

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ YÖNÜNDEN DÜRÜSTLÜK KURALLARI

Derya ATEŞ*

1. GİRİŞ

İrade özerkliğinden doğan ve bireylerin özgür iradelerinin ifadesi olarak kabul edilen *sözleşme özgürlüğü* kavramı borçlar hukuku sistemi içindeki en temel hukuk ilkelerinden birisini ortaya koymaktadır. Bu durum kişiler arasındaki ilişkilerin bireysel özgürlüklerle yönetildiği toplumsal hayat içinde zaten kural olarak kaçınılmaz olandır. Nitekim sözleşme ilişkileri ile taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından doğan borçları ile bağlı kalmak zorundadırlar. Ancak tüm özgürlükler gibi sözleşme özgürlüğün de sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün ifadesi olması beklenemez. Nitekim Anayasa (m. 48/I) ve Borçlar Kanunu (m. 19-20) başta olmak üzere yasal düzenlemeler ile getirilen bazı sınırlar bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Sözleşme özgürlüğüne bağlı kısmi bir özgürlük olan düzenleme özgürlüğü yönünden sözleşmenin içeriğinin hukuka, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olamaması gibi.

Genel olarak dürüst, makul ve davranışlarının sonucunu bilen insan hareketlerini esas alarak toplum içinde karşılıklı güvene ve etik kurallara dayalı olan dürüstlük kuralları ise bugün genel bir hukuk ilkesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kuralların hukuk düzeni içindeki kapsamı, işlevi ve özellikleri yönünden var olan görüşler kaçınılmaz olarak farklı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Buna göre kuralların sözleşme hukuku alanındaki gerçek görüntüsü nedir ve hangi sı-

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim görevlisi.

nırlara tabidir? Bu sınırlar geniş anlamı ile hukuk kavramı içinde, hukuki ilişkiler, haklar, ödevler ve özgürlükler ile mi çerçevelenmelidir? Ya da son dönemde Alman hukukunda da hâkim olan görüşe paralel olarak kurallar sadece hakların değil hukuki kurumların ve dolayısıyla bizzat sözleşme özgürlüğünün de bir sınırını oluşturabilir mi?

Bu soruların yanıtını bulabilmek adına sözleşme özgürlüğü ve sınırları kavramına kısaca değindikten sonra bize göre öncelikle MK m. 2 hükmü ile dürüstlük kuralları kavramının kapsamı, işlevi ve içeriği incelenmeli; ardından kuralların sözleşme ilişkisi içindeki rolü, taraflara ait haklar, ödevler ve özgürlükler yönünden ele alınmalı ve nihayet bu bağlamda dürüstlük kurallarının gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir.

2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Özgür olan her bireyin borç ilişkilerini, dilediği gibi düzenleyebilmesini ve bireyin kendi davranışlarının sınırlarını yine kendi kendine bulmasını¹ ifade eden *irade özerkliği*² kavramı ile hukuki işlem tarafları kendi bağımsız iradelerini ortaya koymaktadırlar. İradelerin bu şekli ile dış dünyaya yansıtılması aynı zamanda bireysel menfaatlara da uygun olandır zira hiç kimse kendi menfaatlerine uygun olmayan bir durumu yine kendi iradesi ile yaratmak istemeyecektir. Üstelik kurulan hukuki ilişki bir “sözleşme şeklinde” kendini gösteriyor ise, her iki tarafın aynı özerkliğe sahip olması da aslında *kural* olarak eşit durumda bulunduklarının bir göstergesidir. Taraflar arasında adil menfaat dengesini sağlayan bu durum ile kişi, özel hukuk ilişkilerinde, kendi kendinin kanun koyucusu (*son propre législateur- der Selbst-Gesetzgeber*) haline dönüşür.³

¹ Engel, *Traité Des Obligations En Droit Suisse*, Berne 1997, s. 94.

² Fransızcada “*autonomie de la volonté*” sözcüğü ile ifade edilen irade özgürlüğü (özerkliği) teriminin Latince kökeni, *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*, s. 605, dipn.3.

³ Fransız Medeni Kanunu’nda bu durum açıkça 1134. maddede düzenlenmek; böylece sözleşmenin kurucu unsuru olan birey iradeleri bizzat bir hukuk kaynağı halini almaktadır. Maddede yasal olarak kurulan sözleşmelerin taraflar için kanun yerine geçeceği metne alınmış; böylelikle ortaya çıkan tereddütlerde sözleşmelerin *lex contractus* kanun rolünü üstlenmeleri esas alınmıştır. (*Les conventions légalement*

Borçlar hukuku alanında irade özerkliğinden doğan üç temel hukuk ilkesinden biri olmasına rağmen sözleşme özgürlüğü ilkesi ise (*liberté contractuelle*)⁴ zaman zaman irade özerkliği ile eş anlamlı gibi kullanılmaya başlanmıştır. Bu durumun sebebi aslında sözleşme kavramının anlamından doğar. Çünkü sözleşmeler *karşılıklı, birbirine uygun olan ve bu uyumdan hukuki sonuçları yaratan irade beyanlarının değişimidir*".⁵ Dolayısıyla özgürlük olmadan, ne irade, ne irade beyanı ne de sözleşme olamayacaktır.

Bu bağlamda "*birey iradesinin hür ifadesi*"⁶ olarak görülen sözleşme özgürlüğü ilkesi, kendinden doğan farklı alt özgürlükleri yani *kısmi özgürlükleri*⁷ bünyesinde barındıran genel ve kapsamlı bir çerçeve hukuk kuralı niteliğindedir ki bunlar; "*sözleşme yapma özgürlüğü*"; "*sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü*" ve "*şekil özgürlüğüdür*". Dolayısıyla dar anlamı ile kavram, *tarafların sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilmelelerini*⁸; geniş anlamı ile ise, *fertlerin özel hukuk ilişkilerini hukuk sisteminin sınırları çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleyebilme yetkilelerini* ifade eder.⁹

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; as-

formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites) 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, s. 64 vd. Ayrıca Mathieu-Izorche, s. 605-618.

