmeyen kısmı batıldır ve tarafların farazi iradeleri hiç dikkate alınmadan, emredici hükümler ikame kural olarak yerlerini alırlar. Bu durumda, emredici hükmün niteliği gereğince, taraflar artık farazi iradelerini ileri sürerek sözleşmenin tam butlanını ya da basit kısmi butlanının ileri süremezler⁸⁶⁷. Emredici hükmün sözleşmenin sakat kısmının yerine geçmesi halinde hangi düzenlemenin bu kısmın yerini alacağını ise; ya sorumsuzluk anlaşmalarında olduğu gibi (BK.m. 99/I) bizzat kanun belirler ya da fahiş cezai

⁸⁶⁴ **Zufferey-Werro**, sh.345. Örn. ATF 107/1981 II 216=JdT 1982 I 66

⁸⁶⁵ Hürlimann'a göre bu düzenleyici hüküm, örf âdet hukukuna ya da hakimin takdir yetkisine göndermede bulunan bir düzenleme olabilir. **Zufferey-Werro**, sh.346, dipn.283.

⁸⁶⁶ **Başpınar**, sh. 154, dipn.29. Bazı yazarlar ise en yüksek haddi aşan sözleşmelerde en yüksek hadde indirimi basit kısmi butlan içinde ele almakta; bazıları ise nitelik ve nicelik ayırımı yapmakta; bu sebeple değiştirilmiş kısmi butlanın iki türü bulunduğunu düşünmektedirler. Örnek olarak **Zufferey-Werro**, sh.345-346.

⁸⁶⁷ **Sirmen**, sh. 122; **Tandoğan**, (nullité), sh. 83, **Başpınar**, sh. 154.

şart indirimindeki gibi (BK.m.161/III) bu imkan hakimın takdirine bırakılır⁸⁶⁸. (§ 7, III, C, 2, d) Sözleşmenin sakat kısmının yerine tamamlayıcı bir hukuk kuralının geçmesi durumunda ise, sözleşmenin istenmeyen kısmının yerini alacak emredici bir hukuk kuralı bulunmamakta ancak, bu kısım tamamlayıcı bir hüküm ile ikame edilebilmektedir. Artık, tamamlayıcı ikame hüküm, sözleşmenin geçerli olan diğer hükümleriyle aynı değer ve öneme sahiptir⁸⁶⁹. Örneğin, fesih hükümlerinin sakat olduğu bir sözleşme ilişkisinde, kanunda bulunan ve sözleşmeye uygulanabilir nitelikteki fesih hükümlerinin ikame edilmesinde olduğu gibi⁸⁷⁰. Öte yandan kanunda yer alan tamamlayıcı hukuk kuralları nitelikleri gereğince meseleye uygulanabilir değilse, bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi, hakimın tarafların farazi iradelerine göre tespit edeceği bir hükmü dikkate alması gerektiği görüşündedir. Örneğin, uzun süreli ya da belirsiz süreli sözleşmelerde yer alan fesih hükümlerinin, MK.m.23/II hükmüne paralel olarak özgürlükleri genel ahlâk kurallarına aykırı ihlali ettiğinde, Federal mahkeme tarafların farazi iradelerine bağlı olarak bazı süreler belirlemektedir⁸⁷¹. (§ 7, III, C, 2, b)

⁸⁶⁸ **Başpınar**, sh. 155 vd. Ayrıca sorumsuzluk anlaşmalarıyla ilgili bkz. **Erten**, Sorumsuzluk Şartları, Ankara, 1977; Cezai şart içinse yukarıda (§ 7, III, C, 2, d)

⁸⁶⁹ Bu durumda tamamlayıcı kural, maddi bir düzenleyici hüküm ya da örf adete veya hakimın takdir yetkisine göndermede bulunan bir hüküm olabilir. **Zufferey-Werro**, sh. 346.

⁸⁷⁰ **Başpınar**, sh. 159.

⁸⁷¹ Örneğin İsviçre Federal mahkemesi bir kararında, tek temsil durumundaki sözleşmeyi, fesih hakkı çok uzun süre ortadan kaldırıldığı için genel ahlâka aykırı bulmuş ticaretin yoluna konulması için ihtiyaç duyulan zamanı 3 yıl ve sermaye olarak yatırılacak kısmın ödenmesi ve hazırlık çalışmaları için de 5 yıl hesaplayarak; tarafların farazi iradelerin yaptığı gönderme ile hükmün butlanını bilselerdi 8 yıl için süre koyacaklarını kabul etmiştir. ATF 111/1985 II 30. Bir diğer kararında ise mahkeme, sözleşmenin yirmi yıllık bir süre için kurulduğunu kabul etmiştir. ATF 114 II 159. **Zufferey-Werro**, sh. 357-358. Buna karşılık mahkeme, 24.000 saatlik bir iş akdini, çalışma saatlerine böldüğünde sürenin 3-5 yıl sürdüğünü hesaplayarak genel ahlâka aykırı bulmamıştır. (sh. 396) Öte yandan, bizzat kanun koyucunun özel durumlardaki edimler için sağladığı bu imkandan yola çıkan kimi yazarlar bu konuda genel ilkeler çıkarılabileceğini kabul etmektedirler. Buna karşılık Tandoğan, özel durumları tek bir yasal hüküm temelinde düzenlemeyi ve bütün aşırı taahhütlerde indirime imkan vermeyi kıyas ya da tümevarım ile kabul edilebilir bulmaktadır. **Tandoğan**, sh.141 vd. Ayrıca bkz. **Thévenaz**, sh.120.

- *Sözleşmenin sakat kısmının yerine geçecek hükmü, hakim farazi iradelere göre belirlemesi*: İkame hüküm olarak somut olaya uygulanabilecek emredici ya da tamamlayıcı bir hukuk kuralı bulunmadığı durumlarda, hakim tarafların farazi iradelerini dikkate alarak ikame hükmü tespit edebilir. Ancak bu imkan, “eğer taraflar sakat kısmı bilselerdi, farazi iradeleri sözleşmeyi ikame bir hüküm ile yapmak yönünde” olacak idiyse mümkündür. Böylece sakatlığın subjektif esaslı noktalarına ilişkin olduğu durumlarda dahi sözleşmenin bütün olarak ayakta tutulabilmesi imkanı doğmaktadır⁸⁷². Elbette tarafların butlan anlaşması yapmamış olmaları da şarttır çünkü butlan anlaşmasının yapıldığı bir olayda artık tarafların farazi iradelerini araştırmaya gerek yoktur⁸⁷³.

- *En yüksek yasal hadde indirim*: TK.m.1466 hükmü en yüksek haddi aşan sözleşmeler yönünden, bu sınırı aşan sözleşmelerin, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacağını hükme bağlamakta ve bu durumlarda tam butlanın uygulanamayacağını açıkça düzenlemektedir⁸⁷⁴. Hukuki niteliği tartışmalı olan hüküm doktrindeki baskın görüşe paralel olarak, bizce de bir değiştirilmiş kısmi butlan türünü ve yasal bir indirim hükmüdür⁸⁷⁵ (*réduction*). Fakat burada söz

⁸⁷² Zufferey-Werro, sh. 345. Ayrıca bkz. Başpınar, sh. 161 vd.

⁸⁷³ Zufferey-Werro, sh. 343.

⁸⁷⁴ “Hukuki muamelelerin yasak edilmesinin ve edalarda en yüksek hadlerin aşılmasının neticeleri” başlıklı madde hükmü şu şekildedir “Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahiyyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.”

⁸⁷⁵ Türk hukukunda hükmün niteliğiyle ilgili iki temel görüş bulunmaktadır, kanuni tahvil ve kanuni indirim (*réduction*) görüşleri. Kanuni tahvil görüşüne göre, alacaklı durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek tam butlanı talep edemez, bu nedenle kısmi butlan değil tahvil uygulamasıdır. Bu konuda bkz. Başpınar, sh. 168, Kaneti, sh. 12-19; Petitpierre, sh.

konusu olan indirim, BK.m.20/II hükmünden değil, doğrudan kanun hükmünden temel alan, objektif bir indirimdir ve sözleşmenin karşı tarafının durumu dikkate alınmaz⁸⁷⁶. Böylece bilhassa “uzun süreli sözleşmelerde süre hükmü” (§ 7, III, C, 2, b)⁸⁷⁷, “aşırı faiz hükmü”⁸⁷⁸, “en yüksek fiyat hükümleri” (§ 7, III, C, 2, a) ve “genel ahlâka aykırı cezai şart hükümlerinin”⁸⁷⁹ (§ 7, III, C, 2, d) ihlallerinde,

76. **Guillod/Steffen**, (Commentaire Romand), sh.141. Ayrıca örnek İsviçre Federal mahkeme kararı olarak bkz. ATF 123 III 293, JdT 1998 I 587, ATF 120 1994 II, sh.35-42. Öte yandan üst sınırı aşan sözleşmeler ile gabinli sözleşmeler arasında da benzerlik bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu sözleşmeler gabinli sözleşmelerin bir alt türü gibi ele alınmamalıdır. Çünkü gabinde mutlaka miktarın rayiç değere göre aşırı olması gerekmez. Bir başka ifadeyle edimler arasındaki dengesizlik edimin rayiç değerinin çok altında olmasında da mümkündür. Bu konuda bkz. **Rieg**, sh. 194; **Hatemi**, sh.235 vd.

⁸⁷⁶ **Arkan**, sh. 84; **Başpınar**, sh. 168. Kaldı ki Hatemi’nin de haklı olarak belirttiği üzere, bir sözleşmenin niteliğini değiştirmeden kısmen geçerli saymak ve başka bir işleme çevirmek birbirinden farklı meselelerdir. **Hatemi**, sh. 213. Öte yandan İsviçre hukukunda ise bu konuda üç temel görüş yer alır. Bunlardan ilkinde göre, en yüksek haddi aşan meselelerde kısmi butlan uygulanamaz çünkü bu kısım sözleşmenin sadece bir kısmının bir bölümüdür ve dolayısıyla alt bölümlerin kısmi butlanı mümkün değildir, tam butlan uygulanmalıdır. Diğer görüşe göre, sözleşme sakatlıktan etkilenen ve etkilenmeyen kısımlara ayrılmalıdır. Dolayısıyla bölünebilir sözleşmeden maddenin kastettiği de zaten hükümleri bölünebilir olan sözleşmelerdir. Nihayet son görüşe göre ise, tarafların farazi iradelerine göre yorum yapılmalıdır. Bu konularda bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 346, özellikle dipn.60; **Tandoğan**, (nullité), sh. 61 vd, sh. 121 vd; **Piotet**, sh. 105; **Başpınar**, sh. 163 vd.

⁸⁷⁷ Ancak burada asıl mesele, sözleşme ilişkisi için “*kabul edilebilir olan makul sürenin butlan ileri sürüldüğünde geçirilmiş olması*” durumunda doğar. **Cherpillod**, bu durumda tarafların sözleşmeyi feshetme haklarının bulunduğunu kabul etmektedir. Bütün aşırı süreli sözleşmelerin feshedilmesini kabul etme görüşü bugün gerek İsviçre’de gerekse bizim hukuk sistemimizde bırakılır. Sonuç olarak kabul etmek gerekir ki, bir fiili sözleşme ilişkisinin doğması, temel edim artık kabul edilemez olduğunda ya da taraflardan biri sözleşmenin butlanını ileri sürene kadar yani iradesinin artık karşı tarafı bağlamasını istemediği anda ortaya çıkar. Böylece MK.m.23/II hükmüne bağlı özgürlüklerin, somut olaya göre değişebilecek yaptırımlara sahip olması da engellenebilecektir. **Cherpillod**, sh.27 vd; **Deschenaux/Steinauer**, sh.95; **Engel**, sh. 95; **Thévenaz**, sh. 122 vd;

⁸⁷⁸ **Serozan**, (ifa), sh. 107 vd.

⁸⁷⁹ Cezai şart anlaşması, bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmeyi oluşturan bireysel anlaşmalardan biri olduğundan, miktarın genel ahlâka uygun kısmı ve uygun olmayan kısmı şeklinde ayrılması; ardından genel ahlâka aykırılık yaratan bölümün BK.m.20/II hükmüne paralel basit kısmi butlanla sonuçlandırılması mümkün değildir. Bu nedenle kararlaştırılan bir cezai şart hükmü ancak tam butlan ile ve bütünüyle sakat olabilir. Buna karşılık fahiş cezai şarttan farklı olan; genel ahlâka aykırı cezai şartta doktrin ve yargı kararlarına paralel indirim yapılması mümkündür. İşte bu indirim imkanı ise, gerekçesini basit kısmi butlan hükümlerinden değil, en yüksek yasal hadde indirimi imkanına bağlı değiştirilmiş kısmi butlan hükümlerinden alır. (TK.m.1466) Buna karşılık fahiş cezai şart yönünden indirim imkanı ise, sözleşmenin sakat kısmının yerine emredici bir hükmün geçmesi (BK.m.161/III) ile doğan değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımına tabidir. Bu konuda ayrıca TK.m.24 hükmünü dürüstlük kurallarına uygun yorumlayarak, gerçek olmayan bir kanun boşluğu bulunması sebebiyle MK.m.1’e dayalı konacak olan kural ile cezai şartın bütünü batıl saymayıp, TTK.m.1466’ya uygun indirim yolu seçilmesi görüşü için bkz. **Hatemi**, sh. 221 vd, dipn.113.

yasal sınıra indirim imkanı bu kısmi butlan uygulaması ile mümkün olmaktadır⁸⁸⁰.

Değiştirilmiş kısmi butlan, genel ahlâka aykırılıklar yönünden; *nicelik* bakımından (*quantitative*) özellikler taşıyan meselelerde uygulanabilir: Bunlar da ya kararlaştırılan edimden (§ 7, I) ya da taahhüdün yoğunluğu, süresi gibi kriterle borçlunun özgürlüklerinin aşırı ihlalinden (§ 7, III) temel alırlar⁸⁸¹. Zaten daha önce de belirttiğimiz gibi, bilhassa borçlunun özgürlükleri genel ahlâka aykırı olarak aşırı ihlali edildiğinde butlan kaçınılmaz bir yaptırımdır. (BK.m.20) Çünkü bu tür durumlarda, zaman zaman hakim in re'sen müdahale etmesi gereken sorunlar da doğabilmektedir. Buna karşılık, genel ahlâk kurallarının korunması, her zaman için sözleşmenin tamamen geçersiz olmasını yani tam butlanı gerektirmez. Zira, bu durumlarda genel ahlâk kuralları yönünden önemli olan özgürlüklerdeki ihlalin aşırı olmasıdır ve eğer bu aşırı nitelik taşıyan hüküm ortadan kaldırılarak, sözleşmenin devamı sağlanabiliyorsa, kısmi butlanın uygulanması “favor negotii” kuralına paralel olarak tercih edilecektir. (BK.m.20/II) İşte bu noktada uygulanacak kısmi butlanın türü, nicelik bakımından edimin, farazi iradelere paralel olarak; uygun bir sınıra indirilebilmesine ya da emredici veya tamamlayıcı bir hukuk kuralı ile ikame edilmesine imkan veriyor ise, değiştirilmiş kısmi butlandır. Böylece hem butlan yaptırımının amacı⁸⁸², hem de irade özerkliğinin taraf iradelerine maksimum saygıyı

⁸⁸⁰ **Zufferey-Werro**, sh. 355, sh. 357. Örneğin, Bir İsviçre Federal mahkeme kararında, yüzde 26 faiz şartı sebebiyle genel ahlâka aykırı bulduğu ödünç sözleşmesinde bu oranı yüzde 18'e indirmiştir. (ATF 93/1967 II 189, JdT 1969 I 530). Öte yandan yazar, değiştirilmiş kısmi butlanın, genel ahlâka aykırılığı kurmak için yeterli bir kriter olarak ele alındığı durumlarda, edimler arası eşitsizliklere de uygulanabileceği ve eşit olmayan edimlerden birinin indirimi ile ortadan kaldırılacağı görüşündedir. (sh. 356) Aynı yönde bkz. **Guillod/Steffen**, (Commentaire Romand), sh. 141.

⁸⁸¹ **Zufferey-Werro**, sh. 354.

⁸⁸² *Sistematik* olarak; değiştirilmiş kısmi butlan sistemi, genel ahlâka aykırı bütün sözleşmelere uygulanan yaptırımı düzenleyen BK.m.20 hükmünü korumayı sağlar. Hüküm, butlanı tanımlamaz;

temin etme amacı sağlanır⁸⁸³. Öte yandan belirtmek gerekir ki, değiştirilmiş kısmı butlan, tarafların farazi iradelerine uygun olacaktır; çünkü bu iradeler; dürüst ve makul sözleşme taraflarının, genel ahlâk kurallarını ihlal etmeyen bir sözleşme ilişkisi kurma isteklerine dayanır⁸⁸⁴.

c) Genişletilmiş Kısmi Butlan (*Nullité partielle élargie*)

Genişletilmiş kısmi butlan; tarafların farazi iradelerinden sözleşmenin bir kısmına ilişkin sakatlığın bu kısım olmaksızın geçerli kısımlardan bazılarının da yapılmayacağı sonucuna varılarak, sakat kısım ile birlikte geçerli bazı kısımlarında batıl sayılmasını kabul eden kısmi butlan türüdür⁸⁸⁵. Aslında tarafların farazi iradeleri sözleşmenin geçerli kısımlarını ayakta tutulup korunması yönündedir ancak bazı geçerli bölümler batıl olan kısım ile birlikte taraflar için anlamını kaybetmiştir.

Genişletilmiş kısmi butlanda da, tıpkı diğer kısmi butlan türlerinden olduğu gibi aslında amaç mümkün olduğunca taraf iradelerine uygun olarak sözleşmeyi ayakta tutmaktır. Gerçekten, bir kısmı sakat olan sözleşmenin tam butlanının

kanun koyucu tarafından açıkça öngörülen indirim hallerinden esinlenerek maddeyi, amacı lehine yorumlamak için hiçbir engel yoktur. **Piotet**, sh. 97 vd. Öte yandan, **Bucher**, ise indirim ilkesini onaylamakla birlikte, BK.m.20 hükmü dışında, MK.m.23/II (CC.m.27/II) hükmüne bağlı, borçluya sağlanan bir “exceptio” şeklinde değerlendirmektedir. Bu tür bir değerlendirme Zufferey-Werro’nun da haklı olarak eleştirdiği üzere tartışmaya açıktır. Çünkü, daha önce de açıkladığımız üzere BK.m.20 ve MK.m.23/II hükümleri arasındaki şekli ayırım, sadece kanunlaştırmaların gelişiminden kaynaklanır. Bunun dışında kanun koyucunun bilinçli bir iradesi yoktur. Eski İsviçre Borçlar Kanunun 17 inci maddesi, borçlunun özgürlüğüne aykırılık taşıyan durumlara da uygulanmakta idi. Bu nedenle değiştirilmiş kısmi butlan sadece genel ahlâka MK.m.23/II anlamında aykırı olan taahhütlere uygulanmaz, aynı zamanda nicelik olarak aşırı olan ve tam olarak MK.m.23/II kapsamına girmeyen edimlere sahip sözleşmelere de uygulanır; borçlu lehine “exceptio” sistemi çok sınırlıdır: taahhüdünün ekonomik özelliği onu mutlak kılmaz ve sadece alacaklıya, edimini ifadan kaçınmayı sağlamak amacıyla, butlandan yararlanma imkanı verir. Bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 356.

⁸⁸³ **Thévenaz**, sh.120.

⁸⁸⁴ **Zufferey-Werro**, sh.355.

⁸⁸⁵ **Tandoğan**, (nullité), sh. 95; **Piotet**, sh. 102; **Başpınar**, sh. 172.

istemedikleri takdirde kısmi sakatlığı sözleşmenin tamamına yaymak yada sözleşme sakat kısım olmadan da yapılamayacak iken, sakatlığı bu kısım ile sınırlı tutmak için haklı bir neden bulunamaz; bu nedenle her iki durumu dengelemek amacıyla genişletilmiş kısmi butlan kabul edilmiştir⁸⁸⁶.

Genişletilmiş kısmi butlan durumunda, tarafların sakat kısım olmaksızın sözleşmenin hangi geçerli kısımlarını da yapmak istemeyeceklerini belirleyecek olan kişi yine hakimdir. Hakim bu değerlendirmeyi tarafların farazi iradelerine göre yani objektif değerlendirmeleri esas alarak yapmalıdır.

Tıpkı basit kısmi butlanda olduğu gibi genişletilmiş kısmi butlan da, sadece “tali edimler” ve “basit ifa modaliteleri” bakımından uygulanabilir. (§ 7, I) Bunun dışında, “asli edimler” ya da “sözleşmenin amacındaki” genel ahlâka aykırılıklarda (§ 7, II), genişletilmiş kısmi butlan uygulama alanı bulamaz. Diğer yandan, kanaatimizce genel ahlâk aykırılık sebebiyle batıl olan kısım yanında, geçerli olmasına rağmen hakimin butlanına karar vereceği kısımlar da aynı şekilde tali edimler ve ifa modaliteleriyle sınırlı olmalıdır. Zaten sözleşmenin geçerli kısımlarının muhafaza edilebilmesi için, bu kısımların tek başlarına bir hukuki işlem olarak kabul edilebilecek unsurları taşıması gerekir; aksi halde sözleşme tam butlan ile geçersiz olacaktır⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ Başpınar, sh. 173.

⁸⁸⁷ Başpınar, sh. 174. Ayrıca bir meselede genişletilmiş kısmi butlan ile değiştirilmiş kısmi butlanın aynı anda bulunması sorunuyla ilgili de bkz. sh. 174-175.

C) MK.m.23/II Hüküm Çerçevesinde Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmelere Uygulanacak Yaptırım Meselesi

BK.m.20/I hükmü, içeriği imkansız, hukuka ya da genel ahlâka aykırı olan sözleşmelerin yaptırımını butlan olarak belirlemekte; buna karşılık “kişi özgürlüklerinin genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlanamayacağını” hükme bağlayan MK.m.23/II’nin yaptırımını açıkça düzenlememektedir. Bu durum, bilhassa İsviçre’de tartışılmış ve özellikle 1979 yılında, *Eugen Bucher’in* doktrindeki baskın görüşün aksine ürettiği teori ile tartışmalar farklı bir boyuta taşınmıştır. Bu konuda biz de öncelikle doktrindeki görüşleri verdikten sonra kendi görüşümüzü açıklamayı uygun bulmaktayız.

1) Klasik Görüş: Butlan

Doktrinde bugün hala en fazla taraftar bulan görüş, MK.m.23/II hükmüne aykırı olan, yani kişi özgürlüklerini genel ahlâka aykırı sınırlayan tüm taahhütlerin, Borçlar Kanununun 20 inci maddesi gereğince batıl oldukları yönündedir⁸⁸⁸. Bu görüş taraftarı yazarlar öncelikle emredici bir hukuk kuralına aykırı olan bütün sözleşmelerin (BK.m.19/2) hukuka aykırı olduğu ve hukuka aykırılığın yaptırımının ise butlan (BK.m.20/1) olduğu fikrinden hareket ile; emredici olan MK.m.23/II’e aykırı taahhütlerin de batıl olduklarını ileri sürmektedirler⁸⁸⁹.

⁸⁸⁸ Engel, sh. 285 vd; Tercier, sh. 107; Kapler, sh. 158; A.Bucher, sh. 124; Deschenaux/Steinauer, sh. 100; Zufferey-Werro, sh. 60; Thévenaz, sh. 105; Guggenheim, sh.93 ve 114; Lévy, sh.100; Brosset, sh.12; Von Tuhr, sh. 251; Eren, sh.302; Kılıçoğlu, sh. 66 vd; Oğuzman/Öz, sh. 74; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.393; Hatemi, sh.217 vd; Akipek/Akıntürk, sh. 395 vd; Başpınar, sh.141.

⁸⁸⁹ A.Bucher, sh. 124-125.

Öte yandan, kişilik haklarına aykırı rıza ya da taahhüt bir sözleşmeye konu olduğunda artık bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı Borçlar Kanununda sözleşmenin geçerlilik koşullarıyla ilgili olacağından kanun koyucu bu durumu zaten, BK.m.19'da düzenlemektedir⁸⁹⁰. İşte bu noktada, BK.m.20/I'in göndermede bulunduğu sözleşme içeriği kavramı, geniş yorumlanmalı ve taraflara ait taahhütleri de kapsamalıdır⁸⁹¹. (§ 6, I) Bu anlamda MK.m.23/II ve BK.m.20/1 hükümlerinde göndermede bulunan genel ahlâk kuralları aslında aynı içeriğe sahiptirler.