⁴ İrade özerkliğinden doğan diğer iki temel ilke ise; sözleşmenin bağlayıcı etkisi (*la force obligatoire du contrat*) ve sözleşmenin nisbiligi ilkeleridir (*effet relatif du contrat*). Bu konuda bkz., Schönle, s. 64 vd; Ripert, La règle morale dans les obligations civiles Paris, 1949, s. 37; Mathieu-Izorche, s. 607 vd.

⁵ Zufferey-Werro, Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs, Fribourg, 1988, s. 7.

⁶ Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, Strasbourg, 1959, s. 217.

⁷ Engel, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, s. 184. Ayrıca ATF 129/2003 III, s. 35, 42 = JdT 2003 I s. 127, 133.

⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda da esas alınan dar anlamıyla sözleşme özgürlüğü kavramıdır. Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Ankara, 1998, s. 16; Tercier, Le droits des obligations, Genève/Zurich/ Bale, 2004, s. 104 vd; Engel, s. 97 vd; Thevenoz/Werro, 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, içinde Guilloid/Steffen, s. 122 vd.

⁹ Rieg, s. 216; Engel, s. 98; Zufferey-Werro, s. 8; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara, 2006, s. 19; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara, 2007, s. 53.

lında bağlanmayı seçmek ya da seçmemekle kişi, hem özgürlüğünü kullanmakta da hem de her zaman taahhüdünün ölçüsünü belirtme imkânını elinde tutmaktadır.¹⁰ Kaldı ki zaten, tarafların bir sözleşmeye bağlı olmalarının temel nedeni, öncesinde sözleşmeyi istemiş olmaları ve iradelerini de bu yönde kullanmalarıdır. Çünkü hukuki ilişkilerini tamamlarken sahip oldukları özgürlük derecelerini ve sınırlarını belirleyen bizzat hukuk düzenin kendisidir.¹¹

Bu anlamda aslında, kişisel özgürlük ifadelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü de¹² tıpkı irade özgürlüğü gibi, XIX. yüzyılda artan liberal ve bireysel anlayışlarla beraber değişime uğramış ve önemli sınırlamalara tâbi olarak, hukuki olduğu kadar modern bazı ekonomik teoriler içinde de işlevini sürdürmeye devam etmiştir.¹³ 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 belirler¹⁴. Bu yönüyle bizim hukuk sistemimizde de, irade özgürlüğünün doğal sonuçlarından biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, hem Anayasa ile (m. 48/I)¹⁵ hem de Borçlar Kanunu'nun ve Medeni Kanunu'nun

¹⁰ Mathieu-Izorche, s. 605

¹¹ Guggenheim, *Le droit suisse des Contrats, (La Conclusion Des Contrats)*, Genève, 1991, s. 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, *La Mise En Œuvre Des Droits Dans La Perspective Du Droit Des Obligations*, JDT 2002 III, s. 82. (*droits*)

¹² Engel, *Cent ans de Contrat Sous l'empire des dispositions Générales du code Fédérale des obligations*, Basel, 1983, s. 35.

¹³ Bu konuda bkz., Besson, *L'égalité horizontale: L'égalité de traitement entre particuliers*, Fribourg, 1999, s. 148-156.

¹⁴ Merz, *Traite de droit Prive suisse, (Traduction française, Pierre Giovannoni)* VI, Tome I, Fribourg, 1993, s. 19. Ayrıca bkz., Morin, *La responsabilité Fondée sur la Confiance, Etude Critique des fondements d'une innovation controversée*, Genève, 2002, s. 81-82. (*Responsabilité*)

¹⁵ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, 2001 yılında yapılan Anayasa düzenlemelerine paralel olarak, 13 üncü maddede yapılan değişiklikle; sözleşme özgürlüğüyle ilgili 48. madde düzenlemesinde özel sınırlama sebeplerinin belirtilmemesi meseleyi tartışılmalı hale getirmiştir. Zira değişiklik öncesi temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanma koşullarını belirten bu madde, özel sınırlama nedeni içermeyen sözleşme özgürlüğünün (m.48) Anayasal sınırlarını ortaya koymakta idi. Ancak 2001 yılında yapılan değişiklikle maddede yer alan genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak sınırlanabileceği ifade edilmiştir. O halde Anayasa'nın 48. maddesinde özel sınırlama nedeni içermeyen sözleşme özgürlüğü bakımından acaba kanunla getirilen sınırlar artık Anayasa'ya aykırı mıdır? Ya da bir başka ifadeyle,

ilgili hükümleri ile (BK m. 19, m. 20, MK m. 23 gibi) teminat altına alınmaktadır.

Aslında irade özerkliği ile sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların en eski dayanağı bireyin iradesini özgürce ortaya koymasından doğan tüm haklarının, devlet ve hukuk düzeninden önce (*apriori*) var olduğu fikridir. Bu sebeple kanunlar yalnızca özgürlükleri doğrulamaya ve teyit etmeye yarar, onları yaratmaz.¹⁶ Ancak, bu görüş modern hukuk düzenlerinde kabul edilmemekte ve irade özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğü kurallarına tıpkı diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi bazı sınırlar getirilmektedir. Çünkü toplum içinde yaşayan insanlar için, hiçbir alanda sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün var olduğu düşünülemez.¹⁷ Bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesi için de geçerlidir.

Sözleşme özgürlüğünü oluşturan kısmi özgürlüklerden “sözleşme yapma özgürlüğünün” kapsamında iki alt özgürlük vardır. Bunlardan ilki olan “sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü”, kural olarak bir kimse- nin dilediği sözleşmeyi yapabilmesini ve istemediği bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmaya zorlanamamasını ifade eder.¹⁸ Çünkü sözleşme yapmayı kabul etmek kadar, bir sözleşme ilişkisine girmemek de yasal ve hukuka uygun bir hakkın kullanımıdır. Bu kapsamda “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 değildir ve bu durum sözleşmenin tarafları için karşılıklıdır. Sözleşme

değişiklik öncesi sözleşme özgürlüğü için de genel sınırlama hallerinden kabul edilen, ancak yeni metinde yer almayan “milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, kamu yararına, genel ahlâka ve genel sağlığa” aykırı sözleşmeler artık geçerli olarak yapılabilir mi? Bu tartışmalar hakkında bkz., Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*, Ankara 2007, s. 57 vd.