Dolayısıyla, MK.m.23/II hükmüne aykırı taahhütler de somut meseleye göre tam butlan ya da kısmi butlan yaptırımına tabi olacaklardır. (§ 8, I, B) Bilhassa tam butlan konusunda, özgürlükleri sınırlanan tarafın iradesine aykırı olarak, MK.m.23/II ve BK.m.20/I'in amacı, karşı tarafın genel ahlâka aykırılık nedeniyle butlanı ileri sürmesini ve hakim de bu butlanı re'sen göz önünde tutmasını gerektirmiyorsa sözleşme geçerliliğini korumalıdır. Dolayısıyla her somut olayda, MK.m.23/II hükmü ile BK.m.20/I düzenlemesi bir arada göz önünde tutulmalı ve bunların koruma amaçları tespit edilmelidir. Bu inceleme sonucunda özgürlüğü kısıtlanan kişinin korunduğu sonucu çıkıyorsa, bu taraf istemedikçe sözleşmenin karşı tarafına ait butlan iddiası kabul edilmemelidir⁸⁹².

⁸⁹⁰ Kılıçoğlu, sh. 67.

⁸⁹¹ Zufferey-Werro, sh. 60 vd.

⁸⁹² İhlal edilen normun koruma amacından hareket eden bu görüş, MK.m.23/II ile BK.m.20/I arasında bu anlamda bir çelişki olmadığını ve MK.m.23/II hükmüne giren sözleşmelerin de BK.m.20/I'e tabi olmasının bir sakınca doğurmayacağı sonucuna varmaktadır. Von Tuhr, sh. 251; Eren, sh. 302-303; Zufferey-Werro, sh. 353; Başpınar, sh. 141-142.

2) Nisbi Butlan (İptal) Görüşü

Klasik doktrinin bu görüşünün aksine, *Eugen Bucher*, MK.m.23/II hükmü ile BK.m.20/I hükmünde yer alan genel ahlâk kuralı kavramlarının aynı anlamda kullanılmadığını; BK.m.20'nin “*genel menfaatleri ve kamu yararını*”; buna karşılık, MK.m.23/II hükmünün ise “*kişi özgürlüklerini*” teminat altına almaya yönelik olduğu görüşündedir. Bu noktadan hareket eden yazar; genel ahlâk aykırı olarak kişi özgürlüklerini ihlal eden taahhütlerin BK.m.20/I hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunur ve butlan yaptırımını başlıca şu gerekçelerle eleştirir⁸⁹³:

Öncelikle, butlan yaptırımında kanunun korumak istediği kişi, sözleşme ilişkisine devam etmek istese dahi, sözleşme hüküm ve sonuç doğurmayacak ve batıl olacaktır. Üstelik butlanı herkes ileri sürebileceğinden, kişilik hakları ihlal edilen dışında, taahhüdü talep hakkı bulunan kişi de sözleşmenin butlanını ileri sürebilecektir. Bu durum her şeyden önce, hükümlerin koruma amacına ters düşer. Kaldı ki butlan ile sözleşme baştan itibaren geçersiz olduğundan; sözleşmenin kurulmasından sonra değişen ve gelişen şartlara bağlı, alacaklının ifayı talep hakkının doğabileceği ihtimalleri dikkate alınmaz. Oysa ki, yazara göre asıl belirleyici olan budur⁸⁹⁴. Aynı şekilde, batıl olan sözleşmenin belli bir zaman önce

⁸⁹³ **E.Bucher**; *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Zürich, 1979, sh.265 vd. Yazar daha sonra bu görüşünü iki aşamalı olarak; öncelikle yayınladığı bir makale ile; *Für mehr Aktikonendenken*, AcP 1986, sh.1 vd (özel olarak sh.24 vd) ardından; yayınladığı *Commentaire bernois* içinde, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kommentar zu Art.27 ZGB*, Berne, 1993. N.523 vd (özel olarak, N.566-571, art.27 CC) ile geliştirmiştir. Ayrıca bu konuda bkz. **Thévenaz**,sh. 108 vd; **Deschenaux/Steinauer**, sh.94; **Zufferey-Werro**, sh. 60-61 ve sh. 363; **Eren**, sh. 302; **Başpınar**, sh.141.

⁸⁹⁴ Yazara göre asıl belirleyici olan, in abstracto borçların doğum anında göz önünde bulundurulacak durumlar değil, sözleşme kurulduktan sonra değişen ve gelişen şartlara bağlı edimin ifa edilmesi

ifa edilmiş olması pratik sorunlar doğurabilir ki bu durumlarda MK.m.2 hükmü ile fiili durum sözleşmeleri (*contrat de fait*) kavramlarına göndermede bulunmak gerekir⁸⁹⁵.

Bucher'e göre, butlan yaptırımının sakıncalarının kısmi butlan ile düzeltilmeye çalışılması da sakıncalar doğurabilir. Yazar bu durumu iki temel gerekçeye dayanır: Öncelikle, sözleşme ilişkisi her iki tarafın da aynı hükümlere tabi olduğu bir sistemdir; o halde bu ilkedan bağımsız olarak sözleşmenin bazı kısımlarının, hükme tabi tek taraf varmış gibi butlanına karar vermek; böylelikle örneğin bir sözleşmenin süresini azaltmak ya da rekabet yasağında olduğu gibi coğrafi alanı daraltmak mümkün değildir. Üstelik, kısmi butlan, bir borcun kapsamını azaltarak sözleşmenin kalanını geçerli kabul ettiğinde sözleşme dengesini de sona erdirmektedir⁸⁹⁶.

Aslında Bucher'in teorisinin hareket noktası, “aykırılıkları kesin olarak yasaklanan taahhütler” ile “aşırılıkları istenmeyen taahhütlerin” birbirinden ayrılmalıdır. Buna göre, insan onuru bakımından, özel olarak korunmaları gereken menfaatler söz konusu olduğunda; özgürlüklere karşı hiçbir aykırılık, yoğunlukları ne olursa olsun, kabul edilemez. Bu menfaatler dışındaki durumlarda ise,

gereken durumlardır. E.Bucher, n.546 ve n.552. Buna karşılık özgürlükler bakımından bu durum taahhüdün ex tunc geçerliliğine karar vermek anlamında borç doğurmaz, sadece ex nunc sonuçlar önemlidir. Dolayısıyla CO.m.20 hükmü sözleşmenin geriye doğru (ex tunc) sakatlığına yol açarken; CC.m.27 hükmü sözleşmenin ileriye doğru sakatlığına (ex nunc) sebep olur. (n.549 ve n.552) Ayrıca bkz. Thévenaz, sh.108 vd; Zufferey-Werro, sh. 58 vd.

⁸⁹⁵ E.Bucher, n.549. Thévenaz, sh.109. Buna karşılık fiili sözleşme ilişkileri kavramı ve kuramına günümüzde artık ihtiyaç duyulmamaktadır. Çünkü teorisinin çözüm aradığı meseleler, butlan yaptırımının amaca uygun daraltılması (téléologique réduction) ile çözüme bağlanmaktadır. Bu konuda bkz. Serozan, sh. 317.

⁸⁹⁶ E.Bucher, n.553, N.557; Thévenaz, sh.109.

özgürlüklerdeki aşırılıklar ile mücadele etmek gerekir⁸⁹⁷. Her ne kadar yazar bu noktada, kamu yararı düşüncesiyle korunan ve kesin olarak yasaklanan taahhütler bakımından bunların batıl olduklarını kabul etse de; yaptırımın kaynağının BK.m.20 hükmü olmadığını; bizzat MK.m.27/II'den doğduğunu; böylece sadece özgürlüğü ihlal edilen kişinin yararlanabileceği tek tarafa ait, nisbi bir butlan hakkının varolduğunu kabul eder⁸⁹⁸. Buna karşılık, aşırılıkları sebebiyle kabul edilemez taahhütler bakımındansa, yazar sadece özgürlüğü ihlal edilen kişi lehine sözleşmeyi iptal etme hakkının bulunduğu ve hakkın kullanım süresinin de hakim tarafından belirlenmesi gerektiği görüşündedir⁸⁹⁹.

Diğer yandan, *E.Bucher'in* bu görüşünü birebir desteklememekle birlikte, *Zufferey-Werro* ve *Koller* gibi bazı yazarlar, BK.m.20'nin butlanın türünü açıklamamasından yola çıkarak, bir tek durumda, karşı tarafının geçersizliği ileri sürerek sözleşmeyi ifadan kaçınabilmesinin; hakkaniyete ve MK.m.23/II'nin amacına aykırı olacağı; bu nedenle, butlanı ileri sürme hakkının sadece özgürlüğü ihlal edilen tarafa ait olması gerektiği görüşündedirler⁹⁰⁰. Bu yazarlar, farklı genel ahlâka aykırı sözleşme kriterleri içinden, “taahhüdün gereği gibi ifasının” genel ahlâk kurallarına aykırı olması durumunda tam (mutlak) butlanın uygulanamayacağını ve

⁸⁹⁷ **E.Bucher**, n.114; **Thévenaz**, sh.110.

⁸⁹⁸ **E.Bucher**, n.126; N.523; **Thévenaz**, sh.110.

⁸⁹⁹ Bucher'e göre, iptal hakkının sadece özgürlüğü ihlal edilen kişiye tanınması, tarafların farazi iradelerine saygıyı daha çok tatmin edecektir. Eğer iradelerindeki uyumsuzluğu bilmiyor olsalardı, sözleşmenin tamamen batıl olmasından ziyade, edimlerin kabul edilebilir ölçülere indirilmesini isteyecekleri, kabul edilebilir. (favor negotii) **E.Bucher**, n.532, ve n.567. Dolayısıyla iptal hakkı, sözleşme adaletinin sağlanmasında bir istisna gibi uygulanacaktır. Bu durum MK.m.2 ve hakkın kötüye kullanımı üzerine de kurulabilir ancak, bu kabul edilemez. Çünkü CC.m. 27/2 hükmü, hakkın kötüye kullanımının, özel bir durum içinde ortaya çıkışı gibi kabul edilmektedir. Bu bakış açısıyla, CC.m.27/2 hükmü kendi kendine yeter ve iptal hakkı da kendisinden doğar. **E.Bucher**, n.217, n.534, n.571; **Thévenaz**, sh.111.

⁹⁰⁰ **Zufferey-Werro**, sh. 352 vd; **Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band I, Berne, 1996, sh.230 vd. Ayrıca bkz. **Thévenaz**, sh. 107.

bu durumda, hakkaniyet gereği nisbi butlanın (iptal kabiliyeti) uygulanması gerektiğini savunurlar. Bilhassa vücut bütünlüğünü, karar özgürlüğünü ya da cinsel özgürlüğünü ortaya koyan taahhütler yönünden durum böyledir. Bu durumda borç altına giren kişi taahhüdünü geçersiz kılabilmelidir çünkü, taahhüde uygun (gereği gibi) ifa, çok kişisel bir hukuki menfaati içerir. Öte yandan, her iki yazar da, bütün sözleşmeyi geçersiz kılacak kadar önemli olan ve bu sebeple taahhüdün yoğunluğundan bağımsız olarak genel ahlâk kurallarına aykırı kabul edilen durumlarda bu imkanı sınırlamaktadırlar. Buna karşılık *Deschenaux/Steinauer* ise MK.m.23/II hükmüne aykırılık taşıyan bütün durumlarda nisbi butlan (iptal) çözümünü önermektedir⁹⁰¹.

Bu noktada belirtmek isteriz ki İsviçre Federal mahkemesinin söz konusu yazarların önerileri doğrultusunda verilmiş bir kararı bulunmamaktadır. Mahkeme içtihatların edimin gereği gibi ifasında kabul edilebilir taahhütler ile aşırı olan taahhütleri ayırmadığı görülür.

3) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Öncelikle meseleye, mehzaz İsviçre Borçlar Kanununun tarihi gelişimi açısından baktığımızda; yukarıda da açıkladığımız üzere (§ 5, *III*) 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanununda kişilik hakları kavramının ayrıca düzenlenmediği görülür. Bu dönemde İsviçre Federal Mahkemesi, kanunun 17 inci maddesine paralel

⁹⁰¹ **Deschenaux/Steinauer**, sh. 94. Aynı yönde **Honsell/Vogt/Schnyder**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Bale et Francfort-sur-le-Main, 1996, içinde; **Huguenin**, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfängliches Vertragsmangel, Berne, 1984, sh. 47 vd.

olarak; “*tarafardan birinin özgürlüğüne aşırı aykırılık taşıyan taahhütlerin, genel ahlâk kurallarını ihlal ettikleri ve bu nedenle batıl olduklarını*” açıkça hükme bağlamış ve CC.m.27 (MK.m.23) ile CO.m.20’nin (BK.m.20) kaynaklarının da bu anlamda ortak olduğunu belirtmiştir⁹⁰². Dolayısıyla her şeyden önce iki hüküm arasında organik bir bağ vardır ve gerek BK.m.19 gerek MK.m.23 hükümlerine aynı yaptırımını uygulamak gerekir.

Diğer yandan, A.Bucher’in de haklı olarak belirttiği üzere; BK.m.19/II hükmü emredici hukuk kurallarına aykırı bütün sözleşmelerin hukuka aykırı ve dolayısıyla BK.m.20/I hükmü gereğince batıl olduklarını düzenler. Kişilik hakları da emredici hükümler olduğundan, MK.m.23/II düzenlemesine aykırı her türlü taahhüt de batıl kabul edilmelidir. Kaldı ki zaten taraflardan birinin özgürlüğüne kabul edilemez bir aykırılık taşıyan sözleşme, bizzat kendisi genel ahlâk kurallarına aykırı ve dolayısıyla BK.m.20/I hükmü gereğince batıldır⁹⁰³.

Daha öncede açıkladığımız üzere, BK.m.20 hükmünde yer alan sözleşmelerin “mevzuu” kavramı her ne kadar sözleşmeye ait “konuyu” açıklasa da, aslında daha kapsamlı olan ve tarafların açık ya da örtülü iradelerinin üzerinde uyduğu tüm

⁹⁰² **Zufferey-Werro**, sh.54 vd. İsviçre Federal Mahkemesi açıkça bu durumu 1914 yılında bir kararında şu şekilde açıklamaktaydı: “öncelikle belirtmek gerekir ki CO.m20’de yer alan genel ahlâka aykırılık ile Eski Federal Borçlar Kanunun 17 inci maddesinde yer alan ahlâka aykırılık (immorale) veya CCK.m27 hükmündeki genel ahlâka aykırılık aynı anlamdadır. Hiçbir şüpheye yer vermeden sonuç olarak, hukuki anlamda ahlaki olmayan ne olduğunu bulmak söz konusudur, ne eski FederalBorçlar Kanunu yenisinin karşısında uyarlanmak istenmiş; ne de metinler veya Medenî Kanun ile arada bir fark yaratılmak amaçlanmıştır. Çıkış noktası bu olduğundan, CO.m.20 ve CC.m.27 hükümlerinde üzerinde durulan aynıdır. Eğer bundan sonra, saldırlan anlaşmanın borçlunun özgürlüğünü CC.m.27 anlamında “genel ahlâka aykırı şekilde” sınırlamadığı kabul edilirse, sözleşme de bu anlamda CO.m.20 anlamında sınırlanmayacaktır” ATF 40/1914 II 233 (238)=JdT 1915 I 71 (76) Ayrıca daha önceki kararlara örn: ATF 17, sh.717 vd=JdT 1892, sh.116 vd; ATF 23, sh.739=JdT 1898, sh.239 VD; ATF 25 II 450. Ayrıca bkz. **Reichard**, sh.11 vd.

⁹⁰³ Bu gerekçelendirmeyi ilk yapan *Andreas Bucher* olmuştur. **A.Bucher**, “Personnes physiques et protection de la personnalité, Bale et Francfort-sur-le-main, 1995, sh. 124.

hükümleri yani sözleşmenin içeriğini ifade eder. (§ 6, I) Bu sebeple BK.m.19 hükmü çerçevesinde genel ahlâk kuralları denetimi de bu içerik üzerinden; yani sadece sözleşmeye konu edimleri değil (§ 7, I), sözleşmenin amacını (§ 7, II) ve içeriğindeki taahhütleri de (§ 7, III) kapsayacak şekilde geniş anlamı ile yapılır. Dolayısıyla kişi özgürlüklerini konu alan taahhütlerde, artık içinde bulundukları sözleşme ilişkisi içinde ve BK.m.20 hükmü çerçevesinde değerlendirileceklerdir⁹⁰⁴.

Yukarıda da incelediğimiz üzere, genel ahlâk kuralları ile korunan temel hukuki değerler incelendiğinde (§ 4, II, B); MK.m.23/II hükmünde düzenlenen özgürlüklerin aslında kamu yararı düşüncesiyle, genel ahlâk kurallarının içerdiği değerlerden biri olduğu görülür. Çünkü bireysel özgürlükler her ne kadar kişilere ait gibi görünseler de aslında, toplumun düzenli işleyebilmesi için, ihtiyaç duyulan unsurlardandır. Dolayısıyla MK.m.23/II hükmüyle birey özgürlükleri korunurken aslında kamu yararı düşüncesiyle genel bir menfaat de korunmaktadır ve bu menfaat genel ahlâk kurallarının içeriğine dahil olan temel hukuki menfaatlerden biridir. Bu sebeple kamu yararı ve genel menfaatler söz konusu olduğunda, toplumdaki düzeni sağlayacak olan yaptırım, zaten her iki hüküm için de butlan olmalıdır⁹⁰⁵.

Kaldı ki, bazı durumlarda sözleşmedeki zayıf tarafın gerçekten korunabilmesi adına, bu incelemenin hakim tarafından da re'sen yapılabilmesi imkanına ihtiyaç

⁹⁰⁴ Buna karşılık *E.Bucher*, sözleşmenin içeriğini taahhütleri kapsamadığını; CC.m.27/II hükmünün sadece kendiliğinden kabul edilebilir bir davranışa sahip olmak için taahhütte bulunulduğunda uygulanabileceğini kabul etmektedir. Oysa bu durum her şeyden önce İsviçre Borçlar Kanununun 20 inci maddesinin, Almanca metninin taşıdığı anlama terstir. Bu metin hangi unsurlarda genel ahlâka aykırılık bulunması gerektiğini belirtmemektedir. ATF 38/1912 II 107=JdT 1913 I 34; ATF 53/1927 II 317=JdT 1928 I 6; ATF 97/1971 II 108=JdT 1972 I 648. Bu konuda bkz. **Zufferey-Werro**, sh.61.

⁹⁰⁵ Aslında korunan değerlerin önemi butlan yaptırımına bağlanmayı gerektirmektedir. Zaten hukuk sisteminin tanıdığı farklı geçersizlik türleri içinde, bu ortak menfaati sağlamaya en uygun yaptırım da budur. **Tandoğan**, sh.25; **Engel**, sh.205; **Guggenheim**, sh.93 ve 114.

vardır ve bunu sağlayabilecek olan yaptırım da yine butlandır⁹⁰⁶. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, genellikle *kısmi butlan* çözümleriyle hem tarafların farazi iradelerine bağlı menfaat dengeleri sağlanabilir, hem de bu şekilde özgürlükleri ihlal edilen kişiye ait olan söz konusu talep imkanıyla, tam butlanın doğurabileceği haksızlıklar engellenebilir⁹⁰⁷. (§ 8, I, B, 2)

Sonuç olarak, kanaatimizce E.Bucher'in aksine, gerek MK.m.23, gerek BK.m.19 hükümleri kapsamında değerlendirilen genel ahlâk kurallı kavramları farklı içeriklere sahip değildir. Aralarındaki fark, MK.m.23'ün kişilik haklarının; buna karşılık BK.m.19'un ise genel olarak sözleşme içeriğinin genel ahlâka aykırı sınırlandırılmasında uygulanmalarıdır. *Dolayısıyla her iki hükme aykırılık da BK.m.20 yaptırımına tabidir ve bu yaptırım somut meseleye göre kendisini, tam butlan ya da kısmi butlan şeklinde gösterebilir.* (§ 8, I)

Buna karşılık, doğal olan, kişilik hakları ihlal edilen tarafın, yapılan hukuki işlemin butlanını ileri sürmesidir, yoksa ihlal eden tarafın değil. Aynı şekilde, kişi özgürlüklerinin genel ahlâka (veya hukuka) aykırı ihlallerinde sözleşme ilişkisine dahil olmayan kişilerin, taraflar arasındaki taahhütlerin MK.m.23/II hükmüne aykırı olduğunu ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğinin tespitini de ileri sürememeleri

⁹⁰⁶ Zira böyle bir noktada artık sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulanmasını beklemek, her şeyden önce borçlunun temel kişilik haklarının ihlali anlamına gelecektir ki bu da zaten mümkün değildir. **Thévenaz**, sh.116. Yazar özellikle, iş akdi gibi, taraflardan birinin diğerine bağlı olduğunda durumlarda, özgürlüklerin ihlali riskini kaldırabilmek adına CC.m.27/II denetiminin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Kaldı ki, butlan özgürlükler karşısında korunması gereken kamu yararını da böylece sağlamaktadır.

⁹⁰⁷ Kaldı ki zaten özel kısmi butlan durumları da göz önünde bulundurularak, butlanın re'sen göz önünde bulundurulması ilkesine bir istisna oluşturmada, borçlu yönünden hakkaniyetli bir yaptırım ortaya koymak gereklidir. Çünkü borçluya zarar veren aslında genel ahlâk kurallarının ihlali değil, butlanın sonucudur. **Zufferey-Werro**, sh.350.

gerekir⁹⁰⁸. Dolayısıyla hakimın butlanı re'sen dikkate alması gereken durumlar dışında sözleşme geçerliliğini korumalıdır. Peki ama gerek hakim yönünden gerek taraflar yönünden bu sınırı belirleyecek olan nedir? Örneğin bir kimsenin para karşılığında dinini değiştirme taahhüdünü içeren sözleşme ilişkisi ile aşırı faiz hükmü içerek kişinin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokan bir başka sözleşmenin denetimleri MK.m.23/II ve BK.m.20 hükümleri karşısında aynı mıdır?

Kanaatimizce, öncelikle sözleşmeye konu olan edimin, sözleşmenin amacının ya da taahhüdün bütünüyle mi MK.m.23/II hükmüne ve genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunun yoksa, sadece özgürlüklerde bazı aşırılıkların mı genel ahlâk kurallarını ihlal ettiğinin doğru tespit edilmesi gerekir. Bu anlamda sözleşmenin amacı ya da sözleşmeye konu asli edimler genel ahlâka aykırılık taşıyorsa sözleşme *tam butlan* ile geçersiz olmalı ve hakim bu durumu her zaman re'sen dikkate almalıdır. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, para karşılığında dinini değiştirme taahhüdü altına giren, böylece din ve vicdan özgürlüğünü genel ahlâka aykırı sınırlayan kişi yönünden durum böyledir. Buna karşılık, ilişkiye konu taahhütlerdeki bazı aşırılıklar sebebiyle özgürlükler ihlal edildiğinde ise, tarafları sözleşme ilişkisini kurmaya iten menfaatleri, mümkün olduğunca ayakta tutabilmek adına sözleşmenin geçerliliği korunmaya sağlanmalı ve *favor negotii* ilkesine paralel olarak *kısmi butlan* çözümleriyle eğer şartlar varsa sorun giderilebilmelidir. Dolayısıyla şunu belirtmek gerekir ki, hakim önüne gelen meselede, zarar gören taraf bunu ileri sürmese dahi, MK.m.23/II hükmünü görevinden dolayı dikkate almak durumundadır. Buna göre somut olayın özelliklerine göre ya sözleşmeyi tam butlanla geçersiz sayacak ya da

⁹⁰⁸ **Hatemi**, sh. 217.

tarafkların farazi iradelerine uygun olarak sakat olan sözleşmenin sadece bu bölümünü batıl kabul ederek (*basit kısmi butlan*); veya bu kısmi ikame bir kural ile değiştirerek (*değiştirilmiş kısmi butlan*) sözleşmeyi ayakta tutabilecektir Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesinin de haklı olarak belirttiği üzere, kısmi butlan talebinin batıl kısımdan zarar gören tarafa tanınması ve zarar gören kişinin sözleşmenin bu haliyle geçerli olmasını istediği sürece hakimin tam butlana hükmedememesi⁹⁰⁹; hiçbir şekilde yaptırımın E.Bucher'in ifade ettiği gibi bir tür iptal hakkına dönüştüğü sonucunu doğurmamalıdır.