¹⁶ Oprea, Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand, Paris 1935. s. 49.

¹⁷ Zufferey-Werro s. 11-12. Kaldı ki, irade özgürlüğü aslında, ‘bireyin kendi kendini sınırlama ilkesi (autodetermination)’ üzerine kurulduğuna göre, bu sonuç özgürlükler için zaten kaçınılmazdır. Bu konuda bkz., Alman Anayasa Mahkemesi’nin 7 Şubat 1990 tarihli kararı: BverfGE, C 81, s. 242; NJW, 1990, s. 1470, Juristenzeitung, 1990, s. 691; Fromont, “L’autonomie De La Volonté et Les Droits Fondamentaux en Droit Prive allemand, Le rôle de la volonté dans les actes juridique », Etude à la Mémoire de Prof. Alfred Rieg, Bruxelles 2000, s. 341.

¹⁸ Çok basit anlamıyla kişilerin “istememe özgürlükleri de vardır.” Carbonnier, Droit Civil, Introduction, Paris 2002, s. 42. Bu anlamda herkes bir sözleşmeyi kurmakta ya da kurmamakta özgürdür. Kimse sözleşme kurmaya zorlanamaz. ATF 80/1954 II s. 26, 39-44 = JdT 1955 I s. 136, 142-146; Engel, s. 98; Guggenheim, s. 27.

yapma özgürlüğüne bizim hukuk sistemimiz içinde getirilen belli başlı sınırlar “kişi ya da kurumun iznine tabi tutulan hukuki işlemler” ile “sözleşme yapma mecburiyeti hallerinde” kendisini göstermektedir.¹⁹

Sözleşme özgürlüğüne bağlı diğer kısmı özgürlük olan *şekil özgürlüğü* prensibi ise, kanun veya taraf iradeleriyle (BK m. 16/I) özel bir şekle tabi tutulmadıkları müddetçe şekil serbestliği ilkesinin var olduğunu (BK m. 11/I) yani şeklin sözleşmeler için bir geçerlilik şartı olmadığını ifade eder.²⁰ 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. Ancak bu özgürlük de sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün ifadesi değildir ve bazı hukuki işlemler, gerek geçerlilik, gerekse ispat yönünden kanun koyucu ya da bizzat taraflarca şekil şartına bağlanabilir.²¹

Nihayet sözleşme hukukuna ve özgürlüğe temel olan “düzenleme özgürlüğü” ise öncelikle “sözleşmenin içeriğini belirleme” özgürlüğünü kapsar. Aslında en temel anlamıyla, sözleşme özgürlüğünün taraflara sağladığı da bu; yani, iradelerinin konusunu belirleyebilme imkânıdır. Bu özgürlük tarafların, sözleşme içinde bulunması doğal kabul edilen her şeyi, sözleşmeye dâhil edebilmelerini ifade eder. *Sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü* ile ise, BK m. 182 ve devamında belirtilen sözleşme türleri dışında, kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerle de taraf iradelerinin ortaya konulması imkânını sağlar. Böylece taraflar sözleşmenin yapısı, türü, edimlerinin sayısı gibi hususları da diledikleri şekilde düzenleyebileceklerdir. Diğer yandan “Sözleşmeyi Değiştirme ve Ortadan Kaldırma özgürlüğü” ile ise daha önceden kurulan sözleşmelerde değişiklik yapmak ya da aralarındaki ilişkiye son verme imkânı taraflara sağlanır. Bu bağlamda düzenleme özgürlüğünün sınırlarını Medeni Kanun’un 23. ve Borçlar Kanunu’nun 19 ile 20. maddeleri ortaya koyar. Böylece taraflar arasında kurulan sözleşmenin içeriği hukuka, kamu düzenine, genel ahlâk kurallarına ve kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olamayacaktır.

¹⁹ Bu konular hakkında bkz., Ateş, s. 47 vd.

²⁰ Bu konuda bkz., Engel, s. 246 vd; Tercier, s. 130 vd; Guggenheim, s. 30; Guilloid/Steffen, (Commantaire Romand) s. 131; Zufferey-Werro, s. 11; Pédamon, Le contrat en droit allemand, Paris, 2004, s. 96 vd; Ferrand, Droit Prive allemand, Paris, 1997, s. 274 vd; Eren, s. 239 vd; Kılıçoğlu, s. 70 vd.

²¹ Bu konuda bkz., Ateş, s. 54 vd.

3. DÜRÜSTLÜK KURALLARI KAVRAMI VE SÖZLEŞMELERDEKİ ROLÜ

I. DÜRÜSTLÜK KURALLARI KAVRAMI VE MK MADDE 2 HÜKMÜ

Roma hukukunda “başkasına zarar vermeme, kimseye kötülük yapma değerlerine” bağlı olan “bono fides” ve daha sonraları *aequitas* kavramları, “sır saklamak, insanlar arası güven ile zayıfların korunması değerlerini” temel almaktadır.²² Bono fides Roma’da verilen söz tanrıçası Fides’den ilham almıştır. Bu dönemde Fides’in oturduğu yer insanın sağ eli olarak kabul edilmekteydi. Dolayısıyla sözleşen kimseler el sıkışır ve böylece vaatlerini tanrıçanın yaptırımını altına koyarlardı ki günümüzdeki el sıkışma âdeti de buradan gelmektedir.²³