III- Batıl Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçları

Genel olarak batıl sözleşmelerin hiçbir hüküm ve sonuç doğurmamaları yani hukuk düzeni tarafından korunan zorlayıcı bir güce sahip olmamalarının neticesi, başlıca üç başlık altında incelenebilir:⁹¹⁰ Buna göre; taraflardan hiçbirini karşı taraftan borcunun aynen ifasını talep edemeyecek (§ 8, II, A); edimlerin yerine getirilmemesi hiçbir şekilde tazminat sebebi olamayacak (§ 8, II, B) ve nihayet kural olarak önceden ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadeleri istenebilecektir (§ 8, II, C ve § 9). Bu sonuçlar çoğu zaman genel ahlâk aykırı sözleşmeler yönünden de aynı olmakla beraber, kanun koyucu bazı durumlarda genel ahlâka aykırılığa farklı hükümler bağlar.

⁹⁰⁹ ATF 107 II 423; ATF 81 II 622; **Başpınar**, sh. 99; **Engel**, sh. 295.

⁹¹⁰ **Tandoğan**, (nullité), sh.26; **Zufferey-Werro**, sh. 337 vd.

A) Edimlerin Aynen İfalarının Talep Edilememesi

Bir sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olması, öncelikle taraflar yönünden sözleşmeye konu edimlerin aynen ifalarının talep edilememesi sonucunu doğuracaktır. Zira böyle bir durumda geçerli borç ilişkisi varolmadığından edimlerin ifa edilmemesi borca aykırılık yaratmaz (BK.m.96 vd) ve dolayısıyla alacaklı borçludan verme edimleri yönünden aynen ifayı talep edemez. Buna karşılık yapma ve yapmama edimleri bakımından alacaklıya; ‘borçlu yerine ifada bulunma yetkisinin kendisine tanınmasını isteme hakkı’ da verilemez. (BK.m.97) Dolayısıyla batıl sözleşmelerde borçlunun ifaya zorlanması mümkün değildir⁹¹¹. Bu durum kısmi butlan ile sakat sözleşmeler yönünden, sözleşmenin geçersiz kabul edilen bölümlerine ait edimler bakımından da uygulanır.

Öte yandan, batıl edimlerin ifalarının istenememesinin yanı sıra, Yargıtay’ın da kararlarında açıkça belirttiği üzere “Geçersiz olan sözleşmeyi ifadan kaçınmak kural olarak genel ahlâka aykırılık teşkil etmez”⁹¹². Dolayısıyla edimlerin ifasından kaçınmak, sözleşme butlan yaptırımı ile sakat oldukça toplumdaki kamusal vicdanı rahatsız etmeyecek ve genel ahlâk kurallarını ihlal etmeyecektir. Bu noktada belirtmek isteriz ki, edimlerin ifasından kaçınma hakkı sadece edimleri genel ahlâka aykırı olan sözleşmeler yönünden değil (§ 7, I), amacı genel ahlâka aykırı olan (§ 7, II) ya da sözleşme ilişkisinin kurulması genel ahlâk kurallarını ihlal eden sözleşmeler (§ 7, III) yönünden de geçerlidir.

⁹¹¹ Bu konuda özel olarak bkz. **Morin**, Le droit suisse de l’inexécution à la lumière du nouveau BGB, RDS, 2005 I, 4 sh.349-383. Ayrıca örnek bir karar için. Yarg. 4. HD, 5.12.1978 T, E.2161, K.13672, **Uygur**, sh.1012-1013.

⁹¹² Örnek olarak bkz. Yarg. 15.HD, 15.11.2001 T, E.2001/3091, K.2001/5233.

Ayrıca edimlerin ifalarının talep edilememesi sadece asli hak olarak alacak hakkını değil fer'i hakları da kapsar⁹¹³. Buna göre içeriği genel ahlâka aykırı olan sözleşmelere bağlı fer'i sözleşmeler de hüküm doğurmayacak ve ifaları talep edilemeyecektir. Fer'i sözleşmeler, cezai şartta olduğu gibi alacak hakkını genişleten ya da kefalet sözleşmelerindeki gibi alacak hakkını garanti altına alan sözleşmeler olabilir. Ancak her durumda geçerlilikleri temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlı ve bu borç ilişkisi de genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olduğundan artık geçerli borç doğmayacaktır. Çünkü zaten, fer'i haklar, asli hakka bağlı olan, asli hak mevcut ve geçerli olduğu takdirde kullanılabilen haklardır⁹¹⁴. Buna karşılık fer'i sözleşmelerde ortaya çıkan genel ahlâk aykırılıklar ise, asıl alacağı sona erdirmeyecektir.

B) Edimleri İfa Etmemenin Tazminat Sebebi Olamaması

1) Genel Olarak

Genel ahlâka aykırı bir sözleşmenin batıl olması nedeniyle edimlerin ifa edilmemesi, kural olarak alacaklı yönünden doğan zararları tazmin imkanı yaratmaz. Çünkü taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisi yoktur ve dolayısıyla edimlerin ifa edilmemeleri borca aykırılık sonucu yaratmayarak tazminat davasına da imkan vermeyecektir⁹¹⁵. Acaba bu sonuç her durumda mutlak ve kesin midir? Bir başka

⁹¹³ Bu konuda bkz. **Hatemi**, sh. 176.

⁹¹⁴ **Kılıçoğlu**, sh. 13.

⁹¹⁵ Borca aykırılıkta tazminat davasının açılması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin sora erdiğini değil, bu ilişkinin devam ettiğini ancak içeriğinin değiştiğini ifade eder. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın**, sh. 853.

ifadeyle genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olan sözleşmelerde bazı durumlarda tazminat imkanı doğabilir mi?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, BK.m.41/II hükmüne paralel olarak, sözleşme dışı sorumluluk hukuku bakımından, genel ahlâka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kişi, davranışı haksız fiile konu olacağından, karşı tarafın zararını her zaman tazmin etmek zorundadır. (§ 5, VI) Bu nedenle sözleşme ilişkisini kurmak yönündeki davranış eğer genel ahlâka aykırı bir fiille ve kasten sözleşmenin karşı tarafına zarar vermek amacını taşıyorsa, butlan yaptırımından bağımsız olarak BK.m.41/II hükmü uygulama alanı bulabilir.

2) Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Diğer yandan bilhassa “sözleşme ilişkisi kurulmadan önce genel ahlâka aykırılığı bilen yada bilmesi gereken tarafın sorumluluğunun” bulunup bulunmadığı meselesi üzerinde de durmak gerekir. Öncelikle, genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olan sözleşme asli edim yükümleri doğuramayacağından; sözleşme ilişkisinin geçersizliğinden kaynaklanabilecek tazminat imkanı, temelini sözleşmenin ifa edilmemesinden değil ancak, “edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinden” alabilir⁹¹⁶. Bu ilişkiler, birbirleriyle sözleşme görüşmelerine veya sosyal temas ya da işlem yapma ilişkisine giren kişiler arasında, içeriği sadece koruma yükümlerinden oluşan borç ilişkisi yaratırlar. Böylece ilişkiye giren taraflardan biri koruma

⁹¹⁶ **Hatemi**, sh. 251. Ayrıca edim yükümleri ve yan yükümler kavramları hakkında bkz. **Serozan**, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, Yıl, 2, S.3, sh.108 vd; **Şenocak**, sh.80-97. Ayrıca bkz. **Chapuis**, Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, Lausanne, 2004; **Merz**, sh. 165; **Yung**, Devoirs Généraux et Obligations, Etudes et Articles, Genève, 1971, sh. 111 vd.

yükümlerini ihlal ederse, diğer taraf aleyhine doğan zararı tazmin etmek zorunda kalır⁹¹⁷. Temelini dürüstlük kurallarından alan (MK.m.2) bu ilişki akdi değil kanuni borç ilişkisidir⁹¹⁸. Bu sebeple, sözleşme ilişkisi batıl ve geçersiz olsa da, taraflar arasında ilişkiye girdikleri anda doğan ve karşılıklı özen yükümlülükleri getirip MK.m.2/I'den kaynaklanan ilişki geçersiz olmaz.

Bu sebeple bilhassa taraflardan birinin genel ahlâka aykırılığı sakladığı ve karşı tarafın da bunu bilebilecek durumda olmadığı hallerde, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kaynaklı; *culpa in contrahendo* sorumluluğu yani sözleşme öncesi görüşmelerden doğan kusur sorumluluğu ortaya çıkabilir. Bu sorumluluk temelini, taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte, karşılıklı özen gösterme yükümlülüklerinden alır. Özellikle, karşı tarafı sözleşmeyi kurmak konusundaki kararlarında etkili olabilecek hususlarda doğru bilgi vermek, aydınlatmak, şahsını ve malını zarardan koruyucu tedbirler almak bunların başında gelir⁹¹⁹. Dolayısıyla bir tarafın bu yükümlülüklerle kusuru ile aykırı davranması halinde, sözleşme ilişkisi kurulmamış olsa dahi, karşı tarafın zararlarının tazmin edilmesi gerekecektir⁹²⁰.

⁹¹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 19 vd; **Eren**, sh. 41; **Oğuzman/Öz**, sh.36 vd. Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri özellikle “sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri” (*culpa in contrahendo*) ile “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde” söz konusudur.

⁹¹⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 19; **Eren**, sh.43. Ayrıca konunun dürüstlük kuralları bağlantısı hakkında bkz. **Morin**, La responsabilité Fondée sur la Confiance, Etude Critique des fondements d'une innovation controversée, Genève, 2002; **Chappuis**, Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon, La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.21-37; **Tercier**, Abus de confiance? La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich, 2001, sh.69-77.

⁹¹⁹ Tercier bu ödevlerden temel olanları şu şekilde sıralamaktadır: Ciddi davranma yükümlülüğü; karşı tarafa doğru bilgi verme yükümlülüğü, başkasının karar özgürlüğüne saygı yükümlülüğü; kendi kendini doğru hazırlama yükümlülüğü ve diğer tarafa zarar verme kastına sahip olmamak. **Tercier**, (*culpa*), sh.228-232.

⁹²⁰ Doktrindeki asıl tartışma buradan doğan zararın BK.m.41 ve devamındaki haksız fiil hükümlerine göre mi yoksa BK.m.96 ve devamındaki borca aykırılık hükümlerine göre mi tazmin edileceği

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hallerinin bir kısmı, bizzat kanun koyucu tarafından metne alınıp açıkça düzenlenirler. BK.m.28, m.29, m.36/II, m.39, m.192/II, m.205/III, m.243, m.464/II hükümlerinde olduğu gibi. Buna karşılık bazıları ise, doktrin ve uygulamada kabul edilip culpa in contrahendo sorumluluğu doğururlar: “Görüşmeler esnasında kusurlu olarak yanlış bilgi vermek”, “bir kimsenin yapmayı hiç düşünmediği bir sözleşme hakkında kötü niyetli ve aldatıcı hareketlerle diğer kişiden sözleşme yapma ümidi uyandırmak” ve “koruma yükümlülüklerinin ihlalden doğan sorumluluk” hallerinde olduğu gibi. İşte doktrinde kabul edilen bu uygulama hallerinden birisi de sözleşmenin kurulduğu anda borçlandığı edimin ifasının imkansız olduğunu bilen ya da bilmesi gereken tarafın sözleşme batıl olsa dahi sözleşme öncesi sorumluluk ilkelerine göre karşı tarafın zararını tazmin etmek zorunda olmasıdır⁹²¹. Başlangıçtaki imkansızlıkla ilgili

meselesidir. Çünkü bu iki seçenek bilhassa yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluk (BK.m.55- m.100), ispat yükünün dağılımı (BK.m.41, m.96) ve zamanaşımı (BK.m.60, m.125) alanlarında farklılık yaratır. Hatta bu farklardan yola çıkarak, bazı bakımlardan haksız fiil, bazı bakımlardan ise borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi de önceleri kararlarında sorumluluğu borca aykırılık esasına tabi tutarken, daha sonraları özellikle zamanaşımı süresini kısaltarak haksız fiil sürelerini esas almış ve açıkça culpa in contrahendonun hukuki niteliğinin borca aykırılık olduğu yönünde bir ifade kullanmaktan kaçınmıştır. Dolayısıyla İsviçre Federal mahkemesi bugün her iki kural arasında bir yol çizmektedir.(Örnek olarak bkz. ATF 104 II 94, ATF 108 II 419) Bu tartışmalar ve ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğu için bkz. **Engel**, sh. 297 ve sh. 747 vd; **Piotet**, Nature et Modalité de la Responsabilité précontractuelle, RDS, 1975, sh. 253 vd; aynı yazarın La Culpa in contrahendo aujourd’hui, RSJ 77/1981, sh. 225 vd; **A.Bucher**, sh.245 vd; **Tercier**, sh. 125; aynı yazarın La culpa in contrahendo en droit suisse, Première journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich, 1984, sh.225; **Zufferey-Werro**, sh. 340; **Besson** sh.161, sh.328; **Chapuis** sh. 134 ve sh. 239 vd; **Schönle**, La bonne foi, dans les relations entre particulières, Droits des obligations et Droit Bancaire, Etudes, Genève, 1995; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, sh. 975 vd; **Oğuzman/Öz**, sh.321 vd; **Eren**, sh. 1083 vd; **Serozan**, (ifa), sh. 248 vd; **Kılıçoğlu**, sh.56 vd; **Sungurbey**, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo, İstanbul, 1988, sh.99 vd; **Ulusay**, Culpa in Contrahendo Üstüne, Doğanay Armağan, İstanbul, 1982, sh.275 vd. Ayrıca bkz. Yarg. 13.HD, 13.11.1995 T, E.9375, K.9860, **Uygur**, sh.1037 vd; YHGK, 11.6.2003 T, E.2003/13-414, K.2003/410; 23 Kasım 1979 tarihli bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. SJ 1980, sh. 562-565.

⁹²¹ Alman hukukunda bu konuda BGB § 311’de (değişiklik öncesi § 307) açık bir hüküm yer alırken, Türk hukukunda BK.m.26, m.31/II ve m.39 kuralları örnek alınarak kıyasla kural benimsenmektedir. Alman hukukunda konuyla ilgili bkz. **Pédamon**, sh. 33 vd; **Ferrand**, sh.287 vd.

bu uygulama sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olması durumunda da geçerlidir⁹²².

Aslında daha önce de ifade ettiğimiz üzere genel ahlâka aykırı bir sözleşmede butlan sonucunun doğabilmesi için taraflarda genel ahlâka aykırılık bilinci aranmaz. (§ 6, II) Buna karşılık, genel ahlâka aykırılığı bilen ya da bilebilecek durumda olan ancak karşı tarafa açıklamayarak bu kişinin zararına sebep olan taraf yönünden culpa in contrahendo sorumluluğu geçerlidir⁹²³ ve bu sorumlulukta zarar, hem tam butlan da hem de kısmi butlanda tazmin edilebilir⁹²⁴. Buna karşılık sözleşme ilişkisi kurulmaya çalışılırken, her iki taraf da genel ahlâka aykırılık bilinci içinde iseler, burada artık culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁹²⁵.

Bu sorumluluk kapsamında karşılanacak olan zarar, kural olarak sözleşmenin geçerli olmamasından doğan “*menfi zarardır*”. Çünkü zarar sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkmasından doğar⁹²⁶. Dolayısıyla müspet zarardan farklı olarak, borçların ifa edilmemelerinden doğan zarar değil, sözleşmenin geçersiz

⁹²² Başpınar, sh. 179, Eren, sh. 309; Serozan, (ifa), sh.176; Uygur, sh.1023.

⁹²³ Bu noktada akıllara, sözleşmenin kurulması sırasında genel ahlâk kurallarına aykırılığı bilen ya da bilmesi gereken kişinin butlanı ileri sürmesinin *MK.m.2/II hükmüne göre hakkın kötüye kullanımı* oluşturup oluşturamayacağı sorusu da gelebilir. Kanaatimizce böyle bir durum hakkın kötüye kullanımı oluşturmaz ancak bu durumda hiç kimsenin kendi genel ahlâka aykırı davranışı sonucunda başkasına karşı bir hak kazanamayacağını ifade eden “*Nemo auditor propriam turpitudinem suam allegans*” ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Zufferey-Werro, sh.347 vd. Öte yandan, taraflardan birinin genel ahlâk aykırılığı bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması durumu da *MK.m.3 hükmü anlamında sübjektif iyi niyete dayanmasına* imkan vermemelidir. Sözleşme baştan itibaren geçersizdir ve nihayetinde genel ahlâk kurallarının koruduğu temel hukuki menfaatler bireysel menfaatlerden önde tutulmalıdır. Ancak elbette ki genel ahlâka aykırı bu sözleşme temeline dayalı olarak, kanun koyucunun üçüncü kişilerin iyi niyetini koruduğu durumlar saklıdır. (MK.m.1025 gibi.) Zufferey-Werro, sh.438. Ayrıca batıl sözleşmelerin üçüncü kişilere etkileri hakkında bkz. Hatemi, sh. 245-250.

⁹²⁴ Zufferey-Werro, sh. 340.

⁹²⁵ Engel, sh.297; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 19.

⁹²⁶ Kılıçoğlu, sh.538. ATF 80 II 26, JdT 1955 I 136. Aynı yönde Yarg. 15.HD, 17.3.1977 T, E.1976/535, K.1977/653, Uygur, sh.1023; Serozan (ifa), sh. 176.

olmasından doğan zararlar karşılanmalıdır. Menfi zararların içeriğine, ‘sözleşmenin yapılması sırasındaki masraflar’, ‘sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılıklı edimlerin kabulü için yapılan masraflar’, ‘sözleşmenin yerine getirilmesi sebebiyle uğranılan zararlar’, ‘başka bir sözleşme ilişkisini yerine getirmemek sebebiyle doğan zararlar’, ‘dava masrafları’ dahildir⁹²⁷. Diğer yandan Yargıtay son dönemlerde özellikle geçersiz sözleşmeler yönünden uygulanan sözleşme öncesi sorumluluk hallerinde, geçersiz sözleşmeden doğan *menfi (olumsuz)* zararın yanında, bu zarar kapsamında “kaçırılan fırsat karşılığının” (fırsat kaybı zararlarının) da bulunduğunu belirterek, menfi zararın bazı durumlarda *müspet (olumlu)* zarar kadar dahi olabileceğini belirtmektedir⁹²⁸.

C) Önceden İfa Edilen Edimlerin İadelerin İstenebilmesi

Butlan sebebiyle baştan itibaren geçerli olarak kurulmamış olan bir sözleşmede, ifa butlan talebinden ya da kararından önce veya sonra yapılmış olabilir. Eğer sözleşmenin butlanı, edimler ifa edilmeden önce ileri sürülmüş ise; korumayı sağlayacak olan BK.m.20 hükmündeki yaptırımın bizzat kendisidir. Böyle bir durumda, sözleşme hiç kurulmamış olduğuna göre, taraflar da karşılıklı olarak borca aykırılık hallerini ileri süremeyecek; edimlerin ifasını isteyemeyecektir. Buna karşılık bazen butlan, taraflar edimlerini tamamen ya da kısmen ifa ettikten sonra ileri

⁹²⁷ Kılıçoğlu, sh.538-539.

⁹²⁸ YHGK, 11.6.2003 T, E.2003/13-414, K.2003/410. Kararda, MK.m.2 hükmünün akdin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hallerdeki kavramları, hep bu zaruretin sonucu ortaya konulan düşünce ve uygulamaların doğurduğu belirtilerek, yargının asıl görevinin toplumun huzurunu sağlamak olduğunun altı çizilmektedir. Bunun için uygulanması gereken kurallar, mevcut kanunlar ışığında bu kanun hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır. Ayrıca ‘fırsat kaybı zararları’ hakkında bkz. Kılıçoğlu, sh. 539; yine BK.m.26 ve m.39’dan temel alan bu düşünceye paralel olarak hakkaniyet gerektirdiğinde müspet zararın da tazminine imkan tanınması gerektiği yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 980; Serozan, (ifa), sh. 176-177.

sürülebilir ya da hakim tarafından bu yönde bir karara konu olabilir. İşte böyle bir durumda, ifa, malvarlığına katılan kişi bakımından; hukuki sebebin baştan eksik olması nedeniyle (*condictio indebiti*), ortaya çıkan edim zenginleşmesine konu olur⁹²⁹. O halde yapılması gereken; batıl sözleşme ilişkisi kurulmadan önce varolan durumun eski haline getirilmesi ve ifa edilen edimin gerçek hak sahibine iadesidir. (BK.m.61 vd)

Sebepsiz zenginleşme davalarında zenginleşme ve fakirleşmenin konusu geniş anlamda *malvarlığı* kavramını içine alacak şekilde bir kimsenin para ile ölçülebilen ve hukuken korunan tüm ekonomik değerlerini kapsar; ki bu değerler arasında bir kimseye ait para, taşınır ve taşınmaz mallar, rehin irtifak hakkı gibi sınırlı ayni haklar, alacak hakları, fikri ve sınai haklar ile zilyetlik gibi fiili durumlar sayılabilir⁹³⁰.

Bu bağlamda şunu hatırlamak gerekir ki, sebepsiz zenginleşme davaları kişinin malvarlığında bir kayıp olduğunda söz konusu olabilen davalardır. Dolayısıyla, henüz bir kayıp meydana gelmemiş ise, yani malvarlığındaki azalmanın kayıp doğmadan diğer davalarla önlenmesi mümkün ise, sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır. Bir başka ifadeyle bu dava hakkı ikinci derecede yani tali bir dava

⁹²⁹ Savigny'den bu yana tek bir sebepsiz zenginleşme anlayışının terk edilerek, daha çok Alman hukukunda farklı sebepsiz zenginleşme hallerinin varlığı kabul edilmektedir. Bu zenginleşmeler iki temel ayırıma tabi tutulabilir. 1) Edim zenginleşmeleri: bunlar hukuki sebebin baştan eksikliği; baştan mevcut hukuki sebebin sonradan düşmesi ve gelecekteki hukuki sebebin gerçekleşmemesi halleridir. 2) Edim dışı zenginleşmeler: bunlar ise, masraftan kurtulmadan ötürü zenginleşme ve borçtan kurtulmadan ötürü zenginleşme durumlarıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, (İfa), sh.317 vd. Diğer yandan yapılan bir diğer ayırım ise; kazandırmadan (edimden) doğan zenginleşme, müdahaleden doğan zenginleşme ve umulmayan olaydan doğan zenginleşme şeklindeki üçlü bir ayırımdır. **Eren**, sh. 816 vd.

⁹³⁰ Malvarlığı kavramı günlük dilde, bir kimsenin ekonomik gücünü ifade ederken; ekonomik anlamda bir kimsenin belirli bir zamanda borçları çıkarıldıktan sonra aktifinin toplam ekonomik değerini açıklar. Hukuki anlamda ise tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş bir kimsenin ekonomik değer taşıyan, para ile ölçülebilen haklarının bütünüdür. **Eren**, sh. 819 vd.

hakkıdır⁹³¹. Ancak unutmamak gerekir ki, malvarlığında azalma olan kişiye ait olan bu iade talebinden doğan hak, şahsidir ve bu nedenle davanın üçüncü kişilere karşı açılması mümkün değildir⁹³².

Buna göre kanun koyucunun sebepsiz zenginleşmeye bağlı olarak sistemi şu beş temel ayak üzerine kurduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁹³³:

- 1) Taraflardan biri malvarlığındaki artma ya da azalmama sebebiyle zenginleşmeli. (BK.m.61/I)
- 2) Diğer tarafın malvarlığında bu zenginleşmeyle bağlantılı bir fakirleşme olmalı. (BK.m.62/I)
- 3) Zenginleşen kişinin malvarlığındaki bu artış hiçbir geçerli sebebi içermemeli. (BK.m.62/II)
- 4) Borç varolmadığı halde iradi olarak hata ile ödeme yapılmamış olmalı. (BK.m.62/I)

⁹³¹ **Kılıçoğlu**, sh.368. Bu anlamda, gerek taşınırılar gerekse taşınmazlar bakımından sebebe bağlılık ilkesini kabul eden hukuk sistemimizde, ifaya temel hukuki işlemin batıl olması halinde açılacak olan mülkiyet davası, sebepsiz zenginleşme davasını önler. İfa edilen edimin konusunu, bir taşınmazın mülkiyetinin devri oluşturduğunda iade “tapu sicilinin düzeltilmesi davası” (MK.m.1025) ile de mümkündür. Çünkü taşınmazın yeni maliki görünen kişi, geçerli bir hukuki sebebin yokluğuna bağlı yolsuz bir tescil içindedir ve mülkiyeti kazanmamıştır. O halde yapılması gereken sadece tapudaki bu yanlış kaydın düzeltilmesi olmalıdır. Buna karşılık, ifa edilen edimin konusunu bir taşınır oluşturduğunda ise; iade ancak açılacak olan “menkul davası” ile (MK.m.683) mümkün olabilir. Malı elinde bulunduran zilyet, eski zilyedin mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Malik olan kişi hala eski zilyettir çünkü zilyetliğin geçirilmesine sebep olan sözleşme batıldır. Buna karşılık, gerçek malik hakkını zilyetliği koruyan davalarla arayamayacaktır çünkü mal elinden rızası ile geçerli bir sebebin varlığına duyduğu inanç ile çıkmıştır. Buna karşılık malvarlığındaki zenginleşmeyi oluşturan şeyin tüketilmesi, imha edilmesi ya da işlenmesi veya başka bir mal ile karışması sebebiyle mülkiyetin aslen kazanılması durumlarında ve yine ifa edilen edimin bir miktar para olduğu hallerde açılacak olan dava BK.m.61 ve devamı hükümlerine göre sebepsiz zenginleşme davası olmalıdır. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh.968; **Zufferey-Werro**, sh. 363.

⁹³² **Kılıçoğlu**, sh. 369. Gerçekten de örneğin, gerek MK.m.988 gerekse MK.m.1023 hükümleri iyiniyetli üçüncü kişilerin koruyacak ve dolayısıyla bu kişilere karşı artık sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır.

⁹³³ **Zufferey-Werro**, sh.362.

- 5) Ödeme zamanaşımına uğramış bir borcu ya da ahlaki bir ödevi ifa amacıyla yapılmamalı. (BK.m.62/II)

Ancak kanun koyucu çerçevesini çizdiği bu iade sistemine, genel ahlâk kuralları bakımından BK.m.65 hükmü ile bir sınır getirir: “*Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur.*” Fakat bu hükmün uygulaması özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, yapılan kazandırmadan yararlanan kişinin de aynı amaç içinde bulunması halinde, aldığı yanına kar kalması ile eleştirilmekte ve bu duruma engel olabilecek farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Aynı şekilde, hükmün kapsamının dar mı yoksa geniş mi yorumlanması gerektiği; uygulama alanının tam olarak ne olduğu, BK.m.20 hükmü ile bağlantısı ve iade borcunun etkisi de yine doktrinde tartışılmaktadır. Bu sebeple biz de bu konuyu aşağıda ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun buluyoruz. (§ 9)

§ 9. BK. m.65 KURALI: GENEL AHLÂKA AYKIRI AMAÇLA VERİLENLERİN İADE EDİLEMEMESİ

Yukarıda da açıkladığımız üzere (§ 8, II, C), kural olarak batıl sözleşmelerde önceden ifa edilen edimlerin BK.m.61 ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadeleri esastır. Ancak BK.m.65 hükmü hukuka ve genel ahlâka aykırı sözleşmeler yönünden bu duruma bir istisna getirir. Konuyu detaylı olarak incelemeye başlamadan önce, belirtmek isteriz ki, başlı başına ayrı bir çalışma konusu olacak kadar geniş olan meseleyi, biz sadece araştırmamızın

konusunu oluşturan “genel ahlâk kurallarına aykırılık” yönünden ele alacağız. Dolayısıyla hukuka aykırılık meselesi ve doktrin tartışmalarının üzerinde detaylı bir şekilde durmayacağız.

Bu doğrultuda; ilk olarak, kısaca hükmün tarihi gelişimi, bilhassa mehzaz kanunumuz İsviçre hukukundaki şekillenışı ve hükmün ratio legisinin ne olduğunu; ardından kuralın sınırlarını, uygulama alanını BK.m.20 hüküm ile ilişkisini ve şartlarını ele almayı ve bu bölümler içinde doktrin tartışmalarına paralel kendi görüşlerimizi belirtmeyi uygun bulmaktayız.

IV- BK.m.65 Kuralının Tarihi Gelişimi, ve Ratio Legis’i

A) Kuralın Tarihi Gelişim ve Mukayeseli Hukuktaki Durum

Roma hukukunda, kural olarak evliliklerde, özgürleştirmelerde ve azad etmelerdeki ödemeler yönünden uygulanan “*causa data causa non secuta*” ilkesi, karşı edim ifa edilmediğinde ya da hukuken talep edilebilir olmadığında, kişiye ifa ettiği edimin iadesini talep imkanı veren bir *condictio* idi⁹³⁴. Bu kuralın istisnası ise yine sınırlı bir uygulama alanı ile; edimin her iki taraf için ya da sadece veren için ayıp ve utanç verici bir özellik taşıması halinde ortaya çıkan, “*condictio ob turpem vel injustam causam*” idi⁹³⁵. Aslında iki temel ilkeyi içeren bu kurallardan “*condictio ob injustam causam*” genel ahlâka aykırı amaçla *alana* karşı bir dava imkanı

⁹³⁴ Zufferey-Werro, sh.371-372.

⁹³⁵ Aubert, sh. 15; Rieg, sh. 296. Bu ilke de sadece davacıya rüşvet olarak ya da fuhuşa teşvik için yapılan ödemeleri kapsamakta idi. Zufferey-Werro, sh.372. Yazar bu durumun bir başka değişle “*Salaire du filou*” yani hırsızlık bedeli olarak adlandırıldığını belirtmektedir.

tanırken, özel olarak *verenin* kınanacak durumda bulunduğu “*condictio ob turpem causam*” ilkesi ise günümüzdeki BK.m.65 hükmünün gerçek temelini oluşturmaktadır⁹³⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki her ne kadar BK.m.65 hükmünün bir kaynağı gibi gösterilse de, hiç kimsenin kendi genel ahlâka aykırı davranışı ile başkasına karşı hak kazanamayacağını ifade eden “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” kuralı aslında Roma hukukunda bilinmeyen ve ilk kez XII inci yüzyılda kanonist hukukçular tarafından kullanılmış olan bir ilkedir⁹³⁷.

Alman hukukunda sebepsiz zenginleşme kurumunu BGB § 812 ve devamında düzenlenmekte ve genel ahlâk kurallarının ihlaliyle ilgili özel hüküm § 817’de metne alınmaktadır⁹³⁸. Tamamen roma hukuku etkisi altındaki hüküm, genel ahlâka aykırılık yönünden iade istisnasını düzenlerken; iade borçlusunu kötü niyetli zilyet olarak kabul eder. Ayrıca madde bir taahhüdün ifası yönünde yapılan edimleri, her iki tarafın da genel ahlâka aykırı davrandığı durumlarda iadeye tabi tutmaktadır. Dolayısıyla bu noktadan yola çıkan, Alman Federal Mahkemesi ve doktrini maddede yer alan ikinci cümleyi istisna kabul ederek hükmü “*dar yorumlamaktadır*”⁹³⁹. (§ 9, II, A)

⁹³⁶ **Hatemi**, sh. 417 vd.

⁹³⁷ Nitekim Akev’de ilkenin Roma hukukundan geldiğini belirterek aynı yanlışı yapmaktadır. **Akev**, sh. 414 vd. Oysa, ilk olarak Papa Innocent III’ün kararına konu olan ilke, hukuku ahlâklaştıran bir yaptırım şeklinde açıklanmakta ve böylece haksızlık yapan kişiye iadeyi reddederek, bu tür istenmeyen bir davadan fayda sağlanması engellenmekteydi. **Aubert**, sh.16. Ayrıca kural hakkında bkz. **Simonius**, sh. 765; **Roy/Schöenenberger**, sh. 29; **Ripert**, sh. 110.

⁹³⁸ Madde hükmü şu şekildedir: “*Bir edimin amacı alan kimsenin, edimi alması ile kanuni bir yasaya veya genel ahlâka aykırı düşeceği bir biçimde belirtilmiş ise, alan kimse bunu geri vermekle yükümlüdür. Edimi veren kimse yönünden de aynı şekilde bir aykırılık söz konusu ise, geri alma istemine yer yoktur, elverir ki edim bir borçlanmadan ibaret bulunmasın; böyle bir borçlanmanın ifası için verilen edim geri alınamaz*” **Hatemi**, sh. 424.

⁹³⁹ **Opréa**, sh. 244 vd; **Rieg**, sh. 296 vd; **Zufferey-Werro**, sh. 374; **Aubert**, sh.32; **Hatemi**, sh. 424 vd. Ayrıca Alman ve İsviçre hukuklarında konuyla ilgili bir karşılaştırma için bkz. **Gilliard**, La disparition de l’enrichissement, Etude comparée des droits allemand et suisse, Genève, 1985.

Fransız hukuku yönünden mesele incelendiğinde ise sebepsiz zenginleşmeye paralel olarak genel ahlâka aykırı verilenlerle ilgili iade kuralını açıkça düzenleyen bir hükmün kanunlarda yer almadığı görülür. Bir kısım yazarlar pozitif hukukta düzenleme bulunmamasını kanun koyucunun ilkenin uygulanmasını istememesi şeklinde yorumlasalar da⁹⁴⁰; mahkemeler batıl olduğu halde ifa edilen edimlerin iadesi konusunda genel ahlâk kurallarıyla ilgili istisnayı “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” ilkesi ile düzenlemeye başlamışlardır⁹⁴¹. Bu durumun Fransız hukukunda örf ve âdet ile pozitif hukuk ilişkisinin kesilmemiş olmasının da rolü vardır. O kadar ki bazı durumlarda Kanunlar çözümleri direk örflere ve genel ilkelere bırakır. Bu sebeple konuyla ilgili somut bir hükmün bulunmaması Fransız hukuku yönünden çözümsüzlük yaratmamıştır. Ancak, zamanla, kuralın ahlaki olarak istenmeyen birey davranışları karşısında bütün hukuki imkanlara engel olan özelliği sebebiyle iade davasına yapılan gönderme yetersiz bulunmuş ve kural mahkemeler tarafından “*in pari turpitudinem cessat repetitio*” ilkesi ile geliştirilmiştir⁹⁴². Buna göre, sözleşmenin her iki tarafının da ahlâk kuralları bakımından istenmeyen bir tutum içinde olmaları halinde, zilyet olanın üstün tutulmasını ifade eden bu ilkeye

⁹⁴⁰ Demolambe, Huc, Baudry-Lacantineri, Laurent gibi yazarların bu yöndeki görüşleri hakkında bkz. **Ripert**, sh. 186 vd.

⁹⁴¹ **Malaurice/Aynés/Staffel-Munck**, Les Obligations, Droit Civil, Paris, 2004, sh. 445 vd; **Ripert**, sh. 187 vd; **Rieg**, sh.339 vd; **Aubert**, sh.9; **Terre/Simler/Lequette**, sh.371; **Zufferey-Werro**, sh.375; **Hatemi**, sh. 426. Fransız hukukunda bu konudaki güncel mahkeme kararları ve doktrin tartışmaları hakkında bkz. **Chassagnard**, Note De Jurisprudence? A Propos De L’arrêt De La Cour De Cassation Chambre Civile 1 Du 23 janvier 2001, Indivision, Enrichissement Sans Cause Des Parents Et Devoir Moral Des Enfants, Droit De La Famille 2002 N° 5, Commentaire N° 63, sh. 25 vd; **Kessler**, Restitutions En Nature Et Indemnité De Jouissance, La Semaine Juridique Edition Générale N° 31, 28 juillet 2004, I, sh.154 vd; **Ancel**, La restitution caractéristique du contrat, Paris, 2002; **Chauvel**, Note De Jurisprudence, A Propos De L’arrêt De La Cour De Cassation Chambre Commerciale Du 10 octobre 2000, Contrats Et Obligations, Enrichissement Sans Cause Droit Et Patrimoine 2001 N° 90, sh. 111 vd; **Le Tourneau**, La regle Nemo Auditur propriam turpitudinem allegans, Paris, 1970.

⁹⁴² Zenginleşen kişi, ahlâk kurallarının menfaat sağladığı, *in pari turpitudinem cessat repetitio* kuralından a priori olarak yararlanmaktadır. Bununla birlikte yasa koyucunun kaleme aldığı ölçünün, hükmün uygulama alanındaki kişiler arasındaki iç ilişkinin korunmasında, doğuracağı kesin sonuç bakımından tereddüt yaratacağı düşünülebilir. **Engel**, sh.594. Ayrıca bkz. **Tercier** (Corruption), sh.251; ATF 117 IV 139. Bu hüküm daha çok nemo auditur kuralının bir sonucu gibidir.

göre; genel ahlâka aykırılık, eğer sözleşmenin iki tarafına da eşit olarak denkleştirilebiliyorsa, edimi ifa eden kişi iadeyi sağlayamayacaktır. Fransız hukukunda bugün hala ilkelerin sınırları doktrin ve yargı tarafından kesin olarak belirlenememekle birlikte; genel olarak uygulama cinsel ahlâk ile ilgili sözleşmeler, kamu düzenine ait meseleler, kumarhanelere ait anlaşmalar gibi alanlarda sınırlandırılmakta ve *daraltılmaktadır*.

Düzenlemenin kaynak kanunumuz *İsviçre hukukundaki* aşamaları incelendiğinde ise; ilk olarak tamamen Roma hukuku etkisiyle aynı iki hükmün benimsendiği, ancak ardından ikinci aşamada sistemin sadece iadenin istisnasını bırakacak biçimde düzenlediği görülür⁹⁴³. Bu tarihi gelişimi dikkate alan İsviçre Federal Mahkemesi de, CO.m.66 hükmünün, sebepsiz zenginleşmeler için bir istisna olduğunu, sadece özel durumlara kendiliğinden uygulandığını bu sebeple Roma hukukundaki gibi yalnızca belli alanlarda engellemeyi amaçlayacak biçimde dar değil aksine “*geniş yorumlanması*” gerektiğini düşünmektedir⁹⁴⁴. Buna göre Federal mahkeme, genel ahlâka aykırı sözleşme temelinde ifa edilen tüm edimler yönünden

⁹⁴³ İlk olarak, 1856 yılında Zürich Medenî Kanunu Roma hukukundaki sistemi gerek iade gerekse iadenin istisnaları bakımından aynı şekliyle kabul etmişti. Ardından Münsinger Borçlar Kanunu tasarısında da aynı düzenlemeler yapılmıştı. Ancak 1879 tarihli Borçlar Kanunu tasarısının 93 üncü maddesinde hükmün sadece iadenin istisnalarını muhafaza edecek şekilde yapılan düzenlemesi, kanunlaşan Eski İsviçre Borçlar Kanunun 75 inci maddesi olarak şekillenmiştir ki bu hüküm halen yürürlükteki kanunun 66 ıncı maddesiyle aynıdır. Tek fark eski kanundaki “immorale” (gayri ahlaki) teriminin yerini “contraire aux mœurs” (genel ahlâka aykırılığın) alması ve “exclusion de la répétitions” (iadenin istisnası) kenar başlığının eklenmesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Zufferey-Werro**, sh.372-373; **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454; **Aubert**, sh.32 vd; **Hatemi**, sh. 422 vd.

⁹⁴⁴ ATF 102 II 401 =JdT 1978 I 492; ATF 99/1973 Ia 417=JdT 1974 I 634; ATF 95 II 37, JdT 1970 I 75. **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454; **Tercier**, sh. 331 ayrıca aynı yazar (Corruption), sh. 251-252; **Aubert**, sh. 48. Bu konuda Deschenaux maddenin kapsamının “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” ilkesi ile bir arada düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir. **Deschenaux**, sh.176, 566. Bu durum, tıpkı İsviçre Federal mahkemesinin yorumu gibi bizi kavramın *geniş yorumlanması* sonucuna götürecektir. Oysa hüküm aslında dürüstlük kuralı temeli üzerine kurulu bir usul hukuku ilkesidir ve sebepsiz zenginleşmedeki iade borcunu etkilemeyecektir.

iade sınırını getirmektedir⁹⁴⁵. Böylece iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişler ve sözleşme batıl olursa, iki taraf da zenginleşmelerini muhafaza edecek; buna karşılık bir taraf edimini ifa etmiş ise, karşı edimin ifasını bekleyemeyeceği gibi iadeyi de talep edemeyecektir. Yine her iki sözleşme tarafının da genel ahlâka aykırılık bilincine sahip olduğu durumlarda ortaya çıkan sonucun ahlaken kamusal vicdanı tatmin edici olmaması da göz önünde bulundurulduğunda Yüksek mahkeme sunduğu sistemin yetersiz kaldığı noktaların da varlığına dikkat çekmiştir. Federal mahkemeye göre her ne kadar kanun daha iyi bir çözüm öngörmediği müddetçe, taraflardan biri lehine ciddi şekilde bir fayda sağlaması kabul edilebilir olsa da; bunun sınırının MK.m.2/II hükmü ve hakkın kötüye kullanımıdır⁹⁴⁶. Buna karşılık İsviçre doktrinde şu anda yer alan baskın görüş, hükmün geniş değil, dar yorumlanması yönündedir⁹⁴⁷. (§ 9, II A)

B) Kuralın Ratio Legis'i Üzerine Görüşler

BK.m.65 hükmünün çerçevesini ve yorum kapsamını doğru belirleyebilmek adına hükmün çatışan menfaatler arasındaki gerçek amacını yani ratio legis'ini doğru tespit etmek gerekir. Bu yorum yapılırken teorik ve mantıksal düşüncelerden çok, pratik düşünceyle hareket edilmeli ve amaç, toplumun halen devam eden sosyal

⁹⁴⁵ Örnek olarak bkz. ATF 102/1976 II 401=JdT 1978 I 492; ATF 99/1973 Ia 417=JdT 1974 I 634. Buna karşılık Zürich mahkemeleri dar yorum yaparak hükmün bir kural ihlali oluşturmadığına, istisna düzenleme olduğuna karar vermiştir. RSJ 69/1973, sh. 93. **Zufferey-Werro**, sh. 368.

⁹⁴⁶ Zufferey-Werro ise, her iki taraf yönünden de genel ahlâka aykırı amacın bulunduğu durumlarda taraflardan birini daha avantajlı duruma sokma çabasının hiçbir şekilde mümkün olmadığı ve BK.m.65 hükmünün aslında kendiliğinden MK.m.2'nin bir uygulaması olduğu görüşündedir. Çünkü veren kişi iade hakkına sahip olmak istiyorsa genel ahlâka aykırı niyetini örtmelidir. Dolayısıyla hükmün dar yorumlanması ve her iki tarafın da genel ahlâka aykırılık niyeti olması ile uygulama alanının sınırlandırılması gerekir. **Zufferey-Werro**, sh. 380. Ayrıca farklı örnekler ve hakkın kötüye kullanımı durumları için bkz. sh. 369-370.

⁹⁴⁷ **Engel**, sh. 593; **Tercier**, sh. 331; **Guggenheim**, sh. 268; **Zufferey-Werro**, sh. 365 vd; **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454.

gelenekleri ile somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak objektif bir şekilde belirlenmelidir⁹⁴⁸.

Doktrinde BK.m.65 kuralının konuluş amacını açıklamak üzere iki temel görüş bulunur. Bunlardan ilkinde göre amaç “*mahkemelerin genel ahlâka aykırı istemlere ulaşmak yönünde bir aracı olmamalarını sağlamaktır*”⁹⁴⁹. Genel olarak Alman doktrininde taraftar bulan bu görüşe göre, genel ahlâka aykırılık sebebiyle hukuk düzeni ile uyum içinde olmayan bir sözleşme, hukuki destekten ve yardımdan da yoksun olmalıdır⁹⁵⁰. Dolayısıyla asıl hedef genel ahlâka aykırılıkların bastırılmasıdır. Ancak bu görüş genel ahlâka aykırı edimi ifa yönünden elinde inisiyatif bulunan kişinin, bütün hukuki güvenliğini kaldırmakta, böylece sadece genel ahlâka aykırı sözleşmelerin yerine getirilmelerine engel olmamakta; aynı zamanda yasal koruma imkanlarının bulunmayacağına güvenle bu yönde sözleşme ilişkileri kurmayı da bir yerde teşvik etmektedir⁹⁵¹. Kaldı ki sırf dava konusu genel ahlâka aykırı olduğu için, bir mahkemenin yargı faaliyetinden kaçınması da yersiz bir düşüncedir⁹⁵².

⁹⁴⁸ Böylece maddeye, değişen ihtiyaçları en iyi şekilde karşılayacak bir anlam verilmeye çalışılmalıdır. Dolayısıyla hem uygulama alanı olarak yapılacak olan yorumun kapsamı daha kolay belirlenebilecektir; hem de maddenin gerçekten gerekli bir düzenlemeyi içerip içermediği, bu amaca doğru hizmet edip etmediği saptanabilecektir. **Akipek/Akıntürk**, sh. 131.

⁹⁴⁹ **Aubert**, sh. 186 vd; **Ripert**, sh. 186; **Zufferey-Werro**, sh.378-379; **Hatemi**, sh.609 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 739.

⁹⁵⁰ **Aubert**, sh. 40.

⁹⁵¹ **Ghestin**, Traite de droit Civil, les obligation, le contrat, Paris, 1980, n.931; **Zufferey-Werro**, sh.378.

⁹⁵² Hatta Hatemi bu durumun, hekimin ahlâksızca hastalıklara tutulanları tedaviden kaçınması ile aynı tutar. **Hatemi**, sh.610; **Öz**, sh.108.

Hükmün amacını açıklamak yönündeki ikinci görüş ise “*genel ahlâka aykırı davranışların cezalandırılması*”⁹⁵³. Bu düşünceye göre genel ahlâka aykırı amaçla verilenlerin geri alınamama korkusu, bu tür edimlerin ifasına engel olacaktır. Gerçekten de taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi batıl olup, baştan itibaren geçerli hüküm ve sonuçlar doğurmadığı hallerde dahi iade imkanı yoktur. Ancak her zaman eleştirildiği üzere hükmün bazı durumlarda vereni cezalandırırken, alanı ödüllendiriyor olması gerçekte ne kadar bu amaca hizmet ettiği sorusunu kaçınılmaz olarak akıllara getirmektedir.

Kanaatimizce madde aslında genel ahlâka aykırı davranışları cezalandırarak bu yöndeki hareketlere engel olmak istemektedir. Ancak maddenin düzenleniş biçimi edime sahip olan tarafın da aynı amacı gütmesi halinde ciddi haksızlıklar doğurabilmektedir. Dolayısıyla bugünkü hali ile hüküm aslında gerçek amacına hizmet edemediğinden; doktrinde maddenin tamamen kaldırılarak MK.m.2/II’de yer alan hakkın kötüye kullanımı ile bu boşluğun doldurulabileceği⁹⁵⁴ ya da (*de lege ferenda*) yeni bir yasal düzenleme ile aksaklığın giderilebileceği yönünde fikirler ortaya atılmıştır. Baskın görüşe paralel olarak biz de, hükme getirilecek müsadere imkanı ile, hem veren hem de alan için genel ahlâka aykırılık oluşturan hallerde, edimin devlete (hazineye) ya da bir hayır kurumuna geçmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁹⁵⁵. Tıpkı kanun koyucunun MK.m.54/III hükmünde sahip olduğu ratio

⁹⁵³ **Zufferey-Werro**, sh.377 vd; **Aubert**, sh. 40; **Ripert**, sh. 193 vd; **Von Tuhr**, sh. 430; **Hatemi**, sh.615 vd. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir. Örnek olarak bkz. ATF 102/1976 II 402, JdT 1978 I 492.