Kavram zaman içinde doğruyu ve adili daha çok arayan bir kimliğe bürünerek günümüzdeki “dürüstlük kuralları” şeklini almaya başlamıştır. Nitekim XIX. yüzyılda büyük kanunlaştırmalarla medenî kanunlarda yer almaya başlamış ve öncelikle tabi hukuk etkisinde kalan hukukçular tarafından temelini Tanrı’dan alan, bu sebeple insanın değiştiremeyeceği bir değer olarak benimsenmiştir. Zaman içinde bilhassa II. Dünya Savaşı’ndan sonra değişim gösteren ‘dürüstlük kuralları’ sözleşme özgürlüğünün genel bir ilkesi halinde sözleşmelerin

²² Bu anlamda ‘bono fides’ kavramı, günlük dilde, ahlaki değerlerde (pudor, probitas, continentia); sosyal yaşamda (dignitas, gloria) kurumsallaşmada (imperium) ve hukukta (iustitia, aequitas) da kullanılmıştır. MÖ III. 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, *La bonne foi dans les contras, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, 2001, s. 19 vd; Broggini, *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, s. 3-11; Engel, (*cent ans*), s. 24. Ve bugün günümüzde hakkaniyet kavramı bilhassa özel hukuktan doğan haklarda, kişiler arası ilişkiler için bir tür anahtar gibi kullanılır. Engel, s. 18 ve 21. Huwiller, *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, s. 60 vd.

²³ Sevig, *Ahlakın Umumiyetle Hukuk ve Mukaveleler Üzerine Tesiri*, Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 525.

kontrolü için bir kıstas şekline dönüşmüştür. Ancak bu dönemde genel hükümlerin alanını daraltmaya çalışan anlayış, dürüstlük kuralları için de geçerli olmuştur. Fakat ilginçtir ki bu daraltıcı yaklaşıma karşılık kavram içerik yorumuna yeni değerler dâhil edilerek ve uygulama alanı genişleterek daha önemli bir hal almıştır.²⁴ Böylelikle, “dürüst insanın davranışlarına göre hukuki ilişki içinde göz önünde bulundurulması gereken iyi niyet” şeklinde tanımlanabilen²⁵ 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 getirilmeye başlanmıştır.

Dürüstlük kurallarına paralel olarak MK m. 2 hükmünün ikinci fıkrasında ise, yine temelini Roma hukukunda hakkı kötüye kullanılan kişiye tanınan hile def'inden (*exceptio doli*)²⁶ 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 ya da zarar verme tehlikesi yaratması durumlarında ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesidir.²⁷ Dürüstlük kurallarıyla birbirini tamamlayan hakkın

²⁴ Bu gelişim süreci hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Jaluzot, s. 35-58; Brogini, s. 11-21; Augsburger-Bucheli, 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, s. 23 vd.

²⁵ Deschenaux, 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, s. 135; Roy/Schoenenberger, Introduction générale au droit suisse, Zurich/Bale/Genève, 2002, s. 28. *Edis* ise kavramı şu şekilde tanımlamaktadır: “orta zekalı, normal, makul kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenin kuralların bütünüdür” *Edis*, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1989, s. 291.

²⁶ Roma hukukunda *exceptio doli* önce ikiye ayrılmaktaydı: bunlardan ilki bir hakkın kazanılması sırasında kullanılmaktayken (*Exceptio doli praeteriti* ve *Exceptio doli specialis*); ikincisi hakkın dava yoluyla kullanımında ileri sürülüyordu. (*exceptio 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., Amos, *La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus*, Lausanne, 2002, s. 7 vd.

²⁷ 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 Bura-da hukuk ve genel ahlâk mülkiyet hakkının kötüye kullanımını yasaklamaktadır.)

kötüye kullanımının varlığı, genel olarak bir hakkın amacı dışında kullanıldığı, bu kullanımdan hak sahibinin hiç menfaatinin bulunmadığı ya da 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 uğrayacaktır. Bu sebeple kavramın kapsamı hakların içinde bulunan dönemdeki yorumuna bağlı olarak değişim göstermeye mahkûmdur. Descehenaux bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *“Eğer kullanımı hukuk düzeni tarafından korunacak bir hakka sahip isem ve koruma sağlanmıyorsa, bu durum hakkın var olmadığını gösterir”*.²⁸ Aslında yazarın ifade etmek istediği iki farklı hakkın var olduğudur. 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.

Bu sebeple hakkın kötüye kullanımı ve dürüstlük kuralları birbirini tamamlayan ancak aynı zamanda birbirinden farklı iki hukuki kurumun ifadesidir. 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 var olan hakkın kullanımında, kanun koyucunun istemediği sonuçlar doğacağı için hâkimin somut meseleye müdahalesine ihtiyaç yaratır.²⁹

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. Aslında tüm bu soruların yanıtları başlı başına ayrı birer çalışma konusu oluşturur. Ancak konuya genel bir bakış sağlamak adına kısaca

Ya da hak sahibi yasal sınırlar içinde kalıyor gibi görünse de bazen kanun hakların aşırı kullanımını yasaklamaktadır. Roy/Schoenenberger, s. 32-39. Hakkın kötüye kullanımı yasağıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Karimi, Les Clausules Abusives et La théorie de L’abus de droit, Paris, 2001; Stoffel-Munck, L’abus dans le contrat, essai d’une théorie, Paris 2000; Ripert, 287 vd; Sevig, s. 524.

²⁸ Descehenaux, s. 138.

²⁹ Bu sebeple sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında dürüstlük kuralları esas alınırken, içerik denetiminde hakkın kötüye kullanımı temel alınmaktadır. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul 1999, s. 168-169.

incelemek gerekirse öncelikle dürüstlük kurallarının ahlâk kuralı olup olmadığı meselesi araştırılmalıdır.