⁹⁵⁴ **Engel**, sh. 595; **Hatemi**, sh. 616. Ayrıca yazar hükmün yerine konulabilecek yasal düzenleme için şu öneride bulunmaktadır: “Hukuka veya ahlâka aykırı eylemler, eylemi yapan lehine herhangi bir şekilde hak doğumuna yol açmazlar”

⁹⁵⁵ **Ripert**, sh. 195; **Von Tuhr**, sh. 430; **Kılıçoğlu**, sh. 374; **Öz**, sh. 108; **Oğuzman/Öz**, sh.765; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 739. Hukuka ve genel ahlâk aykırı amaç için verilenlerin

legis gibi⁹⁵⁶. Nitekim Yeni Türk Borçlar Kanunun Tasarısında da ilgili 86 ıncı madde hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*”

Peki ama hukuk sistemimiz yönünden, BK.m.65 hükmündeki bu aksaklıkları giderebilecek düzenlemeler yapılmadığı sürece, maddenin varolan hali ile uygulama alanı nedir? Sınırları kimi hukuk düzenlerindeki gibi dar mı, yoksa geniş mi çizilmelidir? Ve bu doğrultuda BK.m.20 ile BK.m.65 hükümlerinin gerçek bağlantıları nasıl olmalıdır?

V- BK.m.65 Kuralının Sınırlandırılması, BK.m.20 Hükmü ile Bağlantısı ve Etkisi

A) Kuralın Sınırlandırılması: Dar ve Geniş Yorum

BK.m.65 hükmünün düzenlenişi şu şekildedir: “*Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur*”. Kanun koyucunun bu ifadesinden yola çıkarak doğabilecek adaletsizlikleri asgariye indirmek ve hükmün gerçek amacına (*ratio legisine*) tam olarak hizmet edebilmek

devlete kalması yönündeki hüküm Prusya Devletleri Genel Ülke Kanunda (ALPS) açıkça yer almaktadır. (§ 205, 206, 209)

⁹⁵⁶ MK.m.54/III: “*Hukuka veya ahlâka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her hâlde ilgili kamu kuruluşuna geçer.*” Kanaatimizce bu hükümdeki amaç da yine aynı yöndedir.

adına maddenin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Bu doğrultuda doktrinde hükmün dar ve geniş yorumlanmasını esas alan iki temel görüş vardır⁹⁵⁷.

Buna göre, hükmün *geniş yorumlanmasında*, genel ahlâka aykırılık taşıyan bütün sözleşmeler yönünden ifa edilen edimlerin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade imkanları yoktur⁹⁵⁸. Bu sonuç karşı tarafın edimini ifa edip etmemesine de bağlı değildir. Dolayısıyla hüküm bir yerde, sebepsiz zenginleşme davasının olumsuz şartı halini almakta; böylece BK.m.61 hükmünde yer alan şartlara ek olarak “edimin genel ahlâk kurallarına aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşmeden kaynaklanmaması” gerekliliği yönünde bir sonuç da doğmaktadır⁹⁵⁹. Aslında bu yorumun geçerlilik tartışması aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, temelde BK.m.20 ile m.65 düzenlemelerinin bağlantısıyla ilgilidir. (§ 9, II, B)

Buna karşılık, hükmün *dar yorumlanmasında* ise, bütün genel ahlâk aykırı sözleşmeler yönünden değil, sadece ifade bulunulan kişiyi genel ahlâka aykırı bir amaca uygun davranmaya sevk etmek ya da teşvik etmek amacıyla yapılan

⁹⁵⁷ **Tercier**, (Corruption), sh. 251 vd; **Zufferey-Werro**, sh. 367 vd; **Von Tuhr**, sh. 431; **Engel**, sh. 594 vd; **Guggenheim**, sh. 269 vd; **Tercier** (corruption), sh. 253; **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454.

⁹⁵⁸ **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454. Yukarıda da açıkladığımız üzere İsviçre Federal Mahkemesi genel olarak hükmü geniş yorumlamakta, buna karşılık ortaya çıkan adaletsizlikleri hakkaniyet gerektirdiğinde dürüstlük kurallarıyla gidermeye çalışmaktadır. (§ 9, I, A) Hukuka ya da genel ahlâka aykırı amaçla verilen her şey için iadenin yasak olması. “Verme” burada hukuka ya da ahlâka aykırılığın karşılığı olarak kararlaştırılan edim de kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılmalıdır. (ATF 74/1948 II sh.23 vd=JdT 1948 I sh.354 vd) “*BKm.66 hükmü, edimi sağlayan ve bu şüpheli vermeyi sona erdirmek isterse Devlet yardımını reddeden kişinin; hukuka ya da ahlâka aykırı iradesini (kasdını) yaptırma bağlar*” (ATF 95/1989 II sh.37, 41=JdT 1970 I sh.75,77) **Engel**, sh.593.

⁹⁵⁹ **Zufferey-Werro**,sh.367. Yazar ayrıca bu duruma, hukuka aykırılık haillerini de katarsak, olumsuz bu şartın bir noktada BK.m.20 hükmüne göre batıl bir sözleşmeyi temel alan edimin iadesini isteyememek şekline dönüşeceğini ve bu duruma imkansızlığın da gireceğine dikkat çekmektedir.

kazandırmalarda BK.m.65 uygulanabilecektir⁹⁶⁰. (*salaire du filou, Gaunerlohn*) Dolayısıyla ancak kişi, genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunu bildiği bir edimin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla yani bu yöndeki bir sözleşmeyi kurmaya teşvik etmek yönünde ifade bulunduğunda, hüküm uygulanmalıdır⁹⁶¹. O halde madde açıkça olumsuz bir anlama sahiptir: böylece hakim ancak söz konusu amaca sahip olunmadığına karar verdiğinde edimin iadesini kabul edebilecektir⁹⁶². Doktrindeki baskın görüş de bu doğrultuda hükmün dar yorumlanması yönündedir⁹⁶³. Yargıtay kararları incelendiğinde de, Yüksek mahkemenin genel olarak kuralı dar yorumlamak yönünde bir eğilime sahip olduğu söylenebilir⁹⁶⁴.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hükmün amacının genel ahlâka aykırı davranışların *cezalandırılması* ve iade imkanının ortadan kaldırarak bu yöndeki edimlerin ifasına engel olunması yönünde olduğunu düşündüğümüzden bu amaca en fazla hizmet edecek yorumun hükmün dar yorumu olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla bize göre de BK.m.65 hükmü, bütün genel ahlâka aykırı sözleşmeler yönünden değil; sadece ifade bulunulan kişiyi genel ahlâka aykırı bir amaca uygun davranmaya sevk

⁹⁶⁰ **Tercier**, (Corruption), sh. 253; **Zufferey-Werro**, sh. 368; **Von Tuhr**, sh. 431; **Engel**, sh. 594; **Guggenheim**, sh. 269 vd; **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454. Aynı yönde, **V.Büren**, Bernerkungeln zu Art. 66 OR, SJZ, 58, 1962, sh. 225 vd. Ayrıca eleştiriler hakkında bkz. **Öz**, sh. 112 vd; **Hatemi**, sh. 534 vd; **Sirmen**, sh. 193.

⁹⁶¹ **Engel**, sh.593. (ATF 53/1927 II sh.41 vd)

⁹⁶² **Zufferey-Werro**, sh.368.

⁹⁶³ **Von Tuhr**, sh. 431; **Engel**, sh. 594 vd; **Guggenheim**, sh. 269 vd; **Tercier** (corruption), sh. 253; **Zufferey-Werro**, sh.368. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7ème éd., Zurich 1998, n.1550 vd.

⁹⁶⁴ Örneğin Yargıtay 4.HD 8.12.1970 T, E.8973, K.9021 kararında, bir kimsenin elindeki dövizi merkez bankasına yatırması gerekirken hukuka aykırı olarak başkasına vermesini dar yorumlayarak, iadenin istenemeyeceğine karar vermiştir. Buna karşılık Yargıtay'ın geniş yorum yaptığı bir karar olarak bkz. 4.HD 14.11.1944 T, E.1752, K.2650. Ayrıca başka örnekler için bkz. **Hatemi**, sh. 537, dipn. 6. Aynı şekilde yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Alman ve Fransız yargı ve doktrininde yer alan görüşlerde genel olarak hükmün dar yorumlanması yönündedir. (§ 9, I, A)

etmek ya da teşvik etmek amacıyla yapılan kazandırmalarda uygulama alanı bulmalıdır⁹⁶⁵.

Kaldı ki dar yorum yönündeki görüşümüz metnin kaleme alınış tarzında da kendini göstermektedir. Maddenin geniş yorumlanmasını savunan yazarlar BK.m.65 düzenlemesini, sebepsiz zenginleşme davalarının olumsuz bir şartı gibi ele almaktadır. Oysa ki maddenin metne alınışı dikkatli incelendiğinde, sebepsiz zenginleşmenin dört başlık altında düzenlenen hükümlerden oluştuğu görülür. “(C) *İstirdatın Caiz Olmaması*” başlığı altında düzenlenen BK.m.65 hükmünün “(A) *Şartlar*” şeklindeki BK.m.61 ve m.62 hükümlerinden ayrı olduğu son derece açıktır⁹⁶⁶.

Buna karşılık dar yoruma rağmen doğabilecek hakkaniyete aykırı durumlar yönünden ise, her zaman MK.m.2/II hükmünün son çare olarak bulunduğu da unutulmamalıdır. Çünkü dürüstlük kuralları geçersiz bir sözleşmenin varlığı halinde bile, borcunu ifa eden veya hakkını kullanan tarafın peşini bırakmayacak olan genel bir kural, genel bir ilke ve üstün bir normdur⁹⁶⁷. Üstelik kural, genel ahlâka aykırı bir davranıştan yararlanmayı da yasaklar: böylece hiç kimse kendi kusurlu ve kötü niyetli hareketinden hak elde edemeyecektir ve bu ilke her iki sözleşme tarafı için de geçerlidir. Kaldı ki *Zufferey-Werro’nun* da haklı olarak ifade ettiği üzere aslında BK.m.65 hükmünün kendisi dürüstlük kurallarının ve MK.m.2/II’e paralel hakkın kötüye kullanımının bir yansıması ve uygulamasıdır. Çünkü böyle bir durumda iade

⁹⁶⁵ Ayrıca maddenin ratio legisini açıklayan gerek cezalandırma gerekse yasal korumanın reddi görüşleri yönünden dar yorumun benimsenmesi gerektiği ve bu yöndeki görüşler için bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 377 vd.

⁹⁶⁶ Aynı yönde bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 370.

⁹⁶⁷ **Akyol**, (dürüstlük kuralı), sh. 13.

hakkının saklı kalmasını isteyen taraf, ifa ederken genel ahlâka aykırı amacını her zaman saklamak durumunda kalacaktır. O halde hüküm mutlaka dar yorumlanmalı ve böylece her iki tarafın da genel ahlâka aykırılık amacına sahip olmasıyla sınır çizilmelidir⁹⁶⁸.

B) BK.m.65 Kuralı ile BK.m.20 Hükümünün Bağlantısı

BK.m.65’de yer alan iade engeli ile BK.m.20’deki genel ahlâka aykırı sözleşmelerin butlanı arasında yakın bir ilişki bulunduğu açıktır. Çünkü genel ahlâka aykırı amaç için bir şeyin verilmesinde daima taraflar arasında karşılıklı irade açıklamalarıyla oluşan bir anlaşma yani hukuksal işlem (sözleşme) vardır⁹⁶⁹. Ancak kimi yazarlar bu ilişkiye geniş bir anlam vererek BK.m.65 hükmüne bağlı iade taleplerinin sadece m.20 anlamında hukuka ve genel ahlâka aykırı sözleşmeler yönünden uygulanabileceğini savunmaktadırlar⁹⁷⁰. Bu görüşe sahip yazarların temel gerekçeleri ise, hükümler arasında bu ilişkinin kurulmasının zorunlu olduğu aksi halde maddenin kapsamının son derece genişleyeceği endişesidir⁹⁷¹. Dolayısıyla BK.m.20 hükmü dışındaki hallerde, örneğin irade bozuklukları, gabin gibi durumlarda BK.m.65 yasağı geçerli olamamalı ve her iki hüküm de birbirinin tamamlayıcısı gibi değerlendirilmelidir⁹⁷².

⁹⁶⁸ Zufferey-Werro, sh. 380.

⁹⁶⁹ Kılıçoğlu, sh. 373.

⁹⁷⁰ Rieg, sh. 313; Hatemi, sh. 543. Eren, sh. 859. Aynı yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 2.HD, 7.7.1949 T, E.2771, K.1858.

⁹⁷¹ Hatemi, sh. 544.

⁹⁷² Dolayısıyla sözleşme şekil eksikliği, irade eksikliği ya da ehliyetsizlik gibi sebeplerle batıl olduğunda sebepsiz zenginleşme davasına konu oluşturabilecek iken, genel ahlâk kuralları söz konusu olduğunda iade mümkün olmayacaktır. Zufferey-Werro, sh.367; Engel, sh. 594. Ayrıca bu konularda özel olarak bkz. Hatemi, sh. 545 vd. Buna karşılık Engel, İsviçre Federal mahkemesinin bu durumlarda meseleyi BK.m.65 hükmü ile değil hakkın kötüye kullanımı ile aştığını, bu nedenle re’sen dikkate aldığını belirtmektedir. Engel, sh. 595. Nitekim Yargıtay bir kararında evlenmeyi

Gerçekten de somut meseleler dikkatli olarak incelendiğinde, genel olarak iade engeliyle ilgili hükümlerin çoğunlukla BK.m.20'e göre hukuka ya da genel ahlâk aykırı sözleşmelerden kaynaklandığı görülür. Ancak yine de biz her iki hükmün uygulama alanlarının aynı olmadığı kanaatindeyiz. Gerçekten de, BK.m.20 hükmü, içerik yönünden sözleşmelerin geçerlilik denetimiyle ilgili iken; BK.m.65, verme şeklindeki bir kazandırıcı işlemin iade talebi ile ilgilidir. (§ 9, III, A) Dolayısıyla m.20'de içeriği genel ahlâka ve hukuka aykırı olan sözleşmeler araştırılır, buna karşılık m.65 hükmünde verenin amacının yani tasarruf işlemi yaparken güttüğü temel sebeplerin genel ahlâka aykırı olmasıyla ilgilenilir⁹⁷³. (§ 9, III, B) Buna göre BK.m.20 hükmü genel ahlâka aykırı sözleşmeleri düzenlerken, sözleşmenin *içeriği* kavramına ve bu denetime hem edimler, hem sözleşmenin amacı, hem de konu oldukları taahhütler ile borçlunun özgürlüklerinin aşırı ihlali dahildir. (§ 7) Oysa BK.m.65 hükmü “genel ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere” yapılan ifalardan bahseder. Dolayısıyla aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere bizim görüşümüz maddenin sadece tarafların sahip oldukları *doğrudan ya da dolaylı* amaçları kapsayarak bir iade yasağı getirdiği yönündedir⁹⁷⁴. (§ 9, III, B)

Bu noktada her iki hüküm arasında doğan bir diğer fark da, içerik denetimi yönünden taraflara ait amaçlara sahip olmakta kendisini gösterir. Buna göre ister doğrudan ister dolaylı amaç söz konusu olsun (§ 7, II, A) BK.m.20 hükmünün

ümit ettiği kişiye dairesini satım göstererek devretmenin ardından evlenmemeyi BK.m.65 hükmü kapsamında değil, irade sakatlığı kapsamında değerlendirmiştir. (BK.m.24) Yarg. 1.HD, 11.03.2003 T, E.2003/827, K.2003/2654; Ayrıca bkz.Yarg.1.HD, 11.3.2003 T, E.2003/827, K.2003/3654, Yarg. 4.HD, 6.10.2003 T, E.2003/5655, K.2003/11194.

⁹⁷³ Öz, sh. 118. Buna karşılık Hatemi, içerik ve amaç yönündeki bu ayrımı reddetmekte böylece m.65 hükmünün uygulama alanını m.20 ile sınırlamaktadır. **Hatemi**, sh. 544.

⁹⁷⁴ Aynı yönde bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 370 vd.

uygulama bulabilmesi için mutlaka her iki sözleşme tarafına ait ortak düşünceyi ifade etmesi gerekirken, m.65 hükmü yönünden sadece veren kişinin sahip olduğu ve onu sözleşmeyi ifaya yönlendiren amacın genel ahlâka aykırılığı iade yasağı bakımından yeterlidir.

Bu sebeple *Öz'ün* de haklı olarak belirttiği üzere, her iki madde hükmünün uygulama alanı birbirleriyle kesişen iki daire gibidir. Buna göre, hukuka ya da genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşmede m.65 hükmünün uygulanmaması mümkün iken; m.65 hükmünün uygulandığı bir durumda m.20 hükmün çerçevesinde butlanın söz konusu olmaması da mümkündür⁹⁷⁵. Örneğin, yukarıda da incelediğimiz üzere (§ 7, I, B) bir erkeğin evlenmek istediği kızın yakınlarına evliliği onaylamaları karşılığı sağladığı maddi menfaat yani *başlık parası* bugün Yargıtay tarafından hem hukuka hem de genel ahlâk kurallarına aykırı kabul edilmektedir;⁹⁷⁶ ve bu durum başlık parasına ilişkin edimlerin ifa edilmesini engelleyen sonucu ile oldukça tatmin edicidir. Ancak batıl olan başlık parası BK.m.65 hükmü ile bir arada değerlendirildiğinde, bilhassa ifa edildikten sonra evlenmeden ayrılan kişiler yönünden iadenin istenememesi oldukça tartışma yaratmaktadır. Doktrindeki

⁹⁷⁵ *Öz*, sh.120 vd. Mesela yazar, m.65 hükmünün m.20 dışında uygulanabileceği durumlarla ilgili verdiği örneklerden biri şudur: A henüz tanışmadığı B'ye kanunsuz bir iş için rüşvet vermek isterken, yanlışlıkla parayı C'ye vermiştir. C bunu bağış olarak kabul etmiş, durumun farkına varan A şahısta hata (BK.m.24/II) nedeniyle paranın iadesini talep etmiştir. Bu durumda sözleşme BK.m.20 hükmü sebebiyle batıl değildir. Ancak yine de iade talebi BK.m.65 hükmü çerçevesine girer. Hatemi ise, BK.m.20 dışında kalan bir sebeple batıl olan sözleşmelerde verilenin geri alınabileceği görüşündedir. *Hatemi*, sh. 546 vd. Öte yandan *Öz*, BK.m.20 hükmünün m.65 dışında uygulanabileceği durumlar içinse şu örneği verir: A, yattığı devlet hastanesinde kendisinden ücret almadan ameliyat etmesi gereken doktora ücret (rüşvet) vermesi durumunda amacı hukuka ya da genel ahlâka aykırı değilse, bu durumda m.65 hükmü uygulanmamalı ve iade mümkün olmalıdır.

⁹⁷⁶ Yarg. 11.HD. 11.2.1980 T, E. 1980/620, K. 1980/620 (YKD, 1981, S.3, sh.322 vd); Yarg. 11.HD. 8.12.1975 T, E. 4834, K. 7191. Aynı yönde bkz. *Hatemi*, sh.311 vd; *Öz*, sh.125 vd; *Tekinay*, sh. 75 vd.

tartışmalara karşılık⁹⁷⁷ katıldığımız görüşe göre, öncelikle belirtmek isteriz ki belli bir miktar para karşılığında evlenmeye izin vermek, her zaman için genel ahlâk kurallarına aykırı ve butlan yaptırımı ile sakattır (BK.m.20). Buna karşılık iade yönünden BK.m.65 kuralı ile ortaya çıkan haksızlıklar başlık parasını verenin amacı göz önünde bulundurularak giderilebilir. Böylece ifa gerçekleştirilirken genel ahlâka aykırı bir *amaç* söz konusu ise hüküm uygulanmalı, buna karşılık normal bir aile kurmaktan başka amaç içermeyen durumlarda ise genel ahlâka aykırılık söz konusu olmayacağından hüküm uygulama alanı bulmamalıdır⁹⁷⁸. Aynı şekilde, her zaman BK.m.20 anlamında batıl olan *rüşvet anlaşmaları* yönünden de BK.m.65 hükmü, veren kişinin aslında hakkı olan bir sonuca ulaşmak adına ifayı gerçekleştirmesi durumunda, artık genel ahlâka aykırılık oluşturmayacağından uygulanmamalı ve iade mümkün olabilmelidir.

C) Kuralın Etkisi

Acaba BK.m.65 hükmü, iade borcunun doğmasını mı yoksa borçluyu ifaya zorlamayı mı önleyerek etkilerini doğurmaktadır? Bu sorunun yanıtı da yine doktrinde oldukça tartışılmıştır. Bir görüşe göre, hüküm kazanma sebebi yerine geçer, dolayısıyla borcun doğmasına engel olur. Bu nedenle hakim durumu re'sen dikkate almalıdır. Eğer ifa yapılan kişi hataen kendisine genel ahlâka aykırı olarak verileni iade etmişse, bunu ispat ederek BK.m.62 hükmüne göre geri iadeyi

⁹⁷⁷ Bu konuda çözüm olarak ortaya konulan en temel görüşler, başlık parasının genel ahlâka aykırı olmasına rağmen iadenin dürüstlük kurallarıyla sınırlanması (**Hatemi**, sh.315 vd); nişan hediyesi olarak kabul edilerek iadenin mümkün olması, (Yarg. 6.HD, 1.4.1980 T, E.1976/11014, K. 1980/3155; Yarg. 6.HD, 9.4.1974 T, E.3194, K.3424; Yarg. 6.HD 16.6.1978 T, E.4796, K.4888) ve nihayet başlık parasının tehdit oluşturduğu gerekçesiyle iadenin imkanıdır. (**Tekinay**, sh.86. Vekalet sözleşmesi hükümlerine de başvurulabileceğini savunan yazar başlık parası için genel ahlâk kurallarına aykırılığı bu gerekçelerle dışarıda bırakmaktadır).

⁹⁷⁸ **Öz**, sh.128 vd.

isteyebilecektir⁹⁷⁹. Buna karşılık Federal mahkemenin de kararlarına konu olan ikinci görüşe göre ise, BK.m.65 hükmü iade borcunu “*eksik borç*” haline getirmektedir. Dolayısıyla, iade borçlusu bu yönde bir savunma yapmadıkça hakim iade talebini kendiliğinden reddedemez ya da iade yapılmışsa artık geri istenemez⁹⁸⁰.

Her şeyden önce genel ahlâk kurallarının toplumdaki birliği, bütünlüğü ve hatta hukuki güvenliği sağlayabilmek adına ihtiyaç duyulan üst değerlerden biri olması, onu hem emredici yapmakta hem de kamu düzeniyle olan bu bağlantısı kuralların hakim tarafından *re’sen* dikkate alınması gerekliliğini doğurmaktadır. (§ 3, II, B, 1) Bu bağlamda genel ahlâk aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilenlerin iadesiyle ilgili hüküm de, hakim tarafından *re’sen* dikkate alınmalı ve somut olaydaki iade talepleri karşısında uygulanmalıdır.

Buna karşılık, acaba hüküm eksik borç yaratabilir mi? Bilindiği gibi eksik borçlar talep edilebilen, ödenebilen ancak dava edilemeyen borçlardır. Dolayısıyla eksik borçlarda, aslında ortada geçerli bir borç doğmasına rağmen borçlunun borca aykırı davranışı halinde devlet gücü ve zorlamasıyla sağlanacak yaptırımlar mevcut değildir⁹⁸¹. Zamanaşımına uğramış borçlar, ahlaki ödevlerden doğan borçlar⁹⁸² ya da

⁹⁷⁹ **Aubert**, sh. 178 vd; **Hatemi**, sh. 603 vd; **Akev**, sh. 414 vd; **Kılıçoğlu**, sh. 373.

⁹⁸⁰ **Zufferey-Werro**, sh. 384; **Engel**, sh. 595; **Petitpierre**, (Commantaire Romand), sh. 454; **Tercier**, (corruption), sh. 251; **Öz**, sh. 115 vd; **Oğuzman/Öz**, sh. 768 vd; **Serozan**, Geçersiz Satım Sözleşmesinin Çözülmesi, MHAD, Y.3, N.4, İstanbul, 1969, sh. 193. Örnek İsviçre Federal mahkeme kararı olarak bkz. ATF 75 II 297; JdT 1950 I 301; ATF 84 II 179, JdT 1959 I 49.

⁹⁸¹ Eksik borç kavramı için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 58 vd; **Tandoğan** (obligations), sh. 55 vd; **Eren**, sh. 83 vd; **Kılıçoğlu**, sh. 23 vd; **Merz**, sh. 231 vd; **Engel**, sh.43 vd; **Tercier**, 67 vd.