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 ahlak kuralları 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.³⁰ Bu anlamda ahlâk kurallarının hukuk kuralları ile benzerlikleri ve farklılıkları incelendiğinde görülmektedir ki,³¹ dürüstlük kuralları da kanun koyucu tarafından yasal bir düzenlemeye konu olarak, pozitif hukuk içinde genel bir hukuk kuralı halini almıştır.³² O halde genel ve evrensel bir ödevin ifadesi olan bu ilkeye aykırılık, her ne kadar etik bir değer 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*"³³ söylemek meselenin doğru bir özeti olabilir.

Aynı şekilde dürüstlük kurallarının "*hukuki standart mı*" yoksa "*hukuk ilkesi mi*" olduğu da doktrinde tartışılmıştır. Hukuki standartlar, özel meselelerde uyarlanacak, her durum için kullanılabilen, ortak bir sosyal davranış ölçüsü verirler. Bunlar değiştirilemez kurallardan çok hâkime 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

³⁰ Bu konuda bkz., Ateş, s. 67 vd.

³¹ Hukuk ve ahlâk kuralları arasındaki ilişki hakkında bkz., Ateş, s. 143 vd.

³² Ripert, s. 167; Dechenaux, s. 150; Zufferey-Werro, s. 147; Jaluzot, s. 67 vd. Ayrıca dürüstlük kurallarının (m.2) bu anlamda sosyal ve sosyalleştirici kapsamı hakkında bkz., Engel, (*Cent ans*), s. 20 vd.

³³ Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1986, s. 307. Ayrıca bkz., Engel, (*cent ans*), s. 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 görüldüğü duruma göre yorumlanmasını tercih eder. Yazara göre iyi niyet evrensel çözümler sunamaz ancak basitçe ahlaki soruların yanıtlandığı bir mekanizma olabilir. Brownsword/Hird/Howells, *Good Faith in Contract, Concept and Context*, Suffolk 1998, s. 7.

olan, belirli bir hukuki uygulama alanının özelliklerini veren; soyut ve genel hükümlerdir. Bu kuralların en belirgin özellikleri somut bir olaya doğrudan uygulanamamalarıdır. XX. yüzyıla kadar *Alman hukukunda* dürüstlük kurallarının (*Treu und Glauben*) edimlerin ifasında (BGB § 242), sözleşmelerin yorumunda (BGB § 157), bir sözleşme şartının değerlendirilmesinde (BGB § 162) ve diğer özel durumlarda (BGB § 320, § 815) bir direktif gibi kabul edilmiş, daha sonra doktrin Yüksek mahkemenin 26 Mayıs 1914 tarihli kararıyla, BGB § 257, § 226, § 242, § 826'nın da genel kuralın birer özel ifadesi olduğunu belirtilmiştir. Durum, kavramı Medenî Kanun 1134 ve 1135. maddelerinde hükme bağlayan *Fransız* hukukunda da aynıdır.³⁴

MK m. 2'de yer bulan dürüstlük kurallarının kamu düzenine ilişkin ve emredici olup olmadığı, tarafların sözleşme özgürlüğü sınırları içinde bu iki kuralın aksini kararlaştırıp kararlaştıramayacakları meselesi ise doktrinde tartışılmakla beraber genellikle kabul edilen görüş kuralların emredici olmadığı yönündedir.³⁵ Kaldı ki zaten, hüküm aşağıda da açıklayacağımız üzere *bizce* sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı da taşımaz; bağımsız olarak hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemeyi hedefler.³⁶ Bunun sonucu olarak taraflar, dürüstlük kurallarının somut olayda uygulanmayacağına karar verebilirler.³⁷ Yeter ki

³⁴ Bu konu ve tartışmalar hakkında bkz., Jaluzot, s. 69-79.

³⁵ Yargıtay'ın da bazı kararlarında benimsediği ve dürüstlük kurallarını kamu düzenine ilişkin bulan görüş hükmü emredici bulmakta, ayrıca hâkim 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 dâhil olarak doğrudan uygulanma özellikleri bulunur. Ayrıca kural teknik anlamda bir itiraz değildir. Deschenaux, s. 146; Edis, s. 295-299; Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995, s. 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. 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, s. 38 vd. Ayrıca bkz., Oğuzman, Dürüstlük Kurallına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 63. Yaş Armağanı, s. 407-415. Uyar, Yargıtay Kararlarında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, s. 439-465.

³⁶ Deschenaux, s. 146,

³⁷ Deschenaux, s. 147. Ayrıca, Schönle, La bonne foi, dans les relations entre particulières, Droits des obligations et Droit Bancaire, Etudes, Genève, 1995, s. 30; Edis, s. 300; Akyol, s. 7.

yapılacak olan bu sözleşme, BK m. 19, m. 20 ve MK m. 23 sınırları içinde olsun.

II. DÜRÜSTLÜK KURALLARININ SÖZLEŞMELERDEKİ ROLÜ

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*),³⁸ kimi zamansa bizim hukukumuzda olduğu gibi, (*de lege ferenda*) temel hakkaniyet ilkeleri 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.

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 bulur. Kuralların, irade beyanı ve sözleşmelerin yorumlanması ile tamamlanmasına hâkim temel ilkelerden olmanın yanında dört temel işlevi olduğu kabul edilir: Bunlardan “*somutlaştırma fonksiyonu*”; borç ilişkisinde tarafların yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesi amacını; “*tamamlama fonksiyonu*”; borç ilişkisinde çeşitli yan yükümlerinin temelini; “*sınırlama fonksiyonu*”; her hakkın özünde bir sınır içerdiğini; “*düzeltilme fonksiyonu*” ise, borç ilişkisi temelden çökmüşse, yeni duruma uyarlanması ile gerekli düzeltmelerin yapılmasıdır.³⁹

Geniş anlamıyla hukuk kavramı, “*hukuki ilişkilerden*”, “*ödevlerden*”, “*özgürlüklerden*” ve “*haklardan*” oluşur. Bu anlamda *genel ve objektif bir hukuk normu* oluşturan⁴⁰ dürüstlük kuralları bireyler açısından öncelik-

³⁸ Son dönemde İngiliz hukukunda dürüstlük kurallarının özel yeri ve tartışmaları başlatan Mr. J.Steyn-Sir T.Bingham davası hakkında bkz., Brownsword/Hird/Howells, s. 1-11.

³⁹ Eren, s. 21. Bu anlamda bilhassa sözleşmelerin kurulmasında ve ifasında dürüstlük kurallarının işlevi ile diğer hukuk dallarındaki 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, s. 29-50.

⁴⁰ Aslında kural, hakkını kullanırken başkasına zarar vermeye elverişli olan bir kişinin, bu hakkın muhatabının karşısında dikkate alınması gerekliliği fikri üzerinde

le “genel bir ödev” niteliği de taşımaktadır. Bilindiği üzere bu ödevler bütün hukuk sùjeleri için ve herkesin karşısında var olan ödevlerdir ve temellerini yazılı olan ve olmayan hukuk kurallarından alırlar. Bu doğrultuda genel ödevler üçüncü kişilerin bazı yasal hakları ile temel menfaatleri koruduklarından herkes tarafından saygı duyulması gereken asgari etik standartları sunarlar. Böylece aslında dikkatli incelendiğinde görülür ki, genel ödevler bireysel özgürlüklerin de son sınırını oluşturmaktadır.⁴¹

Dürüstlük kurallarının bu özellikleri Türk hukuku yönünden açıkça metne alınmamaktadır. Buna karşılık Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Les Principes Du Droit Europeen Des Contrats*) içinde düzenlenmiş olması ilgi çekicidir. Sözleşmeden doğan ödevler içinde m.1:201 hükmü özel olarak dürüstlük kuralları başlığı altında metne alınmıştır. Buna göre: “Her bir sözleşme tarafı dürüstlük kurallarının gereğine uygun davranmak zorundadır. Taraflar bu ödevden vazgeçemez ya da onu sınırlandırmazlar.”⁴²

Diğer yandan dürüstlük kuralları kişilerin özel bir hukuki ilişki içinde bulunmalarını gerektirmeden, “bütün hakların kullanımında” da sınır çizmektedir.⁴³ O kadar ki, dolaylı ve tesadüfî bile olsa sosyal bir ilişki seviyesindeki kişiler arasında da uygulanma özelliğine sahiptir-

gelişen genel bir kuraldır. Huwiler, s. 41-48.

⁴¹ Morin, (*Responsabilité*) s. 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.

⁴² Ayrıca yine ayın ilkeler içinde özellikle sözleşme özgürlüğü sınırlarını hem dürüstlük kuralları hem de emredici kurallar ile çizen maddelere örnek olarak m.1:102; boşlukların doldurulması ve yorumlamada kuralın rolünü ifade eden madde 1:106 yine m. 1:302; m. 1:305; m. 2: 301; m. 3:201; m. 4:103, m. 5:102, m. 6:102 düzenlemeleri verilebilir. Aynı şekilde hakkın kötüye kullanımı ilkesi de, Türkiye’nin 20 Mart 1950’de Roma’da imzaladığı ve TBMM tarafından 18 Mayıs 1954’de onaylanarak 19 Mart 1954-8662 *Resmî Gazete*’de yayımlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesinde de yer almaktadır. Hakların kötüye kullanımının yasaklanması başlıklı hüküm şu şekildedir: “Bu sözleşme hükümlerinden hiçbir, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörül-
düğünden 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), s. 271-289.

⁴³ Yung, La vérité et le mensonge dans le droit privé, Etudes et articles, Genève 1971, s. 80; Huwiler, s. 48; Morin, (*Droit*), s. 83. Aksi görüş için bkz., Deschenaux, s. 137 ve 142; Misteli, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zurich, 1999, s. 119 vd.

ler.⁴⁴ Bir başka ifadeyle doktrinde bir kısım yazarların kabul ettiklerinin aksine, hüküm *bizce* sadece özel hukuk ilişkileri üzerine kurulu hakları içermemektedir.⁴⁵ Aynı zamanda hukuk düzeninin bireye tanıdığı, kişisel özgürlüklerden kaynaklanan, uygulanması bir ilişkinin varlığına bağlı olmayan tüm ayrıcalıkları da kapsar.⁴⁶ Böylece kurallar hem sosyal hayata saygı hem de hakkaniyet seviyesindeki “*maddi bir hukuk normunu*” ortaya koyar.⁴⁷ Hatta dürüstlük kurallarının bu özellikleri, İsviçre sorumluluk hukuku alanında yapılmak istenilen ancak şu anda ertelenen değişiklik ön tasarısı içinde de benimsenmiş ve tasarısı yazarları MK m. 2 hükmünün hukuk düzeninin koruyucu hükümlerinden olduğunu, bu sebeple ihlallerinin *a priori* olarak hukuka aykırılık yaratan genel bir hüküm olarak benimsenmesi gerektiği görüşünü esas almışlardır.⁴⁸

Hukuk düzeninin teminat altına aldığı bireysel özgürlükler yönünden meseleye bakıldığında ise, bu özgürlüklerin bir yönüyle herkese kendi hayat şartlarını düzenleme yetkileri verirken,⁴⁹ diğer yönüyle de bazı haklar tanıdığı görülmektedir. Morin bu durumu şöyle açıklar: “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 borçlandırııcı etkisi, ancak taraflardan biri bu menfaatini 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.”⁵⁰

⁴⁴ Widmer/Wessner, s. 103. Yazarlar burada iki kişi arasında yanıt verme sorunluluğunun olmadığı ancak hakkaniyet gereği cevap vermesi gerektiği halde kişinin susması örneğini vermektedirler. Yine iki kişi arasındaki sözleşme ilişkisine dâhil olmayan bir kişinin, taraflardan birini edimini yerine getirmemeye teşvik etmesi de burada değerlendirilebilir. Ayrıca, aynı yönde Morin, La responsabilité Fondée sur la Confiance, Etude Critique des fondements d’une innovation controversée, Genève, 2002, s. 67. Yazar bu yönüyle dürüstlük kurallarının hukuk düzeninin kişiye tanıdığı, kişisel özgürlüklerin sonucu olan, kullanımları özel ilişkiye bağlı olmayan bütün ayrıcalıkları kapsadığını belirtmektedir.