⁹⁸² Bunlar hukuk düzeninin tanımadığı ancak genel ahlâk kurallarının tanıdığı borçlardır. MK.m.364 dışındaki yakınlarla yardım durumunda olduğu gibi. Aslında yardım nafakası yükümlülüğü bulunmamasına rağmen yakınlarla yapılan yardımlar ahlaki bir borcun ifası olarak kabul edilmekte ve eksik borç olmaktadır. Bu anlamda BK.m.62/c.2 bizzat ahlaki ödevlerin ifası yönünden sebepsiz zenginleşme talebinin mümkün olmayacağını; BK.m.234/II ise ahlaki ödevlerin ifalarının bağışlama olmadığını hükme bağlar. Aslında bir kimseyi ahlaki bir ödevini yerine getirmeye zorlayan hiçbir hukuki baskı yoktur ancak yerine getiren kişi de artık edimin iadesini isteyemeyecektir. Ahlaki ödev

kumar ve bahisten doğan borçlarda⁹⁸³ olduğu gibi. Dolayısıyla eksik borçların temelde hukuki sebebe yani iktisap sebebine sahip olmaları her şeyden önce BK.m.20 anlamında batıl olan ve geçerli kurulmamış olan sözleşme ilişkileri yönünden doğru bir tespit olmayacaktır. Bu tür sözleşme ilişkileri için baştan itibaren geçerli kurulmadıkların, ifa edilen edimlerin iadesi gerekecek ancak bizzat BK.m.65 hükmü sebepsiz zenginleşme ilkesine istisna oluşturarak buna engel olacaktır. Oysa ki, edimin ifa edildiği taraf, genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olan bir hukuki sebep ile aslında zenginleşmiştir. Kaldı ki bizim de katıldığımız görüşe göre, hükmün asıl amacı genel ahlâka aykırı davranışların cezalandırılması yönünde olduğuna göre (§ 9, I, B) kanaatimizce bu amaç hükmün tabi borç yaratmasına da engel olmalıdır. Oysa ki eksik borçlarda hükümlerin ratio legisi cezalandırma yönünde değildir. Örneğin bir kimse ahlaki ödevini yerine getirdiği ya da zamanaşımı sürelerini geçirdiği için cezalandırılmayacaktır.

III- BK.m.65 Kuralının Şartları

A) Tasarruf İşleminin Gerçekleştirilmiş Olması

Öncelikle BK.m.65 hükmünün metni incelendiğinde kanun koyucunun “...verilen bir şey...” ifadesini kullandığı görülmektedir. Dolayısıyla hükmün uygulanabilmesi için, en azından taraflardan birinin edimini ifa etmiş olması; yani bir

kavramının da tıpkı genel ahlâk kurallarında olduğu gibi zaman ve mekana göre değişen objektif bir içeriği vardır: içtihatlar kavramın içeriğini “genel (kamusal) vicdana (bilince)” göndermede bulunarak belirler. **Roy/Schöenenberger**, sh. 40. **Merz**, sh. 232 vd.

⁹⁸³ Devlet tarafından izin verilen kumar ve bahisler yönünden elbette eksik borç olma özelliği söz konusu değildir. Milli piyango ya da at yarışlarında olduğu gibi. Bu konuda özel olarak bkz. **Akev**, *Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis*, İstanbul, 1964, özel olarak kumar borcunun genel ahlâka aykırılığı hakkında bkz. sh. 99 vd. Ayrıca **Merz**, sh. 233; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 68; **Tandoğan** (obligations), sh. 57; **Eren**, sh.83 vd; **Kılıçoğlu**, sh.24.

başka ifadeyle *tasarruf işlemi*ni gerçekleştirmiş olması gerekir⁹⁸⁴. Zira bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen ve onun diğer tarafa geçmesini, içeriğinin sınırlanmasını, değiştirilmesini ya da ortadan kaldırılmasını sağlayan işlemler tasarruf işlemleridir⁹⁸⁵. Bu sebeple çok açıktır ki borçlandırııcı işlemler yönünden, hüküm uygulama alanı bulamaz. Çünkü borçlandırııcı işlemler ile kişi sadece borçlanılan yükümlülüğüne uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı yüklenmektedir. Dolayısıyla genel ahlâka aykırı olan bir borçlandırııcı işlemin muhatabı her zaman ifanın BK.m.20 hükmü çerçevesinde batıl olduğunu ileri sürebilecek, böylece alacaklı, borçlu görünen kişiyi zaten ifaya zorlayamaz⁹⁸⁶. (§ 8, II, A) O halde kanun koyucunun ifade ettiği üzere “*verme edimi*” kesin olarak karşı tarafın malvarlığına girmiş olmalıdır.

Hükmün tasarruf işlemiyle gerçekleşen kazandırmalarda uygulanma özelliği, yukarıda da detaylı olarak incelediğimiz üzere *soyut borç ikrarları* yönünden BK.m.65 hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalarını gündeme getirir. (§ 7, II, C) Daha önce incelediğimiz için detaylarına girmeyeceğimiz bu görüşlere karşılık biz, BK.m.17 hükmünün taraflara, sözleşme ilişkisine ait sebepten bağımsız, sadece şekli anlamda soyut bir borç ilişkisi yarattığı görüşündeyiz⁹⁸⁷. Dolayısıyla bu hukuki ilişkinin de kaçınılmaz olarak bir sebebi mevcuttur ancak

⁹⁸⁴ Engel, sh. 594; Tercier, sh.331; Petitpierre, (Commentaire Romand), sh. 454; Zufferey-Werro, sh. 366; Von Tuhr, sh. 431; Eren, sh.860; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh. 739; Oğuzman/Öz, sh. 768.

⁹⁸⁵ Engel, sh.145 vd; Tercier, sh. 53; Eren, sh. 160 vd; Kılıçoğlu, sh. 33 vd.

⁹⁸⁶ Genel ahlâka aykırı amaçla verilmesi *taahhüt edilen şeyler* için iade söz konusu olmadığı gibi, ifaya zorlama davası açılmaz. Yarg. 4. HD, 5.12.1978 T, E.2161, K.13672, Uygur, sh.1012-1013. Ayrıca benzer bir rüşvet vaadi örneği için bkz. ATF 30/1904 II 413, Zufferey-Werro, sh.366; Engel, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, sh. 186; ATF 129/2003 III, sh. 320= JdT 2003 I sh. 331.

⁹⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, sh.133 vd; Eren, sh.177 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh. 137 vd; Simonius, sh.763; Engel, sh. 156 vd; Du Pasquier, (Commentaire Romand), sh. 76 vd.

tarafklar bu sebebi düzenledikleri sözleşmenin dışında tutmaktadırlar. O halde genel ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere düzenlenen soyut borç ikrarları yönünden alacaklının önünde iki seçenek vardır: ister soyut borç ikrarına, isterse bu ikrara sebep temel ilişkiye dayalı hakkını talep edebilir. Buna göre meselenin BK.m.65 h k m  karşısındaki durumu, borçlunun ifada bulunup bulunmamasına göre değişir.        madde genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için verilenlerin geri istenemeyeceğini hükme baęlar⁹⁸⁸. Buna göre, eğer borçlu taahhüt altına girdiği miktarı henüz ödememiş ise mesele yoktur. Genel ahlâka aykırı amaçla verildiği ispat edilen soyut borç ikrarının geçersizliği, borçlunun vadinin de geçersizliği sonucunu doğuracak ve soyut borç ikrarı iptal edilecektir. Zira BK.m.65 h k m  genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenmiş ve bedeli ödenmemiş senetlerin iptaline engel deęildir⁹⁸⁹. Buna karşılık ödemede bulunulmuş ve ifa gerçekleşmiş ise, artık genel ahlâka aykırı amaçla verilenlerin iadesi BK.m.65 h k m  çerçevesinde geri istenemez⁹⁹⁰.

Öte yandan madde metninde ifade edilen “*verilen şey*” terimi, dar anlamda ele alınmamalıdır.        BK.m.65 h k m  belirli bir sözleşme tipine bağımlı

⁹⁸⁸ Von Tuhr, sh. 251.

⁹⁸⁹ Yarg. HGK, 5.3.1986 T, E.1985/11-832, K.1986/199, Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 8.12.1975 T, E.4834, K.191; Yarg. 15.HD, 15.11.1976 T, E.4887, K.4912, Uygun, sh.2922-2924, ayrıca Yarg. 11. HD, 11.2.1980 T, E.620, K.620, Karahasan, sh.265 vd; yine bkz. Yarg. 11.HD. 18.6.1991 T, E.1989/9057, K.1991/4151; Yarg. HGK, 5.3.1986 T, E.1985/11-832, K.1986/199; Yarg.11 HD 15.11.1976 T, E.1976/4887, K.1976/4912. Öte yandan, Soyut borç ikrarının sebebi, genel ahlâka aykırı olarak iptali gerektiren nedenlerle bağlantılı değilse ve sözleşme genel ahlâka aykırı bir yön açıklamıyorsa iptali ileri sürülemeyecektir. Yarg. 4.HD, 24.3.1972 T, E.611, K.2581, Uygun, sh.1012.

⁹⁹⁰ Hatta genel ahlâk kuralları bakımından bu durumun, taraflar arasında sözleşme özgürlüğü ilkelere göre yaratılan “maddi anlamda soyut sözleşmeler” için dahi geçerli olduğu kabul edilir. BK.m.18/II ve BK.m.162/II hükümlerinde de öngörülen “maddi anlamda soyut borç ikrarları”; tarafların açık ve kesin olarak temel ilişkiye konu def’i ve itirazlardan tamamen ya da kısmen, feragat etmeleri sonucu yaratılan ve böylelikle aslında yeni bir borç doğuran sözleşmelerdir. Maddi anlamda soyutlukta, borcun hukuki sebebi, borçlandırıcı işlemin dışında bırakır ve zorunlu unsuru olmaktan çıkarılır. Böylece temelindeki hukuki sebep geçersiz olsa dahi borç geçerliliğini muhafaza eder. Ancak bunlar için dahi, temel ilişkideki genel ahlâk kurallarına aykırılığın, alacaklıya karşı ileri sürülebileceği kabul edilir Engel, sh. 157; Eren, sh. 178. Ayrıca bkz. ATF 65 II 81 vd.

olmadığından sadece bağışlama ile sınırlı tutulamaz⁹⁹¹. Dolayısıyla herhangi bir verme edimini içeren isimli ya da isimsiz her sözleşme ilişkisi, diğer şartların da bulunması halinde hükümden yararlanmayı sağlayabilir. Yeter ki edim yönünden ifa gerçekleşmiş ve sözleşmenin karşı tarafının malvarlığına girmiş olsun. Verme edimi cins ya da parça özelliği taşıyan maddi bir edim olabileceği gibi, sözleşmeye ait asli ya da fer'i haklardan da doğabilirler. Örneğin, kefalet sözleşmesinden doğan edimlerde olduğu gibi. Buna karşılık, tüketilen, telef olan, yok edilen ya da iyiniyetli üçüncü kişilere devredilen edimler yönünden, kanun koyucu iadeyi ahlâki nedenlerle yasaklamakta ve böylece genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için ifada bulunan kimseyi korumamaktadır⁹⁹².

Daha önce de değindiğimiz üzere, doktrinde BK.m.65 hükmü kapsamındaki bir verme edimine, para dışında aynı hakların da konu olup olamayacağı tartışılmaktadır. Bu noktada doktrinde kimi yazarlarca savunulan ve hükmün uygulama alanının *aynı talepleri* de kapsayacağı yönündeki görüşe⁹⁹³ katılmadığımızı da belirtmek isteriz⁹⁹⁴. Her şeyden önce bu görüş maddenin etki alanını son derece

⁹⁹¹ **Zufferey-Werro**, sh. 366.

⁹⁹² ATF 75 II 297. **Eren**, sh. 860. Nitekim Yargıtay bir kararında genel ahlâka aykırı kabul ettiği başlık parasının iadesine imkan tanımadığı gibi, o para ile alınan eşyanın da geri verilmesinin istenemeyeceğine karar vermiştir. Ancak Yargıtay burada misli mal olarak paranın malvarlığına dahil olmasından değil, taşınır eşya olması sebebiyle artık istihkak davasına konu olması gerektiğinden hareket etmiştir. Yarg. 4HD, 16.6.1975 T, E.5036, K.7669; **Uygur**, sh. 1010.

⁹⁹³ **Sungurbey**, Medenî Kanun Öntasarısı Eleştirisi, İstanbul, 1972, sh. 140 ve sh.149'da belirtilen yazarlar. Ayrıca bkz. **Tunçomağ**, Nikahsız Birleşmenin Sağlanması İçin Kadına Verilenlerin BK.m.65 Hükmü Gereği İadesinin İstenememesi, Karar İncelemesi, BATİDER, C.II, 1964, sh. 422-423. Ayrıca bu konuda bkz. **Rochat**, Inefficacit  du titre d'ali nation et renaissance de l'action r elle mobili re 2002, sh. 189-194; **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454; **Zufferey-Werro**, sh. 363, **Aubert**, sh. 171 vd; **Hatemi**, sh. 495 vd; ** z**, sh. 109 vd; **Eren**, sh. 860; **Von Tuhr**, sh. 452; **Oğuzman/ z**, sh. 767.

⁹⁹⁴ Nitekim Yargıtay da bir kararında nikahsız, karı koca gibi bir arada yaşıyan kadının, çeyiz eşyası hakkındaki davasının BK.m.65 kapsamına girmeyeceğine        taşınır mal mülkiyetine dayanan bu isteğ n istihkak davasına konu olduğuna karar vermiştir. Yarg. 4HD, 14.11.1985 T, E.8143, K.9334, **Uygur**, sh.1011-1012. Yine bkz. Yarg. 4HD, 16.6.1975 T, E.5036, K.7669; Yarg. 4HD, 17.10.1967 T, E.6827, K.7520. Buna karşılık taşınır ve taşınmazlarla ilgili BK.m.65 h k  

genişletmekte ve üstelik ne sebepsiz zenginleşme davalarının ikinci derecede yani tali davalar olma özelliği ile ne de aynı hakların mutlaklık nitelikleriyle örtüşmemektedir. Bu anlamda, gerek taşınırılar gerekse taşınmazlar bakımından sebebe bağlılık ilkesini kabul eden hukuk sistemimizde, ifaya temel hukuki işlemin genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olması halinde açılacak olan mülkiyet davası, zaten sebepsiz zenginleşme davasını önler. Öte yandan bu görüş taraftarı yazarların bilhassa karşılıklı edim değişimini içeren genel ahlâk aykırı sözleşmelerde, ifa edilen bu edimlerden birinin kazanıldığı, diğerinin mülkiyetinin ise devralana geçmediği durumlarda ortaya çıkacak haksızlıkları engelleme amaçlarının ise iade borçlusu yönünden MK.m.2/II hükmü ile önlenebileceğini düşünmekteyiz⁹⁹⁵.

B) Genel Ahlâka Aykırı Sonuç Elde Etme Amacı

BK.m.65 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için gereken ikinci şart ise, edimin mutlaka genel ahlâka aykırı bir amaçla ifa edilmiş olmasıdır. Maddenin düzenlenmesinde yer alan “...*ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali...*” ifadesi de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. O halde ifa edilen yani verilen edim ile amaçlanan, ulaşılmak istenilen sonuç genel ahlâka aykırı olmak zorundadır⁹⁹⁶. Bu

bağlantısından bahseden aksi yöndeki karar örnekleri için bkz. Yarg. 1.HD 8.6.1984, T, E.7119, K.6921; Yarg. 1.HD, 30.5.1978 T, E.5226, K.6246, Yarg. 4.HD, 4.10.1988 T, E.5110, K.8229, **Uygur**, sh.1011.

⁹⁹⁵ Örneğin, bir kimsenin adam öldürmesi için para karşılığı silah satması durumunda, satım sözleşmesi BK.m.20 hükmü ile batıl olacak, silahı alan suçlu işlemekten vazgeçtiği için her biri karşılıklı iade talebinde bulunduğu, bedel m.65 hükmüne göre iade edilemeyecekken, mülkiyet geçmeyeceğinden aynı talep hakkı hala geçerli olacaktır. **Hatemi**, sh. 505; **Rochat**, sh. 184. Ayrıca **Öz**, ise bu sakıncanın BK.m.81’de yer alan ödemezlik def’ine; Serozan ise BK.m.864 hükmünde yer alan hapis hakkına ait hükmün kıyasen uygulanması ile çözülebileceği görüşündedir. **Öz**, sh. 112; **Serozan**, Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi, MHAD, Y.3, n.4, İstanbul, 1969, sh. 188 vd.

⁹⁹⁶ **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454. Yani hüküm, sözleşmenin sonucunun genel ahlâka aykırı olmasının hedeflenmesine bağlıdır. Yarg. 4.HD, 3.4.1990 T, E.8542, K.2950, **Uygur**, sh.1008. Diğer yandan evlenme işlemine aracılık (telalılık) yapmakta genel ahlâka aykırı bir yön

hüküm yönünden de, hakim genel ahlâk kurallarına aykırılığı, tıpkı BK.m.19/II ve MK.m.23/II hükümlerinde olduğu gibi aynı değerlendirmeler ile sonuca bağlayacaktır. (§ 3, II ve § 4, I)

Yukarıda madde hükmünün BK.m.20 ile ilişkisini incelerken de belirttiğimiz gibi, hüküm ya genişletilerek BK.m.20 anlamında batıl olan bütün sözleşmelere uygulanabilecek ya da daha dar bir yorumla sadece genel ahlâk kurallarını ihlal etmeye teşvik niyeti göz önünde bulundurularak yorumlanacaktır. (§ 9, II, B) Bizim görüşümüz hükmün, uygulama alanının daraltarak doğabilecek adaletsizliklerin en aza indirilmesinin sağlanabilmesi yönündedir. Buna göre, madde bütün genel ahlâka aykırı sözleşmeler yönünden değil; sadece ifada bulunulan kişiyi genel ahlâka aykırı bir amaca uygun davranmaya sevk etmek ya da teşvik etmek amacıyla yapılan kazandırmalarda uygulama alanı bulmalıdır. (§ 9, IV) Tıpkı bir kimseyi maddi menfaat karşılığı evlilik dışında birliktelik yaşamaya yönlendirmekte olduğu gibi⁹⁹⁷. Buna karşılık Yargıtay, kanaatimizce isabetsiz olan bir kararında, kızı kaçırılan kimsenin, bir miktar para karşılığı şikayetinden vazgeçmeyi taahhüt etmesinde genel

bulmayan Yüksek mahkeme, yine de davacının iyi niyetinden yararlanmaya yönelik dolandırıcılık suçunu oluşturan davalıların eylemi hukuken himaye edilmez. Bu nedenle evlenme işlemine aracılık yapanla evlenecek kadına verilecek paranın evlenme gerçekleşmediği için iadesinin gerektiğine karar vermiştir. Yarg.3. HD, 4.2.1999 T, E.504, K.627, **Uygur**, sh.2928.

⁹⁹⁷ Örnek bir karar için bkz. Yarg.3.HD, 28.10.1957 T, E.7043, K.5951, **Uygur**, sh.1010. Kararda Yargıtay bir süre birlikte yaşama varsa nişanlanmadan söz edilemeyeceğine, bu durumda davalının davacıya verdiği 780 TL'nin yasal olmayan bir amaçla istihsalı için verilmiş paradan ibaret olduğunun kabul edilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiş böylece paranın BK.m.65 uyarınca iade imkanı olmadığını belirtmiştir. Ayrıca bkz. Yarg.4.HD, 6.6.1989 T, E.1691, K.5141, **Uygur**, sh.1013; Yarg. 8.HD, 17.9.1985 T, E.1985/7521, K.1985/8192. Buna karşılık Yargıtay, örneğin, yurt dışında çalışmak amacıyla ödenen parayı genel ahlâka aykırı bulmamış ve dolayısıyla BK.m.65 hükmü kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Yarg. 4. HD, 3.4.1990 T, E.8542, K.2950, **Uygur**, sh.2922. Buna karşılık bir başka kararında Yüksek mahkeme haklı olarak, evlilik dışında birlikte yaşamak her ne kadar genel ahlâka aykırı ise de, bu amacın elde edilmesi için verildikleri sabit olmayan ve davalıda kalan davacı kadına ait kişisel eşyaların iadesi yönünden BK.m.65 hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir. Yarg. 4.HD, 30.1.1970 T, E.11612, K.818, **Uygur**, sh.1006-1007. İsviçre hukukunda benzer bir durum için bkz. **Droin**, Peut-Il Y Avoir Lieu A Reparation D'un Dommage Qui Trouve Sa Source Dans Une Situation Illicite Ou Immorale? Le Concubinage Constitue-T-Il Une Telle Situation? SJ, 1979, sh. 147-164.

ahlâka aykırı bir yön bulmamış ve ödenen paranın iadesinin BK.m.65 kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir⁹⁹⁸.

Diğer yandan madem ki, BK.m.20 hükmü genel ahlâka aykırılık denetimini sözleşmenin *içeriği* kavramı üzerinden yapmakta ve edimleri, sözleşmenin amacını, taahhütlere konu borçlu özgürlüklerinin aşırı ihlallerini ayrı ayrı değerlendirmektedir (§ 7); o halde bizim görüşümüz BK.m.65 hükmünün sadece taraflara ait *amaçları* kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği yönündedir. Bu sebeple genel ahlâka aykırı amaç, ifada bulunan tarafın sahip olduğu *doğrudan bir amaç* olabileceği gibi; ifada bulunan kişinin sahip olduğu, edimi alan kişinin ise bildiği veya bilebilecek durumda olduğu *dolaylı bir amaç* da olabilir⁹⁹⁹.

Bu sebeple tek başına *edimin* genel ahlâka aykırı olması iadeye engel olmamalıdır. (§ 7, II) BK.m.65 hükmü çerçevesinde iade yasağını sağlayacak olan, ifa eden kişinin aynı zamanda genel ahlâka aykırı bir amacının bulunması ve karşı tarafı da bu amaca teşvik etmek yönünde ifayı gerçekleştirmesidir. Tıpkı, para karşılığında bir kimse ile cinsel ilişkiye girmek, kişinin dinini değiştirmesini sağlamak ya da boşanmaya razı etmek durumlarında olduğu gibi. Bu örneklerde her ne kadar ilk bakışta edim yönünden bir genel ahlâka aykırılık göze çarpsa da; iade yasağını sağlayacak olan ifa ile ulaşılacak istenilen amaçtaki genel ahlâka aykırılıktır. Buna karşılık, sıkça kullanılan bir örnekte olduğu gibi, okulunu başarıyla bitiren bir

⁹⁹⁸ Yarg. 13.HD, 5.2.1988 T, E.1988/141, K.1988/543.

⁹⁹⁹ Aynı yönde bkz. **Zufferey-Werro**, sh. 370 vd. Yargıtay bir kararında akrabaları olan davalı karı kocanın nesebinden gelen küçüğün nesebini suç niteliğindeki bir eylemle üzerlerine geçirterek kendi çocukları gibi bakan ailenin, çocuğun iadesinde yaptıkları harcamaları istemesinin BK.m.65 kuralı gereği mümkün olmayacağına karar vermiştir. Yarg. 4. HD, 3.5.1974 T, E.3855, K.2960, **Uygur**, sh. 1010.