⁴⁵ Deschenaux, s. 137 vd. ayrıca s. 142; Misteli, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zurich 1999, s. 172. Buna karşılık İsviçre Federal mahkemesi hiç bir zaman, CC m. 2 hükmünün açıkça özel bir hukuki ilişkinin varlığı halinde de uygulanacağına karar vermemiştir.

⁴⁶ Morin, (Droits) s. 83.

⁴⁷ Hükmün maddi norm niteliğiyle ilgili bkz., Deschenaux, s. 141.

⁴⁸ Bu konuda bkz., Widmer/Wessner, s. 102-104.

⁴⁹ Besson, n. 605.

⁵⁰ Morin, (Droits), s. 81.

Aslında haklar, 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. Dolayısıyla menfaatlerin karşı karşıya geldiği noktada devreye, düzeltici bir etik ilke olarak dürüstlük kuralları girecektir. Çünkü kişi kendi özgürlüğünü kullanırken, yetki alanı dışına çıktığında, üçüncü kişilerin kişisel özgürlüklerini ve bundan doğan menfaatlerinin kullanımına engel olabilecektir. İşte MK m. 2 hükmünün devreye girmesi de tam olarak bu noktada olur.⁵¹

O halde temelinde bir hakkın dürüstlük kurallarına uygun kullanımı, “*hakkın içerdiği menfaatleri koruyacak şekilde amacına uygun kullanımını*” ifade etmektedir.⁵² Bu nedenle dürüstlük kurallarının önemli özelliklerinden biri de içeriğindeki belirsizlik sebebiyle her zaman “*somutlaştırılmaya*”⁵³ yani uygulanacakları meseledeki hakkın koruduğu menfaatlerin belirlenmesine ihtiyaç duymasıdır. Dolayısıyla bu kurallar, her hangi bir olayda *doğrudan uygulanabilen (otonom)* kurallar değildir;⁵⁴ ve hükmün içeriğindeki temel etik ilke, değişen şartlar ile somut olaylara göre uyarlanabilir. Nitekim Fransız hukukunda dürüstlük kurallarının gerçek içeriğinde *objektif* ve *sübjektif* iki yönün bulunduğu kabul edilir. Bunlardan *kuralın sübjektif yönü*; tarafların menfaatleri, güvenleri ile davranışlarından meydana gelen “*sözleşme taraflarına ait güven*” ve sözleşmenin mantığı ile sözleşmeye ait güvenin uyarlanmasından doğan “*sözleşmeye güven*”den oluşur. Diğer yandan *kuralın objektif yönü* ise, gelenekler ve diğer sosyolojik kurallardan meydana gelir ki bunları ortaya koyan da ahlaki değerler ile anayasal ilkelerdir.⁵⁵

İşte tam bu noktada Alman doktrininde sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde geliştirilen bir görüşe göre, sadece hakların değil *hukuki ku-*

⁵¹ Morin (*Droits*), s. 84.

⁵² Deschenaux, 142; Huwiler, s. 48 vd.

⁵³ Deschenaux, s. 141 vd. Hatta hukuki güvenlik ve keyfilik yasağı ilkelerinin de temelinde dürüstlük kurallarının bu özelliğinden kaynaklandığı, bu şekilde somutlaştıktan sonra meseleye direk uygulandığı belirtilir. Bu konuda bkz., Morin, s. 56; ayrıca (*Droits*), s. 85.

⁵⁴ Morin, s. 68. Yazar MK m. 2 hükmünün temelinde bir yorum kuralı olduğunu ve bu özelliğiyle hiçbir hak meydana getirmeyeceğini belirtmektedir. Daha basit bir değişle hüküm, aynı olay karşısında, benzerlerinden beklenecek davranışı içeren normatif bir anlayışın ifadesidir. Bu yönüyle, MK m. 2 hükmünün somutlaştırılmasından doğan ödevlerin ratio legisini oluştur. Morin, (*Responsabilité*), s. 59.

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Jaluzot, s. 79-125.

rumların da dürüstlük kurallarına aykırı yani kötüye kullanımlarının mümkün olduğu görüşü ortaya konulmuştur.⁵⁶ Bu görüşe göre özel hukuk ilişkileri yalnızca haklar üzerine değil; aynı zamanda toplumsal hayata hâkim olan evlilik, mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, rekabet gibi doğrudan hakkın konusu olmayan kurumlar üzerine de kuruludur. Dolayısıyla haklar kadar hukuki kurumlar da kötüye kullanılabilir.

Aynı şekilde görüş taraftarı yazarlar söz konusu kurumlar arasında da bir hiyerarşinin bulunduğunu ve Anayasanın bunların içinde en üst değere sahip olduğunu ifade etmektedirler. Dolayısıyla 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. Kaldı ki Alman hukukunda dürüstlük kuralları, hukuk etiğine ait üst bir ilkedir. Dolayısıyla adalet ve hakkaniyete saygı sadece borçlar hukuku alanında değil, kişiler arasında hukuki ilişkilerin ortaya çıktığı bütün Alman hukuk düzeni içinde geçerlidir ve bu anlamda dürüstlük kurallarının düzeltici ve tamamlayıcı olmak üzere başlıca iki işlevi bulunmaktadır.

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 getirir. Hatta İsviçre hukukunda Federal Mahkeme bir kararında bu durumu açıkça şu şekilde ifade etmektedir: *“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 imkân yaratır”*⁵⁷.

⁵⁶ Pedamon, s. 131 vd; Ferrand, s. 302 vd. İsviçre hukuku yönünden meselenin yorumu içinse bkz., Morin, (*Droit*), s. 80 vd. Ayrıca Alman hukukundaki bu görüşler ve yazarlar hakkında bkz., Atamer, s. 170-171.