öğrencinin diplomasını almak için başvurduğu görevli kendisine para vermediği takdirde zorluk çıkaracağını belirttiğinde, bir an önce diplomasını almak isteyen kişinin verdiği rüşvet edimi şüphesiz ki her durumda BK.m.20 hükmüne göre genel ahlâk kurallarına aykırıdır. Peki ama aynı davranışın genel ahlâka aykırı bir amaç için ifa edildiğini söylemek ne kadar doğrudur?¹⁰⁰⁰

Aynı şekilde borçlunun özgürlüklerinin aşırı ihlal edilmesi, tek başına BK.m.65 hükmünün uygulanabilmesi için yeterli değildir ve (§ 7, III) bu durum kişinin maddi, manevi ya da sosyal kişiliğine ait tüm özgürlükleri bakımından geçerlidir. Dolayısıyla, maddenin uygulanabilmesi için mutlaka, genel ahlâka aykırı bir amaca ulaşmak üzere ifanın gerçekleştirilmesi şarttır. Bu durum genellikle kişiye ait karar özgürlüklerinin ihlalinde kendini gösterir. (§ 7, III, C, 1) Buna karşılık bir kimsenin özgürlüklerini aşırı ihlal eden sözleşmeler, aslında genel ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek için yapılmadıysalar, edimlerin iadesi her zaman mümkün olmalıdır. Kaldı ki zaten özgürlüklerin aşırı ihlalleri karşısında, farklı kısmi butlan yaptırımları ile bulunan çözümler de, aslında bu durumda BK.m.65 hükmünün uygulamasından doğabilecek adaletsizlikleri asgariye indirmektedir. (§ 8, II) Bilhassa borçlunun ekonomik özgürlüklerinin aşırı ihlal edildiği durumlarda olduğu gibi. (§ 7, III, C, 2)

O halde bu noktada üzerinde düşünülmesi gereken soru bize göre, “*kısmi butlanla sakat sözleşmelerde BK.m.65 hükmünün uygulama alanı bulup*

¹⁰⁰⁰ Örnek için bkz. Öz, sh. 122. Ayrıca yazar burada tehdit hükümlerinin de uygulanamayacağını belirtmektedir. Çünkü kişi eninde sonunda diplomasını alacaktır ancak süreç uzayabilir. Oysa BK.m.30/I hükmüne göre tehdidin söz konusu olabilmesi, ağır ve derhal doğacak bir tehlikenin varlığı gerekir.

bulamayacağı” meselesidir. Yukarıda da açıkladığımız üzere kısmi butlan yaptırımı, bir sözleşmenin içeriğinin genel ahlâka aykırılık nedeniyle sakat olması halinde, yalnız bu kısmın batıl olup, sakat olmayan diğer kısımlarının, tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğini korumasıdır. (§ 8, I, B, 2) Dolayısıyla, BK.m.65 hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışması, şüphesiz ki sözleşmenin batıl olan kısmına ait edimler yönünden incelenir.

Ancak bize göre kısmi butlan yaptırımının uygulandığı bir meselede, BK.m.65 hükmü uygulama alanı bulamaz. Çünkü kısmi butlan yaptırımı taraflara ait amaçlar yönünden genel ahlâka aykırılık içeren sözleşmelerde değil¹⁰⁰¹; edimleri ya da özgürlüklere konu taahhütleri genel ahlâk kurallarını ihlal eden sözleşmelerde uygulanırlar. Buna karşılık taraflara ait *amaçların* genel ahlâka aykırı olması durumunda kaçınılmaz olarak sözleşme tam butlan yaptırımı ile sonuçlanacaktır. Zaten kısmi butlanın objektif ilk şartı sözleşmenin *sadece bazı bölümlerinin* içerik sakatlığı sebeplerinden biri ile, mesela genel ahlâk aykırılık ile sakatlanmış olmasıdır. Bu durumda sözleşmenin bölümleri kavramına doktrinde verilen her iki anlam yönünden de sonuç değişmeyecek ve sözleşmenin amacı bu kapsamda düşünülemeyecektir¹⁰⁰². (§ 8, I, B, 2) Kaldı ki zaten, taraflara o sözleşme ilişkisini kurma kararı verdiren amaç, aynı zamanda taraf iradelerine yansiyarak sözleşme ilişkisini kurmalarına neden olur. Bu nedenle sadece ilişkinin geçerli olarak

¹⁰⁰¹ **Zufferey-Werro**, sh. 383. Aynı yönde dipn. 93’de belirttiği yazarlar: **Müller**, Die Tragweite des Art. 66 OR, Fribourg, 1941, sh. 117; **Munz**, Artikel 66 des Obligationenrechts, Zürich, 1958, sh.86.

¹⁰⁰² Bu görüşlerden ilkinde göre, sözleşmenin bazı bölümleri; hem sözleşmenin içerdiği bireysel kısımları, yani sözleşmenin bir kısmını, hem de borçlanılan edimin miktar olarak bir kısmını ifade etmektedir. Diğer görüşe göre ise, sözleşmenin bir bölümü ifadesindeki amaç, satım, kira, istisna gibi basit sözleşmelerde, herhangi bir hususu düzenleyen bir hüküm (şart, kayıt, nokta) ya da bir başka deyişle anlaşma (*clause*); bileşik sözleşmelerde ise bireysel sözleşmelerin her biridir. (§ 8, I, B, 2)

kurulabilmesi için üzerinde anlaşmaları şart ve doğal olanı değil; aynı zamanda, her iki tarafın da istediği ve sözleşmenin sonucunda ulaşmaları mümkün olan başka hedefleri de işaret edebilir.

Diğer yandan bilhassa sözleşmeye konu edimlerde indirim yapılması durumunu da içeren *değiştirilmiş kısmı butlan* kurumuyla ilgili ayrıca bir tespit yapmakta fayda görmekteyiz. Çünkü bu butlan türünde, sözleşmenin kamu yararı düşüncesiyle istenmeyen kısmı ikame bir kural ile değiştirilmekte ve bu yeni hükümle sözleşme ilişkisine devam etmekte; hatta TTK.m.1466 hükmüne paralel olarak aşırı edimlerde indirim imkanı da tanınmaktadır. (§ 8, I, B, 2, b) Buna göre borçlunun edimi nicelik olarak ya da yoğunluk bakımından aşırılık içerdiğinde ve borçlunun özgürlüklerini ihlal edildiğinde hakim geçerli bir ölçüye kadar indirim yapabilir. Acaba sınırı aşan ve buna rağmen önceden ifa edilen edimlerin varlığı halinde; bu edimler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilirler mi? Ya da bu yöndeki taleplerin BK.m.65 hükmündeki engel ile karşılaşmaları mümkün müdür? Örneğin genel ahlâka aykırı bir cezai şart, ya da aşırı fahiş faiz hükmünde olduğu gibi. Unutulmaması gereken bu sistem içinde, daha önceden ifa edilen sözleşme kısımlarının geçerliliklerini koruduğudur. Kısmi butlan sadece genel ahlâk kuralları tarafından belirlenecek sınırı aşan bölümlere uygulanacaktır. Borçlu yönünden de doğal olan, artık ifa edemeyeceği noktada bu imkandan yararlanmayı talep etmektir¹⁰⁰³. Dolayısıyla tarafların butlanın ileri sürüldüğü ya da dikkate alındığı andan önce ifa edilen edimlerini iade etme borçları zaten yoktur. O halde gözden kaçırılmaması gereken husus bu noktada iadeye engel olanın BK.m.65 hükmü

¹⁰⁰³ Zufferey-Werro, sh. 364.

olmadığıdır. Hakim tarafından indirim imkanı ile kullanılan değiştirilmiş kısmı butlanda sözleşmenin daha önceden ifa edilmiş kısımları geçerliliklerini korumakta; butlan sadece genel ahlâk kuralları tarafından belirlenmiş sınırı aşan bölümlere uygulanmaktadır. Dolayısıyla taraflar bakımından, butlanın ileri sürüldüğü andan önce ifa edilen edimler için iade borcu söz konusu olmadığı gibi, bu konuda BK.m.65 hükmü de uygulama alanı bulamayacaktır¹⁰⁰⁴.

Ancak, BK.m.65 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan “genel ahlâka aykırı sonuç elde etme amacı” mutlaka bu amaca ulaşılmış olması şartına bağlı değildir. İfanın söz konusu amacı hedefleyerek yapılmış olması yeterlidir. Buna göre bir kimseye dinini değiştirmesi için ödenen para, o kişi dinini değiştirmez ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilemeyecek, edilirse BK.m.65 hükmü uygulama alanı bulacağında iade mümkün olmayacaktır.

C) Genel Ahlâk Kuralını İhlal Bilinci

BK.m.65 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan son şart ise, verme ediminde bulunan kişinin, davranışının genel ahlâka aykırı olduğunu bilmesi ve sonucun gerçekleşmesini istemesidir¹⁰⁰⁵. Dolayısıyla burada veren kişiye ait sübjektif bir duruma yani genel ahlâk kurallarını ihlal bilincine, bir başka ifadeyle *kasten* hareket etmeye ihtiyaç vardır¹⁰⁰⁶. Zira bilindiği üzere kast iki unsurdan oluşur:

¹⁰⁰⁴ Zufferey-Werro, sh. 364.

¹⁰⁰⁵ Von Tuhr, sh. 430; Engel, sh. 594.

¹⁰⁰⁶ Petitpierre, (Commentaire Romand), sh. 454. İsviçre Borçlar Kanununun ilgili 66 ıncı maddesinin Almanca metninde, genel ahlâka aykırı amaca ulaşmak için ifa edilen edim yönünden, kast unsuru “*Was in der Absicht...*” ifadesiyle daha açık ortaya konulmaktadır. Engel, sh. 594.

Tasavvur (tasarlama) ve irade (isteme)¹⁰⁰⁷. Dolayısıyla kişi hem davranışının genel ahlâk aykırı sonucunu tasarlamalı ve bilmeli, hem de bu sonucu iradi olarak istemeli ve kabul etmelidir. Kast, gerçek kast olabileceği gibi, muhtemel kast da olabilir¹⁰⁰⁸. Yani, kişi genel ahlâka aykırı bir fiil işlemeyi istememiş olmasına rağmen yaptığı ifanın genel ahlâka aykırı bir sonuç verebileceğini görüyor ve bu ihtimale razı oluyorsa ortaya çıkan muhtemel (ihtimali) kasıt durumu da bu bilince sahip olmak adına yeterlidir¹⁰⁰⁹.

Buna karşılık *ihmali* bir davranış ile yapılan ifanın genel ahlâk kurallarına aykırı sonuç yaratması durumunda, BK.m.65 hükmü çerçevesinde bir iade yasağından söz edilemez. Kaldı ki zaten böyle bir durumda kişi her zaman yaptığı ifanın hata ile gerçekleştiğini ispat ederek BK.m.62 hükmündeki özel durumdan yararlanabilir. Çünkü veren kişi iyiniyetle davranmış ve verme fiilinin genel ahlâka aykırı olduğunu bilmiyor ise, hataen borç olmayan bir şeyi ödemiş olur ki bu durumda verdiğini geri isteme imkanı vardır¹⁰¹⁰.

Ayrıca tekrar belirtmek isteriz ki aranan genel ahlâka aykırılık bilinci sadece ifade bulunan kişi yönünden ihtiyaç duyulan bir şarttır. Buna karşılık alan kişinin de aynı amaca ortak olması durumunda hükmün metne alınışından doğabilecek adaletsizlikler ise, daha önce de belirttiğimiz üzere oldukça fazla eleştirilir. (§ 9, I, B) Hükmün yeniden düzenlenmesi elbette ki kalıcı ve gerekli olan çözümdür ancak bu haliyle benzer olaylar karşısında doğabilecek sorunları asgariye indirme imkanını

¹⁰⁰⁷ Deschenaux/Tercier, sh. 82.

¹⁰⁰⁸ Eren, sh. 861.

¹⁰⁰⁹ İhtimali (muhtemel) kasıt kavramı için bkz. Von Tuhr, sh. 379; Oğuzman/Öz, sh. 528; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 493.

¹⁰¹⁰ Von Tuhr, sh.430; Zufferey-Werro, sh. 381; Engel, sh. 594; Tercier, sh. 330; Eren, sh. 861.

MK.m.2/II hükmünün sağlayabileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla BK.m.65 hükmünün hakkın kötüye kullanımı ile sınırlı olduğunu belirtmek bu anlamda yanlış olmayacaktır¹⁰¹¹.

¹⁰¹¹ **Petitpierre**, (Commentaire Romand), sh. 454; **Tercier**, (corruption), sh. 254.

SONUÇ

Araştırmamızın konusu BK.m.19 ve m.20’de düzenlenen “Sözleşmelerde Genel Ahlâka Aykırılık” sorunudur. İçeriği genel ahlâka aykırı olan sözleşmelerin batıl olduklarını hükme bağlayan ve “genel ahlâk kuralları” kavramını bir hukuk ilkesi şekline sokan bu iki hüküm aslında temelini Roma hukukundan alır. Başlarda sadece iyi gelenekleri ifade eden “*boni mores*” kavramı zamanla felsefe ve tabii hukuk etkileriyle genelleştirilmeye başlanmış ve ardından pek çok ülkenin kanunlarında yer bulmuştur. Tıpkı CCF.m.6, m.1133, BGB § 138, § 817, § 826; CO, m.19, m.20, m.41, m.66 hükümlerinde olduğu gibi.

Türk hukuku yönündense, kavram bugün dar anlamı ile sözleşme özgürlüğünün yani sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir sınırını ortaya koyar. Bu durum, toplum içinde yaşayan insanlar arasında, hiçbir alanda sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün varolamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, zaten kaçınılmazdır. Çünkü bireylerin bir arada yaşamalarına imkan veren ve ortak yaşamın sürekliliğini sağlayan her zaman bu sınırlardır. Ancak unutulmaması gereken, irade özerkliğine bağlı olarak sözleşme özgürlüğü alanında varolan bu sınırları, her ülkenin kendi pozitif hukukunun belirlediğidir. Türk hukuku yönündense bunlar, kanun koyucu tarafından; hukuka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, *genel ahlâka aykırılık* ve imkansızlık olarak belirlemiştir. (BK.m.19)

Ahlâk kuralları, toplumsal ilişki ile etkileşimin yarattığı değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gerekeni düzenleyen; bireylerin hem toplumsal davranışlarını hem de karşılıklı ilişkilerini değerlendirmeye yarayan sosyal düzen kurallarıdır. Dolayısıyla bir yandan insanın kendisine karşı görev ve yükümlülüklerini belirlerken (*sübjektif ahlâk*); diğer yandan farklı davranış ilkelerini önermekte ve buna uygun ortak bir hareket alanı sağlamaya çalışmaktadırlar. (*objektif ahlâk*) Bu sebeple ahlâki kuralların temelinde her zaman toplumsal ilişkiler yatar. Ancak bir ahlâk kuralının varolduğu toplumda *genel ahlâk kuralı* niteliği kazanabilmesi için iki unsuru bir arada bulundurması gerekir: Bunlardan ilki, ahlâk kuralının belli bir yerde ve zamanda o topluluğa dahil dürüst ve makul insan modelinin ahlâk anlayışı olarak benimsenmesidir (*objektif unsur*) ki bu unsur, pozitif hukukun yetersiz kaldığı noktalarda başvurulacak temel hakkaniyet ilkelerinden doğar. (*MK.m.2/I*) Diğer ise, kuralın toplumsal şuur içinde benimsenmesidir (*sübjektif unsur*) ki bu unsur da; tıpkı bireysel değer yargıları gibi toplumların sahip oldukları ortak vicdandan, yani o toplumdaki hakkı, adaleti, görevi, sorumluluğu, doğruluğu ortaya koyan *kamusal vicdandan* doğar.

Toplumlardaki bu ortak ve kamusal vicdanı oluşturan, bireysel değer yargıları bir yana, o toplumdaki sosyal düzen kurallarının tamamına yani; *hukuk kurallarına*, *sosyolojik kurallara*, *din kurallarına* ve *ahlâk kurallarına* ait değerler bütünüdür. Dolayısıyla aslında genel ahlâk kuralları kavramı üzerinde bütün bu değerler bütününün doğrudan yada dolaylı etkisi vardır. Buna göre *sosyolojik kurallardan*; *alışkanlıklar* ve *görgü kurallarının* etkileri son derece az ve dolaylı iken; *sosyolojik anlamda geleneklerin* etkileri oldukça güçlü hissedilir. *Ahlâk kuralları* ise, öncelikle

her toplum düzeni içinde varolan ve bir yönüyle ahlâkın bir adım daha ötesindeki ideal ahlâk kurallarını yani ahlâkın temelini oluşturan *etik* ilkeler ile etkisini gösterir. Zaten tıpkı hukuk kuralları gibi, genel ahlâk kurallarının da kamusal vicdanda haklı ve adil kabul edilmelerini sağlayan bu etik temel üzerine kurulu olup olmamalarıdır. Bunun dışında genel ahlâkın içeriğine işleyen ahlâk kuralları ise, *asgari, orta düzeydeki, objektif, sosyal ve hukuki* ahlâk kurallarıdır. *Din kurallarının* genel ahlâk kuralları üzerindeki etkileri ise, bilhassa Türk toplumu gibi *laik* hukuk düzenini benimseyen devlet düzenlerinde, son derece dikkatli incelenmelidir. Bizim görüşümüze göre, Türk toplumuna ait genel ahlâk kuralları üzerinde, din kurallarına ait tüm emir ve yasaklara ait etkilerin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Ancak yüzyıllardır süre gelen dini inanışların; genel ahlâk anlayışı üzerinde doğrudan olmasa da; üst bir değer olarak o topluma ait etik anlayışa yerleşmiş olan alışkanlıklar ve gelenekler üzerindeki dolaylı etkisinin varlığı düşünülebilir; ki bu etki laiklik ilkesini de ihlal etmeyecektir.

Diğer yandan genel ahlâk kuralları, hakim tarafından *re'sen* dikkate alınmaları gereken, *emredici, objektif, nisbi, değişken* ve *çerçeve* bir hüküm şeklindeki *genel hukuk ilkeleridir*. Kanunda bulunan bir hükmün, hakim tarafından somut meseleye doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, *intra legem kanun boşluklarının* varlığından söz edilir. Kanun koyucunun tamamen iradi ve bilinçli olarak yarattığı ve sadece normun genel çerçevesini çizdiği bu tür yetkilendirmelerde, söz konusu boşluğu doldurması gereken kişi, kendisine bu yönde takdir yetkisi tanınan *hakimdir*. (MK.m.4) Tıpkı genel ahlâk kuralı kavramında olduğu gibi. Sonuç olarak bir olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmaması

hukuk meselesidir ve bunu çözmesi gereken kişi de ancak hakim olabilir. Dolayısıyla somutlaşmadıkça boşluk içeren tüm çerçeve hukuk kuralları gibi, hakimin genel ahlâk kavramındaki bu boşluğu doldurması, yani kuralı *somutlaştırması* şarttır. Zira toplumda varolan bütün genel ahlâk kurallarının listesini oluşturmak ve uygulanmak üzere hakime sunmak hiçbir dönemde mümkün değildir. Hukuk düzenlerinde tanınan tüm haklar ve kurallar açısından geçerli olduğu gibi genel ahlâk kuralları da aslında içeriklerinde korudukları *değerler* ile somutlaştırılabilirler. Dolayısıyla hakimin yapması gereken; kavramın içeriğine dahil olan değerleri bulmak ve korunmak istenen temel hukuki menfaatlerin, somut meselede amaçlarına uygun kullanılıp kullanılmadıklarını; böylece kuralın ihlal edilip edilmediğini tespit etmektir. Buna göre korunan değerler; bir yandan MK.m.23 hükmüne ve temel hak ve özgürlüklere paralel, genel anlamı ile şahsiyeti koruduklarından “*kişisel*”; bir yandan da sosyal düzen üzerine kurulduklarından “*toplumsaldırlar*. Elbette ki sosyal hayattaki süreklilik içinde bu değerlerin değişmesi, çeşitlenmesi ya da farklı şekillere bürünmesi, hatta bir çoğunun bizzat hukuk düzeni tarafından korunarak genel ahlâk kurallarının özel koruma alanına ihtiyaç duymaması mümkündür. Ancak hukuk düzeninin somut olarak metne aldığı durumlarda dahi bu durum, değerlerin genel ahlâk kuralları tarafından da korunmaları gerektiği gerçeğini değiştirmez. Sonuç olarak önemli olan, hakimin bu kişisel ve toplumsal menfaatleri yorum araçlarıyla, objektif ve temel hukuk ilkelerine uygun değerlendirmesi; ayrıca ulaşacağı sonucun da toplumun ortak değer yargılarına, kamusal vicdanına ters düşmeyen, az çok benzer olaylarda uygulanabilir nitelikte olmasıdır.

Bu doğrultuda genel ahlâka aykırılık kavramı hukuka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, gabin ve dürüstlük kuralları ile de sınırlıdır. Her şeyden önce *hukuka aykırılık* ve genel ahlâka aykırılık; şekli olarak birbirinden ayrılan ancak maddi olarak izledikleri amaçları birbirine çok yakın ve benzer hukuki değerlere göndermede bulunan iki kavramdır. Zira her ikisi de üst bir norm olarak etikten temel alırlar. Ancak genel ahlâka aykırılığın uygulama alanı, hukuka aykırılığa göre daha talidir. Çünkü tek bir yasal kanun hükmü, genel ahlâka aykırılıktan hukuka aykırılığa geçmek için yeterlidir. Kaldı ki zaten emredici bir hüküm olarak BK.m.19 düzenlemesinin ihlali de başlı başına bir hukuka aykırılık ifadesidir. Dolayısıyla en geniş anlamı ile hukuka aykırılığı hükme bağlayan düzenleme içinde sözleşme özgürlüğünün sınırları ifade edilirken “emredici hukuk kurallarının ihlali” ifadesi; buna karşılık, “emredici hükümlere, kamu düzenine, genel ahlâk kurallarına ve kişilik haklarına aykırılığı” kapsayacak üst terim olarak ise “hukuka aykırılığın” kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Devlet düzeni tarafından belirlenen ve hukuki hayatın temelini oluşturan *kamu düzeni* kavramının amacı ise hukuk düzenini ve birey karşısında toplum menfaatlerini korumaktır. Her ülkenin kendi sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre değişkenlik gösteren kavram, bize göre BK.m.19 hükmü içinde hangi değerlerin emredici olduğunu belirlemekten öte bir işleve sahiptir. Öncelikle emredici hukuk kuralları tarafından açıklanan kamu düzeni kavramının kaynağı bu anlamda bir kanun hükmü olabileceği gibi toplumdaki etik anlayış ya da temel hukuk ilkeleri de olabilir. Kamu düzenine aykırılıkta ihlal edilen değerleri ve varolan intra legem boşluğu dolduracak olan kişi tıpkı genel ahlâk kurallarında olduğu gibi

hakimdir. Ancak kavram toplumsal menfaatleri esas aldığından ve kişilerin ahlâk anlayışlarını güvence altına almadığından genel ahlâk kurallarından ayrılır. Kamu düzeninin koruduğu toplumsal değerler zaman zaman genel ahlâk kuralları ile korunan değerlerle örtüşse de, genel ahlâk kavramının kamu düzeni anlayışının yerini tutabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü ne genel ahlâk kuralları tüm toplumsal değerleri ifade edebilir, ne de kamu düzeni anlayışı ahlâk kuralları ve sosyolojik değerlere bağlı kılınabilir.

Ait oldukları kişilerin şahsiyetlerinden ayıramayan, mutlak, devredilemez, ve malvarlığı değeri taşımayan *kişilik hakları* ise, hem kişisel özgürlüklerle ilgili genel bir düzenleme olarak Medenî Kanun m.23, hem de kişiye ait özgürlüklerden biri olarak sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen BK.m.19/II hükümlerinde yer alır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, genel ahlâk kuralları ile korunan menfaatler kişiliğe dahil olan değerleri içerdiğinden; aslında genel ahlâk kuralları kavramı temelinde kişilik haklarını da kapsamaktadır. Ancak, MK.m.23 hükmü, herhangi bir taahhüdün geçerliliğini araştırmak için değil, taahhüdün doğurduğu kişilik hakları ihlallerini araştırmak sebebiyle genel ahlâk kurallarına göndermede bulunur. Oysa BK.m.19 ve m.20 hükümleri sözleşmenin içerik denetimini sağlamak adına kişilik haklarını ve genel ahlâk kurallarını birer sınır olarak belirler.

Tarafların sözleşme özgürlüğü içinde, karşılıklı olarak edimlerini serbestçe belirleyebilme imkanlarına getirilen, *gabin* sınırlaması bu anlamda sözleşmenin içeriğiyle ilgili genel ahlâk kuralları denetimini akla getirebilir. Zira gabin ile korunan ekonomik gücün kötüye kullanımı, zayıf tarafın korunması gibi özel

menfaatler, genel ahlâk kuralları ile korunan kişisel değerlerdendir. Ancak BK.m.21 hükmü ile kanun koyucu tarafından somut olarak metne alınan mesele için, ayrıca genel ahlâka aykırılık araştırması yapılmasına ihtiyaç yoktur. Hükmün içerdiği şartlar çok açıktır ve gerçekleştikleri olaylarda, gabine uğrayan tarafa bir yıllık süre içinde sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verir. Bu anlamda BK.m.19 hükmü ile m.21 düzenlemesi birbirinin tamamlayıcısı yada ön şartı olamaz.

Tıpkı genel ahlâk kuralları gibi, etik değerlerden temel alan *dürüstlük kuralları* ve *hakkın kötüye kullanımı yasağı* da konu oldukları yasal düzenleme ile pozitif hukuk içinde genel birer hukuk ilkesi şeklinde düzenlenirler. (MK.m.2) Bu sebeple genel ahlâk kuralları gibi, dürüstlük kuralları da değişken ve hukuk dışı değerleri içeren, içinde barındırdığı ahlaki ve sosyolojik değerlerle somutlaştırılan genel bir atıf hükmüdür. Ancak, sözleşme özgürlüğünün sınırını ortaya koyan BK.m.19 ve m.20’de düzenlenen “genel ahlâka aykırı olmamak”, sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan geçerlilik şartlarından biridir. Oysa MK.m.2’de yer alan dürüstlük kuralları, sözleşmeye ait bir geçerlilik şartı değil, tarafların hak ve borçlarının kapsamını belirlemede, sözleşmenin yorumlanmasında, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin anlam bulmasında ihtiyaç duyulan bir ilkedir. Bu sebeple sadece kurulmak istenen sözleşme ilişkisi içinde geçerli olmaz, aynı zamanda bu hukuki ilişkiden ayrı, taraflar arasında güven ilişkisine dayalı bağımsız bir borç ilişkisi de yaratırlar.

Diğer yandan genel ahlâk kavramı kanun koyucu tarafından *dar anlamı ile sorumluluk hukuku* alanında da metne alınmıştır. (BK.m.41/III) Buna göre, genel

ahlâka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kişi, davranışı haksız fiile konu olacağından, karşı tarafın zararını tazmin etmek zorundadır. Ancak kusur sorumluluğundan farklı olarak burada davranışın genel ahlâka aykırı olması ve kusurun mutlaka kast derecesinde olması gerekir. Hukuka aykırılıkta olduğu gibi doğrudan ya da dolaylı bir koruma normunun ihlal edilmediği durumlarda, toplumdaki genel ahlâk değerlerini korumak amacıyla getirilen bu hükmün uygulama alanı; bugün kişilik hakları ile korunan değerlerin, dürüstlük kurallarının (hakkın kötüye kullanımı yasağının) kapsamının ve özel alanlardaki yasal düzenlemelerin çoğalmasıyla oldukça daralmıştır. Hatta bu sebeple İsviçre hukukunda şu dönemde tasarı çalışmaları süren sorumluluk hukuku alanında genel ahlâka aykırılık ile ilgili hükmün kaldırılması dahi gündemdedir.

Düzenleme özgürlüğünün sınırını ortaya koyan BK.m.20 hükmünün metninde kanun koyucu “*sözleşmelerin mevzuundan*” bahseder. Madde her ne kadar sözleşmeye ait *konuyu* açıklasa da, aslında anlaşılması gereken konudan daha kapsamlı olan ve tarafların açık ya da örtülü iradelerinin üzerinde uyduğu tüm hükümler yani “*sözleşmenin içeriğidir*”. Borçlar Kanunu m.19 ve m.20 kapsamında ifade edilen sözleşmenin içeriği bu anlamda sözleşme ilişkisi içinde tarafların açık yada örtülü olarak üzerinde anlaştıkları bütün hususları kapsayacak şekilde yani *geniş* anlamda yorumlanmalıdır. Doğaldır ki, bir sözleşme ilişkisi içinde, genel ahlâk kurallarına aykırılığı belirleyecek olan kişi hakimdir; ancak hakim bu değerlendirmeyi yaparken *tarafların genel ahlâk kurallarının ihlal bilincine* sahip olmalarını aramayacaktır. Çünkü taraflar genel ahlâk kurallarını ihlal ettiklerini bilmeseler dahi sözleşme hüküm ve sonuç doğuramaz. Bu durumun sebebi, genel

ahlâk kurallarının sözleşme ilişkisi içindeki tarafları değil; genel yani kamusal menfaatleri koruma amacına sahip olmasıdır. Yine, hakim somut olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmadığı yönündeki değerlendirmesini, *sözleşmenin kurulduğu andaki şartlara göre* yapmalıdır. Buna karşılık, bilhassa özgürlüklerdeki aşırı ihlallerde ortaya çıkan MK.m.23/II hükmü kapsamında genel ahlâk kuralları değerlendirmesi ise, şüphesiz kişilik hakları ihlal edilen tarafın iddiasını ortaya koyduğu ana göre yapılır.

BK.m.19 hükmü çerçevesinde genel ahlâk kuralları denetimi öncelikle, sözleşme ilişkisine konu *edimler* üzerinden yapılır. Çünkü bir sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi her şeyden önce, ilişkiye konu borç ve alacaklar ile sözleşmenin tipini belirleyen ve aynı zamanda esaslı unsurları oluşturan edimlerin, genel ahlâk kurallarına uygun olmalarına bağlıdır. Buna göre, borç ilişkisindeki hakların ve yükümlülüklerin konusunu oluşturan edimler sadece kendi özellikleriyle değil aynı zamanda sözleşmenin içeriğine dahil olan ifa modaliteleriyle de genel ahlâk kuralları denetimine tabidirler. Bir başka ifadeyle sadece sözleşme ilişkisine konu objektif esaslı noktalar değil, sübjektif esaslı nokta haline getirilen ifa yeri, zamanı ve tarafları da genel ahlâk kurallarına uygun olmak zorundadır. Ayrıca edimlerin genel ahlâk kurallarına aykırılık yarattığı durumlarda bilhassa karşı edim maddi bir menfaat temin ediyorsa, bu menfaatin miktarının yüksekliği genel ahlâka aykırılık yönünden hiçbir önem taşımaz. Sonuçlarının doğması veya ortadan kalkması gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı olan şarta bağlı borçlar bakımından ise *BK.m.155* hükmü özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre sözleşme ilişkisi içinde, genel ahlâk kurallarına aykırı bir yapma ya da

yapmama fiili şart olarak gösterilmişse, bu şarta bağlı borç batıldır. Aslında hüküm BK.m.20 düzenlemesinin genişletilerek tekrarlanmasından ibarettir. Zira kanun koyucu bu düzenleme ile hükümlerinde genel ahlâka aykırı şart barındıran sözleşmeleri *içerikleri genel ahlâka aykırı olmasa dahi* geçersiz kılar. Çünkü taraflar bir borcu şarta bağlamakla, aslında o işlemin şart olmaksızın yapılmasını istemediklerini de ifade ederler.

Her ne kadar Borçlar Kanunu m.19 ve m.20 hükümlerinde sözleşmenin amacı kavramından bahsedilmese de; BK. m.17 ve m. 61’de ifade bulan sebep kavramı; ayrıca doktrin ve içtihatlardan çıkan sonuç, geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramına tarafların *amaçlarının* da dahil olduğu yönündedir. Bu anlamda genel ahlâk kuralları denetimi yapıldığında, sözleşmenin amacına, sadece tarafların bu hukuki ilişkiyle ulaşacakları *doğrudan amaçlar* değil; aynı zamanda ciddi olarak gerçekleşme ihtimali olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin üzerinde anlaştığı *dolaylı amaçları* da dahildir. Taraflara ait doğrudan amaçlar incelenirken, sözleşmenin sebebe bağlılığına paralel olarak; hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yönünden genel ahlâka uygunluk araştırılmalı; buna karşılık dolaylı amaçlar incelenirken ise denetim *her iki tarafın da bu amacı bilmesi ya da bilmelerinin gerekmesi* ile sınırlı tutulmamalıdır. Zira dolaylı amaçlar yönünden tarafların genel ahlâka aykırı amacı bilmelerinin yanında bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul etmeleri de şarttır. Diğer yandan temel ilişkiye konu sözleşmenin genel ahlâka aykırı olduğu hallerde düzenlenen *soyut borç ikrarlarının* geçerliliği ise doktrinde tartışılmaktadır. Ancak, Türk hukuku yönünden *BK.m.17* hükmünün maddi anlamda soyut borç ikrarı

yaratması görüşünden hareket ile, borçlunun temel ilişkideki genel ahlâka aykırılığı ispat ile borç ikrarının butlanını sağlaması mümkündür. Buna bağlı olarak meselenin BK.m.65 hükmü karşısındaki durumu ise borç ikrarına konu edimin ifa edilip edilmemesine göre değişir. Zira hüküm genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için verilenlerin iade edilemeyeceklerini düzenler. Dolayısıyla taahhüt altına girilen miktar henüz ödenmemiş ise iade de söz konusu olmayacaktır.

Bazı durumlarda ise, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine konu edim yada tarafların doğrudan veya dolaylı amaçlarını incelemeye gerek olmadan *bizzat sözleşme ilişkisinin kurulması* genel ahlâk kurallarının ihlali için yeterlidir. Doktrin ve içtihatlarda temel alınan ve genel ahlâka aykırılık sonucunu doğuran bu durum kural olarak “*borçlunun özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal*” edilmesidir. Somut bir meselede özgürlüklerin aşırı ihlal edilip edilmediklerini araştırmak; her şeyden önce, özgürlüklerin bir sözleşme *taahhüdüne* yani hukuki ilişki kurulurken taraflardan her birinin diğerine karşı verdiği sözlere konu olmalarına bağlıdır. Zira taahhütler sözleşmenin içeriğini değil, bir şey üzerinde anlaşmayı ifade ederler. Dolayısıyla önce kişi, kendi “*rızasıyla ve iradesiyle*” böyle bir taahhütte bulunmalıdır.

Özgürlük ihlallerindeki aşırılıkları belirleyecek ve bütün somut olaylara uygulanabilecek kriterler bulmak mümkün değildir. Kaldı ki, zaten hakimlere taahhütlerdeki aşırılık ve kabul edilemezlik kararını verdiren de, çoğunlukla tek bir kriter olmamakta; farklı kriterlerin bir araya gelmesi meselelerin çözümünde yol gösterebilmektedir. Bu noktada hakime tarafların *taahhütlerinin yoğunluğu, süresi ve taahhüde konu olan değerler* temel kıstaslar olarak yol gösterebileceği gibi ayrıca;

edim-karşı edim dengeleri, borçlunun kişisel durumu, taraflar arasında varolan eşitsizlik, taahhütlerdeki belirsizlik ve yaptırımların hafifliği gibi yardımcı kriterler de yön verebilir. Ancak hakim değerlendirmesini yaparken, her iki tarafa ait taahhütleri bir arada ve bütün olarak değerlendirmeli; taahhütlerin doğduğu anda tarafların içinde bulundukları şartları ve ilişkileri de göz önünde bulundurmalıdır. Böylece taraflar arasında, somut ilişkiden ayrı; başka borç ilişkileri de mevcutsa, hakim bunları da özgürlüklerin aşırı ihlalinde değerlendirebilmelidir. Buna karşılık Alman hukuku yönünden genel ahlâka aykırılıkta bağımsız bir kriter olarak kullanılan “*üçüncü kişinin haklarının ihlali*” kıstasının Türk hukukunda bağımsız ve asli bir kriter şeklinde ele alınmasına ise kanaatimizce ihtiyaç yoktur. Zira genel ahlâk kuralları toplumsal değerler içinde, kısmen üçüncü kişilere ait hakları da korur. Ayrıca üçüncü kişileri aldatmak amacına yönelik sözleşmelerde, BK.m.18 hükmünün uygulama alanı bulunduğu durumlarda görünürdeki işlem bakımından tarafların karşılıklı birbirine uygun gerçek iradeleri bulunmadığından, zaten BK.m.19 çerçevesinde içerik denetimine ayrıca ihtiyaç olmadan sözleşme geçersizdir. Kaldı ki üçüncü kişilere genel ahlâka aykırı olarak kasten verilen zararlar yönünden BK.m.41/II hükmünün her zaman uygulama alanı bulması mümkündür.

Bütün kişi özgürlükleri genel ahlâk kuralları yönünden aşırı ihlallere konu olabilir. Bunlar içinde en çok tartışılan *ekonomik özgürlüklerin* ihlalidir. Çünkü gerek MK.m.23/II gerekse buna bağlı BK.m.19 hükümleri kişinin malvarlığını değil özgürlükler bütününe koruyan düzenlemelerdir. Dolayısıyla aşırı ekonomik taahhütler yönünden, hangi şartlar altında belli bir miktar para ödeme borcunun kabul edilemez olduğunu belirtmezler. Aşırılığı oluşturan tek başına taahhüde konu edim değil,

taahhüt sonucunda ortaya çıkan somut durum yani borçlunun alacaklıya karşı olan yükümlülüğünün kabul edilebilir olup olmamasıdır; ki bu da her somut olayın özelliklerine göre temel ve yardımcı kriterlerle belirlenecek bir hukuk sorunudur. Buna göre örneğin, *uzun veya belirsiz süreli sözleşmeler*, taahhüdün yoğunluğu, edimin süresi, karşı edim dengesi ve borçlunun kişisel özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Her ne kadar sonsuz, sınırsız süreli taahhüt altına girilemese de, borçlunun hayatı ile sınırlı tüm taahhütlerin de her zaman aşırı olduğu yönünde bir değerlendirme yapılamaz. Ya da borçlunun özgürlüğünü aşırı ihlal eden bir taahhüt kısa süreli bile olsa geçerli kabul edilemez. Yine *mevcut ya da gelecekteki alacakların toptan temlikleri* de, belirli bir kişiyle mevcut borç ilişkisinden doğan bütün alacaklar ya da belirli bir türdeki alacakların tamamı gibi sınırlarla mümkündür ve kişinin ekonomik özgürlüğü yönünden genellikle aşırılık taşımazlar. Buna karşılık üçüncü kişilere karşı ileride doğacak her türlü alacağın temliki ise MK.m.23/2 hükmü karşısında geçerli olamaz. Diğer yandan, TTK.m.24 hükmüne paralel olarak tacirler yönünden uygulanamayan aşırı cezai şartlarda indirim imkanı (BK.m.161/III) karşısında, MK.m.23/II hükmü tacirler yönünden de uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Çünkü aşırı (fahiş) cezai şart ile *cezai şart* miktarının genel ahlâk aykırı olmaları birbirinden farklıdır. Bu anlamda, tacir olan borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı ihlal eden, genel ahlâk kurallarına aykırı cezai şart miktarının butlanı; cezai şartın miktarı, yoğunluğu, süresi ve tarafların kişisel durumları ile edimler arası eşitsizlik dikkate alındığında her zaman mümkündür. Buna karşılık tacirler yönünden indirim imkanı ise doğrudan BK.m.20/II hükmü ile olmasa da; TTK.m.1466 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu değiştirilmiş kısmi butlan imkanı ile sağlanabilir.

BK.m.19 hükmü çerçevesinde genel ahlâka aykırı içeriğe sahip sözleşmelerin yaptırımını *butlandır*. (BK.m.20) Butlan genel ahlâka aykırılığın sözleşmenin bütününe ya da bir kısmına ilişkin olmasına göre tam ya da kısmi butlan şeklinde sonuç doğurabilir. Buna göre *tam butlanda* sözleşme, kurucu unsurlarını içermesine rağmen, geçerlilik unsuru olarak içeriğinin genel ahlâka aykırı olması nedeniyle baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz; yani normatif bir güce sahip değildir. Bu anlamda tam butlanın düzeltilme imkanı olmadığı gibi, tarafların bu sözleşmeyi geçerli kılacak ikinci bir anlaşma yapmaları ya da sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâk kurallarına aykırılığın dikkate alınmayacağını kararlaştırmaları mümkün değildir. Buna karşılık sözleşmenin bir kısmının genel ahlâka aykırı olduğu ve sadece bu kısmın batıl kabul edilip diğer kısımlarının tarafların farazi iradelerine paralel ayakta tutulduğu durumlarda ise *kısmi butlan* hüküm ve sonuçları doğar. Kısmi butlanın uygulanması bu anlamda iki şartın bir arada bulunmasına bağlıdır. Buna göre *objektif şart*: sözleşmenin sadece bazı bölümlerinin genel ahlâka aykırı olması ve tarafların butlan anlaşması yapmamış olmaları; *sübjektif şart ise*: tarafların farazi iradelerinin genel ahlâka aykırı olan kısım olmadan sözleşmeyi kalanı ile ayakta tutmak yönünde olmasıdır.

Doktrinde üç ayrı uygulama alanı bulunan kısmi butlan türlerinden *basit kısmi butlan*, sözleşmenin kalanı taraflar açısından varlık sebebini kaybetmediği sürece genel ahlâk kuralları bakımından da geçerli bir yaptırımdır. Bu anlamda basit kısmi butlan genel ahlâk kuralları bakımından sadece tali edimler ve basit ifa modaliteleri bakımından uygulanabilir. Bunun dışında asli edimler ya da sözleşmenin amacındaki

genel ahlâka aykırılıklar yönünden basit kısmi butlan uygulanana alanı bulamaz. Genel ahlâk kuralları bakımından *değiştirilmiş kısmi butlanın* uygulanabilmesi ise, ancak nicelik bakımından özellikleri bulunan sorunlarda söz konusudur. Bir başka ifadeyle taraf farazi iradelerine paralel olarak taahhüde konu edimin uygun bir sınıra indirilmesi ya da emredici veya tamamlayıcı bir hukuk kuralı ile ikame edilmesi imkanı varsa bu kısmi butlan türü uygulanabilir. Dolayısıyla değiştirilmiş kısmi butlan genel ahlâk kuralları yönünden, ya kararlaştırılan edimden ya da taahhüdün yoğunluğu, süresi gibi borçlunun özgürlüklerinin aşırı ihlallerinden temel alabilir. Bu durum tarafların farazi iradelerine de uygundur çünkü iradeler, dürüst ve makul sözleşme taraflarının, genel ahlâk kurallarını ihlal etmeyen bir sözleşme ilişkisi kurma isteklerine dayanır. Diğer yandan genel ahlâka aykırı kısım dışında tarafların farazi iradelerine paralel olarak geçerli diğer bazı kısımların da batıl sayılması yönündeki *genişletilmiş kısmi butlan* yaptırımı ise, genel ahlâk kuralları yönünden, tıpkı basit kısmi butlandaki gibi; ancak tali edimler ve basit ifa modaliteleri bakımından uygulanabilir, asli edimler ve sözleşmenin amacındaki genel ahlâka aykırılıklarda uygulanamaz. Aynı şekilde geçerli olmasına rağmen hakim tarafından butlanına karar verilen kısımların da, sözleşmenin amacı ve asli edimleri dışında olması; bu anlamda sözleşmenin kalan kısımlarıyla bağımsız ve geçerli bir hukuki işlem olarak varlığını sürdürebilecek bütünlüğünü koruyabilmesi gerekir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun tarihi gelişimi, kanunlaştırma aşamaları ve MK.m.23/II hükmü ile BK.m.19 hükmü arasındaki organik bağ incelendiğinde görülür ki, her iki hükümdeki genel ahlâk kuralları kavramının da kapsamı aynıdır. İki madde arasındaki tek fark BK.m.19'un genel olarak sözleşmenin içeriğindeki;

buna karşılık MK.m.23/II'nin ise kişilik haklarındaki genel ahlâka aykırılık sınırını ortaya koymasıdır. Dolayısıyla emredici olan her iki hükmün de yaptırımını BK.m.20 gereği butlandır. Zaten genel ahlâk kuralları yönünden korunan değerler incelendiğinde MK.m.23 hükmü kapsamında kişisel değerlerin bütün olarak genel ahlâk kurallarıyla da korunduğu görülür. Diğer yandan kişisel özgürlükler bakımından butlan yaptırımından doğabilecek muhtemel sorunlar, kısmi butlan hükümleriyle, hem tarafların farazi iradelerine bağlı menfaat dengeleri sağlanarak; hem de özgürlüğü ihlal edilen kişiye bu talep imkanı sağlanarak çözülebilir.

Genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşmede öncelikle taraflar karşılıklı olarak sözleşmeye konu edimlerinin aynen ifalarını talep edemezler. Bu sadece edimleri genel ahlâk aykırı olan sözleşmeler yönünden değil, amaçları ya da ihlal ettikleri kişi özgürlükleriyle batıl olan sözleşmeler yönünden de geçerli; aynı zamanda asli ve fer'i tüm hakları kapsayan genel bir sonuçtur. Diğer yandan genel ahlâka aykırı bir sözleşmenin batıl olması nedeniyle ifanın gerçekleşmemesi, kural olarak alacaklı yönünden doğan zararları tazmin imkanı da yaratmaz. Ancak bu durumun iki istisnası olabilir. Buna göre sözleşme ilişkisini kurmak yönündeki davranış eğer genel ahlâka aykırı bir fiille ve kasten sözleşmenin karşı tarafına zarar vermek amacı taşıyorsa, butlan yaptırımından bağımsız olarak *BK.m.41/II* hükmü uygulama alanı bulabilir. Ya da somut olayda, bilhassa taraflardan birinin genel ahlâka aykırılığı sakladığı ve karşı tarafın da bunu bilebilecek durumda olmadığı hallerde, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisini temel alan *culpa in contrahendo* sorumluluğu yani sözleşme öncesi görüşmelerden doğan kusur sorumluluğu doğabilir.

Butlan yaptırımının genel sonucu olan ve tarafların önceden ifa ettikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadelerini isteme imkanları, genel ahlâka aykırı amaçla verilenler yönünden BK.m.65 hükmü ile sınırlıdır. Bugün artık hükmün düzenleniş şekli ile gerçek amacına hizmet edemediği ve yeni bir yasal düzenlemeye konu olması gerektiği yönünde doktrinde görüş birliği vardır. Bu sebeple bilhassa hem veren hem de alan yönünden genel ahlâka aykırılık oluşturan durumlarda getirilecek müsadere imkanı ile edimin devlete (hazineye) ya da bir hayır kurumuna geçmesi sağlanabilir. Ancak bu düzenleme yapılanaya kadar doğabilecek haksızlıkların asgariye indirilmesi bizim görüşümüze göre öncelikle hükmün dar yorumlanması ile mümkündür. Dolayısıyla madde bütün genel ahlâka aykırı sözleşmeler yönünden değil, sadece ifada bulunulan kişiyi genel ahlâka aykırı bir amaca uygun davranmaya sevk etmek ya da teşvik etmek amacıyla yapılan kazandırmalarda uygulanmalıdır. Bu yorum hem maddenin genel ahlâka aykırı davranışları cezalandırma amacına, hem de kanun koyucunun sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen hükümleri metne alış tarzına uygundur. Bu noktada BK.m.65 hükmünün BK.m.20 hükmünü kapsamadığını ancak her iki düzenlemenin de ortak uygulama alanları bulunduğunu da belirtmek gerekir. Çünkü BK.m.20 hükmü, içerik yönünden sözleşmelerin geçerlilik denetimleriyle ilgili iken; BK.m.65, verme şeklindeki bir kazandırıcı işlemin iade talebi ile ilgilidir. Dolayısıyla m.20’de içeriği genel ahlâka olan sözleşmeler araştırılırken, BK.m.65 hükmünde verenin amacının yani tasarruf işlemini yaparken güttüğü temel sebeplerin genel ahlâka aykırı olmasıyla ilgilenilir. Dolayısıyla BK.m.65 “genel ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere” yapılan ifalardan bahseder ki bizim görüşümüz maddenin sadece tarafların sahip oldukları

doğrudan ya da dolaylı amaçları kapsayan bir iade yasağı getirdiği yönündedir. Buna karşılık dar yoruma rağmen doğabilecek hakkaniyete aykırı durumlar ise, her zaman MK.m.2/II hükmü ile çözülebilir. Çünkü bugün artık dürüstlük kuralları, geçersiz bir sözleşmenin varlığı halinde dahi, borcunu ifa eden veya hakkını kullanan tarafın peşini bırakmayan genel bir hukuk ilkesidir.

Diğer yandan kısmi butlan yaptırımının uygulandığı bir meselede, BK.m.65 hükmü uygulama alanı bulamaz. Çünkü kısmi butlan yaptırımı taraflara ait amaçlar yönünden genel ahlâka aykırılık içeren sözleşmelerde değil; edimleri ya da özgürlüklere konu taahhütleri genel ahlâk kurallarını ihlal eden sözleşmelerde uygulanabilir. Dolayısıyla taraflara ait amaçların genel ahlâka aykırı olması durumunda yaptırım kaçınılmaz olarak tam butlandır ve bu durumda BK.m.65 hükmü zaten uygulama alanı bulur.