⁵⁷ ATF 115 II 232, 236 vd. Bu kararda Federal Mahkeme edimler ve karşı edim arasındaki dengesizliklerin tek başına genel ahlaka aykırılık yaratmayacağına ve yine MK m. 2/II hükmü ile hakkın kötüye kullanımının tek başına edimler arası eşitsizliği düzeltmeye imkân vermeyeceğine hükmetmiştir.

4. SONUÇ

Bütün bu açıklamalar ışığı altında dürüstlük kurallarının temelde belli bir toplumdaki kamusal vicdanın yarattığı değer yargıları olduğunu ve bu yönleriyle, hukuk düzeni içinde korunan *genel etik ilkeleri* ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun içindir ki hukuk düzenlerinde “hiç kimsenin kendi kusuruyla ve kastıyla hak elde edememesi” (*nemo auditur kuralı*) ya da “sözleşme ilişkisine bağlılık” (*pacta sunt servanda*) gibi genel ahlâka aykırı davranışları yasaklayan ilkelere hep dürüstlük kuralları temel olmuştur. Dolayısıyla somut meseleler hakkında hukuk düzeni içinde özel ve pozitif bir kural bulunmadığı noktalarda dürüstlük kuralları uygulama alanı bulmaktadır.

İçerikleri kanun koyucu tarafından kesin ve net olarak ortaya konulmayan bu kurallar, değişken, belirsiz ve bireylerin dışında oluşan *genel hükümlerdir*. Değişkenlik kuralların zamana ve mekâna göre farklılaşabilmeleri; buna karşılık belirsizlik ise her ayrı meseleye uygun somutlaştırılma ihtiyacını ifade eder. Somutlaştırmayı sağlayacak olan hâkimin belirlemesi gereken ise dürüstlük kurallarının korudukları hukuki menfaatler ve değerlerdir. Bu anlamda kuralların aslında içeriğindeki ahlâki (dolayısıyla etik) ve sosyolojik değerlere dolaylı da olsa bir göndermede bulunduğunu ifade etmek yanlış olmaz. Kaldı ki zaten taraflar arasındaki güven ilişkisini kuran da kuralların temelindeki bu ahlaki değerlerdir. Üstelik hukuk dışı bu değerler için de dahi hukuk düzeninin temel eğilimleri ve anayasal ilkeler belirleyici olarak esas alınmak zorundadır ve bir yerde dürüstlük kurallarına söz konusu ahlâki rengi veren de temelindeki aynı güven duygusudur.

Bu anlamda dürüstlük kuralları, hukuki bir mesele (*quaestio iuris*) olarak, aydınlatılmak ve çözülmek üzere hâkimin önündedir (*jura novit curia*) ve kuralların hakim tarafından re’sen dikkate alınması gerekir. Zira hukuki meseleler, maddi meselelerin (*quaestio facti*) aksine hakim karşıısına bir kural koyarlar ve bu hukuk kuralının aranması, bulunması, içeriğinin aydınlatılması, uygulanması hakim görevi ve yükümlülüğüdür. (*iura novit curia*) Dolayısıyla hâkimin dürüstlük kurallarını ya da hakkın kötüye kullanımını tarafların talebine, savunmalarına ihtiyaç kalmadan göz önünde bulundurması gereklidir. Başka bir deyişle, maddi bir hukuk kuralı olarak MK m. 2 hükmü, tüm hukuk kuralları bakımından olduğu gibi hâkime hitap eden bir direktifi de kapsar.

Ancak sözleşme özgürlüğü bakımından kuralların yeri incelenirken dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Özgürlüğün sınırını ortaya koyan BK m. 19 ve m. 20 düzenlemeleri bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan “geçerlilik şartlarını” düzenler. Oysa MK m. 2 hükmünde yer bulan dürüstlük kuralları ise, 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 taraflar arasında kurulmak istenilen sözleşme ilişkisi içinde yer almazlar; aynı zamanda bu hukuki ilişkiden ayrı olarak taraflar arasında güven ilişkisine dayalı bağımsız bir borç ilişkisi de yaratırlar. İşte bu ikinci hukuki bağ sözleşmeden, hatta sözleşmenin geçersizliğinden ayrı ve bağımsız bir varlık gösterebilir. *Culpa in contrahendo* hallerinde olduğu gibi.⁵⁸

O halde ancak geçerli olarak doğan bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri sürülmesi, hakkaniyet ilkeleri ile engellenebilir. Bu sebeple bir sözleşmenin içeriğinin emredici kurallara, genel ahlâka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olup olmaması ile sözleşmeden doğan hakların dürüstlük kurallarına uygun kullanılıp kullanılmadıkları farklı denetim araçlarıdır. Örneğin, 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 hükümden hakkı doğan taraf bunu dürüstlük kurallarına uygun kullanmak zorundadır.⁵⁹

Bu doğrultuda kanaatimizce taraflar sözleşme özgürlüğü sınırları içinde kalmak şartıyla, dürüstlük kurallarına aykırı bir düzenlemede

⁵⁸ Bu konuda bkz., A. Bucher, *Personnes Physiques et Protection de la Personnalité*, Bale, 1995, s. 245 vd; Engel, s. 503 vd; Piotet, *La culpa in contrahendo aujourd’hui*, RSJ 77/1981, s. 225 vd; Tercier, *La culpa in contrahendo en droit suisse*, Première journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich 1984, s. 225.

⁵⁹ 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 dürüstlüğe 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.

bulunabilirler. Oysa tarafların BK m. 19 ve m. 20 hükmünde yer alan sözleşme özgürlüğü sınırlarının 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 böylece üzerinde anlaş-tıkları bu içerik sırf dürüstlük kurallarına aykırılık taşıyor diye hukuki ilişkinin butlanı sonucu doğmayacaktır. Dolayısıyla bize göre dürüst-lük kuralları sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı taşıyan bir dü-zenleme olarak değil sadece bağımsız olarak hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemeyi hedefleyen etik temelli bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmelidir.