

KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Sevtap YÜCEL

Eskişehir 2023

KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİ

Sevtap YÜCEL

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN

Eskişehir Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ocak 2023

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Sevtap Yücel'in "Kelepçeleme Sözleşmesi" başlıklı tezi .../.../20.... tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek "Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği"nin ilgili maddeleri uyarınca, Özel Hukuk Anabilim dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

	Unvanı Adı Soyadı	İmza
Üye (Tez Danışmanı):
Üye	:
Üye	:
Üye	:
Üye	:

.....

Enstitü Müdürü

FINAL APPROVAL FOR THESIS

This thesis titled “Oppressive Contracts” has been prepared and submitted by Sevtap Yücel in partial fulfillment of the requirements in “Anadolu University Directive on Graduate Education and Examination” for the Degree of Doctor of Philosophy (PhD) in Privat Law Department has been examined and approved on/...../.....

	<u>Committee Members</u>	<u>Signature</u>
Member (Supervisor) :
Member :
Member :
Member :
Member :

.....

Director
Graduate School of Social Sciences

ÖZET

KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİ

Sevtaç YÜCEL

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2023

Danışman: Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN

Kişilerin varlık gösterip topluma katılımlarının sağlanması, böylece maddi ve manevi kişiliklerinin gelişimi hukuki işlemler aracılığıyla da gerçekleştirilir. İrade özerkliği ve bunun uzantısı sözleşme özgürlüğü ilkesi kişilerin bu hukuki işlemleri özgürce yapabilmesine olanak tanır. Ancak bu ilke bazı sınırlara tabidir. Sınırlardan biri de, ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkının aşırı sınırlandırılmasıyla hukuki işlemleri (genel) ahlâka aykırı kılan kelepçeleme sözleşmesidir.

Çalışmamızda ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkı kelepçeleme sözleşmesine özgü çeşitli unsurlarla değerlendirilmiş, bu unsurlarla aşırı sınırlandırma ve karşı tarafa bağımlı olmaya dair kanaat oluştuğunda, ilgili hukuki işlemin hüküm veya hükümlerin genel ahlâka aykırılığı, kısmen veya tamamen geçersizliği tartışılarak, çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Kişilik hakkı, ekonomik faaliyet özgürlüğü, aşırı sınırlandırma, genel ahlâka aykırılık, kesin hükümsüzlük

ABSTRACT

OPPRESSIVE CONTRACTS

Sevtap YÜCEL

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, January 2023

Supervisor: Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN

One way of ensuring people's existence and participation in society, and thus the development of their material and spiritual personalities, is legal transactions. The principle of autonomy of will and the principle of freedom of contract as its extension allows individuals to carry out these legal transactions freely. However, this principle is subject to certain limitations. One of such constraints is an oppressive contract, which reduces legal transactions to a violation of (public) morality by excessive limitation of the personal right on the freedom of economic activity.

In our study, the personal right to the freedom of economic activity has been evaluated with various elements peculiar to oppressive contracts. When there is an opinion about excessive limitation and dependence on the other party with these elements, the violation of the public morality and partial or complete invalidity of the relevant legal transaction's provision or provisions are discussed and various solutions are offered.

Keywords: Personal rights, freedom of economic activities, excessive limitation, common immorality, total nullity

.../.../20....

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

.....

(İmza)

.....

(Öğrencinin Adı Soyadı)

STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES

I hereby truthfully declare that this thesis is an original work prepared by me; that I have behaved in accordance with the scientific ethical principles and rules throughout the stages of preparation, data collection, analysis and presentation of my work; that I have cited the sources of all the data and information that could be obtained within the scope of this study, and included these sources in the references section; and that this study has been scanned for plagiarism with “scientific plagiarism detection program” used by Anadolu University, and that “it does not have any plagiarism” whatsoever. I also declare that, if a case contrary to my declaration is detected in my work at any time, I hereby express my consent to all the ethical and legal consequences that are involved.

.....

(Signature)

.....

(Name and Surname of the
Student)

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	ii
FINAL APPROVAL FOR THESIS.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	vi
STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ, SINIRLARI, SÖZLEŞME ADALETİ ve HAKKANİYET

1. İRADE ÖZERKLİĞİ İLKESİ	3
1.1. Özgürlük Kavramı.....	3
1.2. İrade Özerkliği İlkesi ve Anlamı.....	4
2. İRADE ÖZERKLİĞİ BAĞLAMINDA SÖZLEŞMELER.....	6
3. SÖZLEŞMELER ALANINDA KURAL: SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	7
3.1. Sözleşme Özgürlüğünün Tarihsel Gelişimi.....	10
3.2. Sözleşme Özgürlüğünün Günümüzdeki Durumu.....	12
3.3. Sözleşme Özgürlüğünün Görünümleri	14
3.3.1. Sözleşmeyi yapma veya yapmama özgürlüğü.....	15
3.3.2. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü.....	17
3.3.3. Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü	17

3.3.4. Sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme özgürlüğü.....	18
3.3.5. Şekil özgürlüğü	21
4. KURALIN İSTİSNASI: SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU	22
4.1. Kanundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	23
4.2. Önceki Taahhütten Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu: Sözleşme Yapma Vaadi	25
5. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI	26
5.1. Genel Olarak	26
5.2. Hukuka Aykırılık	27
5.2.1. Kanunun emredici hükümlerine aykırılık	30
5.2.2. Kanunî yasaklara aykırılık.....	31
5.2.3. Kamu düzenine aykırılık	32
5.2.4. Kişilik hakkına aykırılık.....	35
5.3. Ahlâka Aykırılık.....	35
5.4. Başlangıçtaki İmkânsızlık	37
5.5. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı.....	40
6. SÖZLEŞME ADALETİ	45
7. HAKKANİYET KAVRAMI.....	48

İKİNCİ BÖLÜM

KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİ TANIMI VE UNSURLARI

1. GENEL OLARAK.....	51
2. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ.....	53
2.1. Terminoloji	53
2.2. Tanım	54
3. KELEPÇELEME HALİ	55
3.1. Kelepçeleme Halinin Varlığı İçin Aranacak Unsurlar	55

3.1.1. Taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme.....	56
3.1.2. Taraflar arasındaki sözleşme ile kişilik hakkının sınırlanması veya kişilik hakkından vazgeçme	58
3.1.2.1. <i>Kişilik hakkı kavramı, niteliği ve kişisel değerler</i>	58
3.1.2.1.1. <i>Roma'dan günümüze kişilik hakkı</i>	58
3.1.2.1.2. <i>Kişilik hakkının niteliği ve kişisel değerler</i>	63
3.1.2.1.2.1. <i>Hayat, sağlık ve vücut tamlığı</i>	68
3.1.2.1.2.2. <i>Onur ve saygınlık</i>	69
3.1.2.1.2.3. <i>Hayat alanı</i>	70
3.1.2.1.2.4. <i>Resim ve ses</i>	71
3.1.2.1.2.5. <i>Ad</i>	71
3.1.2.1.2.6. <i>Özgürlükler</i>	72
3.1.2.1.2.6.1. <i>Karar (verme) özgürlüğü</i>	73
3.1.2.1.2.6.2. <i>Faaliyet özgürlüğü</i>	75
3.1.2.1.2.6.2.1. <i>Ekonomik faaliyet özgürlüğü</i>	76
3.1.2.2. <i>Kişilik hakkının korunması</i>	77
3.1.2.2.1. <i>Anayasal koruma</i>	78
3.1.2.2.2. <i>Özel hukuk korunması</i>	79
3.1.2.2.2.1. <i>Kişilik hakkı sahibinin hukuki işlemlere karşı korunması (TMK m. 23)</i>	81
3.1.2.2.2.2.1. <i>Hak ve fiil ehliyetinden vazgeçme</i>	81
3.1.2.2.2.2.2. <i>Özgürlüklerden vazgeçme veya özgürlükleri hukuka veya ahlâka aykırı sınırlandırma</i>	83
3.1.2.2.2.2. <i>Kişilik hakkı sahibinin üçüncü kişinin eylemlerine karşı korunması</i>	85
3.1.3. Ekonomik faaliyet özgürlüğünün konu bakımından sınırlandırılması	85
3.1.3.1. <i>Konu ve diğer kavramlar</i>	86

3.1.3.1.1. <i>Konu ve içerik</i>	86
3.1.3.1.2. <i>Amaç</i>	89
3.1.3.1.3. <i>Sebep</i>	91
3.1.3.1.4. <i>Saik</i>	93
3.1.3.1.5. <i>Kelepçeleme sözleşmesinde konu ve diğer kavramlar</i>	94
3.1.4. Ekonomik faaliyet özgürlüğünün süre bakımından sınırlandırılması .99	
3.1.4.1. <i>Sözleşmelerde süre</i>	99
3.1.4.1.1. <i>Ani edimli sözleşmeler</i>	100
3.1.4.1.2. <i>Sürekli edimli sözleşmeler</i>	100
3.1.4.1.3. <i>Dönemli (aralıklı-art arda ifalı) edimli sözleşmeler</i>	101
3.1.4.1.4. <i>Belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler</i>	101
3.1.4.2. <i>Kelepçeleme sözleşmesinde süre</i>	103
3.1.5. Ekonomik faaliyet özgürlüğünün edim-karşı edim dengesi bakımından sınırlandırılması	108
3.1.5.1. <i>Edimin tek taraflı belirlenmesi</i>	108
3.1.5.2. <i>Edim-karşı edim dengesi</i>	108
3.1.5.3. <i>Kelepçeleme sözleşmesinde edim-karşı edimin dengesizliği</i>	110
3.1.7. Kelepçeleme sözleşmesinde diğer unsurlar	112
3.1.8. Kelepçeleme sözleşmesinde aşırı bağımlılık unsuru	114
4. TÜZEL KİŞİLERDE KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİ	116

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ, GEÇERSİZLİKTE UYGULANACAK HÜKÜMLER, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİ	120
2. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ, GEÇERSİZLİKTE UYGULANACAK HÜKÜMLER SORUNU	122

2.1. Geçersizliğin Nedeni	122
2.1.1. Anayasaya aykırılık.....	122
2.1.2. Özel hukuk hükümlerine aykırılık	125
2.1.2.1. <i>Hukuka aykırılık</i>	126
2.1.2.2. <i>Kişilik haklarına aykırılık</i>	128
2.1.2.3. <i>Ahlâka aykırılık</i>	132
2.1.2.3.1. <i>Genel ahlâk kavramı</i>	132
2.1.2.3.2. <i>Anayasal haklar bağlamında ahlâka aykırılığın</i> <i>değerlendirilmesi</i>	135
2.1.2.3.3. <i>TMK m. 23/2 ile TBK m.27/1'in değerlendirilmesi</i>	136
2.1.2.3.4. <i>TBK m. 26 ve m. 27'nin değerlendirilmesi</i>	140
2.1.2.4. <i>Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık (TMK. m. 2/2)</i>	142
2.2. Geçersizliğin Türü.....	145
2.2.1. Genel olarak.....	145
2.2.2. Kesin hükümsüzlük.....	146
2.2.2.1. <i>Hüküm ve sonuçları</i>	147
2.2.2.2. <i>Türleri</i>	150
2.2.2.2.1. <i>Tam hükümsüzlük</i>	150
2.2.2.2.2. <i>Kısmi hükümsüzlük</i>	151
2.2.2.2.2.1. <i>Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük</i>	152
2.2.2.2.2.2. <i>Genişletilmiş kısmi hükümsüzlük</i>	154
2.2.3. İptal edilebilirlik.....	154
2.2.4. Noksanlılık.....	155
2.2.5. Sürekli sözleşmelerde geçersizliğin belirlenmesi	156
2.2.6. Kelepçeleme sözleşmesinde geçersizlik.....	157
2.2.6.1. <i>Kesin hükümsüzlük</i>	157

2.2.6.2. <i>İptal edilebilirlik</i>	159
2.2.6.3. <i>Esnek kesin hükümsüzlük</i>	160
2.2.6.4. <i>Sınırlı esnek hükümsüzlük</i>	162
2.2.6.5. <i>Kısmi hükümsüzlük</i>	163
2.2.6.5.1. <i>Değiştirilmiş ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlük</i>	164
3. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNDE GEÇERSİZLİĞİN DİĞER SONUÇLARI	166
3.1. Edimlerin İadesi Talebi	166
3.2. Tazminat Talebi	168
4. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	172
4.1. Genel İşlem Koşulları	172
4.2. Aşırı Yararlanma	177
4.3. İfa Gücsüzlüğü	182
4.4. Aşırı İfa Güçlüğü	186
SONUÇ	192
KAYNAKÇA	196
ÖZGEÇMİŞ	

KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AÜAÖFY	: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
c.	: Cümle
C.	: Cilt
DEÜHFY	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
BK	: Borçlar Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

FS	: Festschrift
FZR	: Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GİK	: Genel İşlem Koşulu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MCBÜSBD	: Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
MK	: Medeni Kanun
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR	: Schweizerische Obligationenrecht
Rn	: Rand

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Die Schweizerische Juristen-Zeitung
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TAÜHFD	: Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
YD	: Yargıtay Dergisi
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Kişinin içsel veya dışsal etkenlerden bağımsız olarak karar verebilmesi, çeşitli alternatifler arasında seçim yapabilmesini ifade eden irade özerkliği ilkesinin önemli bir yönü de sözleşme özgürlüğüdür. Buna göre hukuk düzeni sözleşme taraflarına kendi ilişkilerini istedikleri gibi düzenlemeleri olanağı tanır. Çeşitli kısmi özgürlükleri barındıran bir özgürlük halidir, ancak her özgürlükte olduğu gibi yasal sınırları vardır. Çalışmamızın konusu kelepçeleme sözleşmesi de burada varlık göstermekte ve hukuki işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır.

Kelepçeleme sözleşmesi kişilik hakkı kapsamında ekonomik faaliyet özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda, öncelikle ekonomik faaliyet özgürlüğünün anlamı ve kapsamı, sonrasında hukuki işlemdeki bu özgürlüğün aşırı sınırlandırmasına neden olacak unsurlar, etkileri teker teker ele alınmaktadır. Çalışmamızda gerçek kişilerdeki kişilik hakkı esas alınsa da, tüzel kişilerde de yapısı gereği bazı kişilik hakkı türlerinin kabulüyle, tüzel kişilerde kelepçeleme sözleşmesinin varlığı ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

Kelepçeleme sözleşmesi aslen bir geçerlilik sorunudur. Kelepçeleme sözleşmesini içeren bir hukuki işlem hüküm veya hükümleri itibarıyla TMK m. 23/2 'özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması' başlığı altında kişilik hakkına aykırılık teşkil ettiği ortaya konmaktadır. Buradaki kişilik hakkına aykırılık halinin genel ahlâka aykırı niteliği öğretilerdeki görüşler, tartışmalar ekseninde değerlendirilmekte ve bir sonuca bağlanmaktadır. TBK 27'e göre genel ahlâka aykırı hukuki işlemlere bağlanan yaptırım hali de incelenmekte ve kelepçeleme sözleşmesinde farklı sonuçlara ulaşabilmenin mümkün olduğu ortaya konmaktadır. Bununla birlikte kelepçeleme sözleşmesinin temelindeki sözleşme özgürlüğünün anayasa tarafından teminat altına alınan bir özgürlük olması, anayasaya aykırılık durumunun da tartışılmasını zorunlu kılmıştır. Tartışmanın bir boyutu da ahlâka aykırılığın Anayasa çerçevesince değerlendirmesi olmuştur.

Çalışmada kelepçeleme sözleşmesinde kabul edilen geçersizlik türü kapsamında edimlerin iadesinin ve tazminat talebinin mümkün olup olmadığı sorularına da yanıt verilmektedir.

Son olarak, kelepçeleme sözleşmesinin unsurları ve hukuki sonuç itibariyle hukukun benzer kurumlarıyla karşılaştırılması ihtiyacı hasıl olmuş ve bu minvalde değerlendirilmeler yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ, SINIRLARI, SÖZLEŞME ADALETİ ve HAKKANİYET

1. İRADE ÖZERKLİĞİ İLKESİ

1.1. Özgürlük Kavramı

Ünlü düşünür Immanuel Kant'a göre "Hukuk, tümel bir özgürlük kanununa göre bireyin seçimini, diğer bireylerin seçimleriyle birleştirebilecek kuralların toplamıdır."¹ Kant bu tanımla, evrensel özgürlük kanunu ile kabul edilen bireyin seçimini, ancak diğer bireylerin seçimi ile bağdaştırabildiği ölçüde kullanabileceğini kabul eder². Özgürlük olarak ifade edilen seçimle, bireyin iradesini ortaya koyması amaçlanır. Birey, iradesini ortaya koyduğu ölçüde varlığını diğerlerine hissettirebilir. Ancak her bireyin özgürlüğü başkasının özgürlük alanı ile sınırlandırılmıştır.

Özgürlük tabîi hukuk okulunun ortaya attığı bir kavramdır, biri olumlu, diğeri olumsuz olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Kavram olumsuz anlamı ile bağımsızlığı; baskının, engelin ve kuralın olmadığı bir durumu; olumlu anlamı ile bireyin hareketlerini, davranışlarını kendi iradesiyle belirleyebilmesini ifade eder³. Kavramın

¹Aktaran E. Hirsch (1996). *Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi dersleri*. (2. Bası), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 140.

²Hirsch, 1996, **a.g.k.**, s. 140 vd. Burada Wolf'un Alman Medeni Kanunu (BGB) §823, haksız fiillerdeki ihlal konuları arasında geçtiğini belirttiği 'özgürlük' kavramını ele alışına kısaca göz atmakta yarar vardır. Wolf, özgürlükle kastedilenin vahşi hayvanlara özgü hareket özgürlüğü (die körperliche Bewegungsfreiheit) olmadığını, aksine insana özgü özgürlük (eine spezifisch menschliche Freiheit) olduğunu vurgular. İnsani özgürlüğün de bir eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğini seçebilme veya karar verebilme olduğunu, ifade eder. Yazar kavramın sadece biçimsel bir anlam taşıdığını, herhangi hukukî bir tanım içermediğini belirttikten sonra, hukuken özgürlük kavramını 'sınırların yokluğu (das Nichtexistieren einer Beschränkung)' veya 'şeye verilen hasar (Beeinträchtigung eines Gegenstands)' şeklinde ortaya koyar. E. Wolf (1989). *Vertragsfreiheit -eine Illusion?.* *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, s. 359.

³Hirsch (1996), **a.g.k.**, s. 130-131. Aral ise özgürlüğü iç ve dış özgürlük şeklinde ikiye ayırır, dış özgürlüğü Hirsch'in olumsuz olarak nitelendirdiği özgürlüğe denk gelecek biçimde, dışarıdan gelecek herhangi bir zorlamadan kurtulmuş olmak, eylem ve davranışlarda bir dış zorlama ile karşılaşmamak olarak ifade eder. Yazar, iradi kararların alınmasında çeşitli etkenlere (kin, nefret, korku vb.) bağlı olmayan, bu etkenler karşısında bir biçimde karar verme gücünde olan kişinin özgürlüğü dendiğinde, iç özgürlüğün söz konusu olduğunu ifade eder. İç özgürlük irade özgürlüğünü anlatır, der. Bkz. V. Aral (1988). *Toplum ve adaletli yaşam - sorumluluk ve kişiliğin kazanılması*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s.135.

olumlu anlamı özgürlüğü, bireyin kendi iradesine (ki bu artık genel değil, bireye özgü iradedir) bağlayarak, iradenin özgür, bağımsız olmasından bahseder⁴⁻⁵.

1.2. İrade Özerkliği İlkesi ve Anlamı

İrade özerkliği ilkesi, bireyin içsel veya dışsal etkenlerden bağımsız olarak karar verebilmesi, çeşitli alternatifler arasında seçim yapabilmesidir⁶. Bir diğer ifade ile seçme özgürlüğüdür. Bu ilkeye göre birey, özgür ve eşit bir varlık olarak kendi kaderini bizzat belirleyebilme güç ve yetkisine sahiptir⁷.

Her bireyin kendi malına ve işgücüne sahip olduğu varsayımından hareket eden bu ilke⁸, hukuksal zeminde de bireylerin hukuki ilişkilerini, kendi iradeleri ile, diledikleri tarzda düzenlemede özgür olduklarını kabul eder⁹. Bu özgürlük kendini sadece hukukî ilişkinin oluşturulmasında değil, mevcut hukukî ilişkiden vazgeçilmesinde de gösterir¹⁰.

İrade özerkliği ilkesi, bir boyutuyla da, bireyler arası ilişkilerin hukuk düzeni tarafından emir ve yasaklarla düzenlenmesi kuralından kısmen vazgeçildiğini ortaya

⁴Hirsch, 1996, **a.g.k.**, s. 131. Hirsch, Nietzsche'den yaptığı alıntı ile kendi görüşünü açıklar: “*Sen özgürüm demekle neyi kastediyorsun? Belirli bir baskıdan kaçıp kurtulduğunu mu? Bu, beni ilgilendirmez. Çünkü bunun fizikötesi olarak hiçbir anlamı yoktur. Ama sen, insan olarak davranışlarını özgürce seçebilmek yetkisine sahip misin?*” Bu tür bir özgürlüğün gerçek bir özgürlük olduğunu belirtir.

⁵Olumlu ve olumsuz özgürlük ayrımına eserinde yer veren Ateş olumlu özgürlüğü ‘belirli bir baskı, engel veya kuralın yokluğu, bağımsızlığı’, olumsuz özgürlüğü ise ‘bireyin davranışlarıyla kendi iradesini ortaya koyması, seçebilme iktidarı’ olarak ele almaktadır. Bkz. D. Ateş (2007). *Borçlar hukuku sözleşmelerinde genel ahlâka aykırılık*. Ankara: Turhan Yayınevi, s. 31-31. Oysa özgürlüğün olumsuz olmasından kasıt, bireyin kendini baskı altına alan, engelleyen durumlarla karşı karşıya kaldığında, bunlardan kurtulmasıyla da özgürlüğü elde etmiş olmasıdır. Bireyin kendi davranışlarıyla iradesini ortaya koyabilmesi ve iradesi doğrultusunda hareket edebilmesi ise özgürlüğün olumlu yönüdür. Aynı ayrımı yer veren Ünal ise her iki türü de olumlu özgürlük olarak ele aldıktan sonra, olumsuz özgürlüğü ‘bir şeylerden kurtulmuş olma’, olumlu özgürlüğü ‘bir şey yapma konusunda özgür olma’ şeklinde açıklamaktadır Bkz. A. Ünal (2017). *Keleşleme sözleşmeleri-Sözleşmedeki hükümler sebebiyle kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması*. (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 26-27, dp. 73.

⁶A. Güriz (1996). *Hukuk felsefesi*. (4. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 84-85. İrade özerkliği ilkesi yüzyıllar boyunca felsefeciler, din adamları ve hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmanın en önemli nedenlerinden biri ahlâkî ve hukukî sorumluluk açısından dır. Bireyin çeşitli alternatifler arasında seçim yapabilme kudretinin bulunmadığı, bu yönde bir bilince sahip olmadığı hallerde, ahlâkî ve hukukî sorumluluğun hangi temel(ler)e dayandırılması gerektiği sorunu çözülmeye muhtaçtır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güriz, 1996, **a.g.k.**, s. 4 vd.

⁷Eren (2021a). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (26. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 17.

⁸R. Serozan (2007). *Sözleşmeden dönme*. (Gözden geçirilmiş 2. baskı), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 21.

⁹N. Kocayusufpaşaoğlu (2017). *Borçlar hukuku genel bölüm*. (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Bası'dan 7. Tıpkı bası), İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 501.; H. Erman (1974). Borçlar hukukunda akit serbestisi ve genel olarak sınırlamaları. *İÜHF*, (1-4), s. 602; H. Honsell, N. P. Vogt und W. Wiegand (2011). *Obligationen Recht I - Basler Kommentar*. (5. Auflage), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag. s. 193.

¹⁰E. M. Belsler (2000). *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*. Schweiz: Universitätsverlag Freiburg, s. 50.

koyar¹¹. İlkenin tanınması hukuk düzeninin, artık bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerin akıbetinin ne olacağını onların iradelerine bıraktığını da göstermektedir. Lâkin buradan şu sonuç çıkarılamaz: İradelere tanınan ‘kendi kaderini bizzat kendisinin belirleme yetkisi’ sınırsız veya hukuki korumadan muaftır. Her hukuk düzeni, ilkenin günlük yaşamdaki hukuki ilişkilere uygulanmasını belli şartlara bağlamış ve kullanılmasından doğacak sakıncaları gidermek amacıyla çeşitli hukuki koruma mekanizmalarını devreye sokmuştur.

Bu ilkenin çıkış noktası, tabîi hukuk okulunun feodal düzene başkaldırısıdır¹². Feodal düzenin baskıcı politikalarının reddedilmesiyle, bireylerin her alanda özgürlüklerinin sağlanmasını amaç edinen ilke, ekonomik ve politik bir hareket olarak da kabul edilmiştir¹³. İlkenin o dönemde özel girişimciliğin ve serbest ticaretin sağlanmasında ve geliştirilmesinde önemli bir etkisi vardır¹⁴. Bu etkisi günümüzde de devam etmektedir.

İrade özerkliği ilkesi, serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu liberal hukuk düzeninde kendisine geniş bir yer bulur¹⁵. Çünkü -sosyalist veya baskıcı hukuk düzenlerinden farklı olarak- liberal hukuk düzeninde kişilere tanınan hareket sahası hayli geniştir. Liberal düşüncelerin etkisi altında bulunduğu bilinen Türk Borçlar Kanununda¹⁶ da irade özerkliği ilkesi geçerlidir.

¹¹R. Serozan (1983). Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken. *Juristische Blätter*. (105. Jahrgang, Heft: 21/22), Wien: Springer Verlag, s. 561.

¹²Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 23. Tabîi hukuk okulu “yasaklayıcı bir kural olmadığı sürece kişinin özgürlüğünün ilke olduğunu” kabul eder. “Başkasına zarar verme” yasağını barındıran yasaklayıcı kuralın da keyfi nitelik taşıyamayacağı, yazılı bir hukuk kuralı veya hukuk kuralına atıfta bulunan genel bir ahlâk kuralı olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. H. Hatemi ve E. Gökyayla (2021). *Borçlar hukuku genel bölüm*. (5. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 64.

¹³A. Küçükyağcı (2004). Karşılaştırmalı hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması. *AÜHFD*. 53(4), s. 105’de adı geçen eser: N. Isaacs (1917-1918). The standardizing of contracts. *Yale Law Journal*. (C. 27) s.34.

¹⁴Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 23.

¹⁵Liberal ekonomik düzenin temelinde özel mülkiyet yatar. Mülkiyet hakkı ile sözleşme arasındaki ilişki sözleşme ile neyin değiş tokuş edileceği sorusuna cevap aranıyor olması nedeniyle hayli yakındır. Dolayısıyla özel mülkiyetin hareket noktası da ‘irade özerkliği ilkesi’dir. Mülkiyetin nesne ile birey arasında aidiyet ilişkisi olarak belirlenmesi, kendisine ait olanı verme şeklinde iradenin de ortaya çıkışına neden olur. Bkz. Y. Işıktaç (2007). *Hukukun kaynağı olarak sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 315 vd.; Serozan, R., Engin, İ ve Atamer, Y. (2022). *Medeni hukuk genel bölüm/kişiler hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s. 78.

¹⁶Hem mülga Borçlar Kanununda hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da (TBK) irade özgürlüğü ilkesine geniş yer verilmiştir. Özellikle mülga BK’nin “akdin mevzuu” başlıklı 19/1. maddesine TBK’de karşılık gelen “sözleşmenin içeriği/sözleşme özgürlüğü” başlıklı 26. maddesi sözleşme özgürlüğü ilkesini açıkça düzenleme altına alır. Yine mülga BK’nin “butlan” başlıklı 20. maddesine TBK’de karşılık gelen

2. İRADE ÖZERKLİĞİ BAĞLAMINDA SÖZLEŞMELER

Hukukî ilişkilerin irade özerkliği ilkesine dayalı olarak düzenlenmesini sağlayan ana yapı sözleşmelerdir¹⁷. Bir başka ifade ile sözleşmeler irade özerkliği ilkesine işlerlik sağlamaktadır.

Sözleşmeler hukuken eşit konumda olduğu kabul edilen taraflar arası ilişkileri düzenler. Taraflar, özerk iradeleri ile meydana getirdikleri sözleşmeler aracılığıyla kendileri için bağlayıcı olan ve uymak zorunda oldukları hukuk kuralları yaratırlar¹⁸. Buradan sözleşmelerin taraflar için bir nevi kanun niteliğine büründüğü anlamı dahi çıkarılır. Özellikle Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesi “*Hukuka uygun olarak gerçekleştirilen sözleşmeler onları yapanların kanunu sayılır*” ifadesiyle bu anlamı ortaya koyan bir hüküm niteliğindedir¹⁹.

Bugünkü anlamı ile sözleşme, kişilerin sosyal durumlarına göre hak ehliyetine sahip oldukları statü hukukunun Ortaçağda son bulması üzerine ortaya çıkmıştır²⁰. Roma Hukukunda ise Ius Civile tarafından kabul edilen ve sözleşme kavramını tam olarak karşılamayan “contractus” ile İmparator Hukuku tarafından kabul edilen ‘pactum’lar mevcuttu²¹. Ancak bunlar sınırlı sayıda olup, bazı şekil şartlarına tabi idiler.

İçinde bulunduğumuz dönem itibariyle sözleşme kavramına özellikle ekonomik güç ve bu gücün ekonomik sistemler tarafından nasıl kontrol edildiği sorusu ile bağlantılı olarak öğretide farklı anlamlar yüklenmektedir. İki özel hukuk kişisi arasında kurulan

“kesin hükümsüzlük” başlıklı 27. maddesi sözleşme özgürlüğünün ihlali halinde uygulanacak yaptırımı hüküm altına almıştır. TBK’nin gerekçesinde de belirtildiği üzere mülga BK m.19’un sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen ikinci fıkrasına, bu sınırların neler olduğunun TBK m. 27’deki düzenleme ile belirlenebileceğinden bahisle, TBK m. 26’da yer verilmesine gerek duyulmamıştır. Madde gerekçeleri için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>. Mevcut düzenlemenin, mülga BK’ye ilişkin m. 19/2 ile m. 20’nin içeriğinin uyumsuz olup olmadığına ilişkin tartışmaları da ortadan kaldırır nitelikte olduğu görülür. Anılan tartışmalar hakkında (Bkz. Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 528 vd.) Kendi düşüncemizi ortaya koymak suretiyle, bu tartışmayı çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı irdedeleyeceğiz.

¹⁷Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 50.

¹⁸Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 17.

¹⁹B. Baysal (2006), Fransız Borçlar Hukuku Reformuna İlişkin Ön Tasarıya Genel Bir Bakış. *İÜHFİM*, LXIV (2), s. 217, dn:10

²⁰Ortaçağda feodal düzenin yıkılması ile bireylerin buldukları toplumun birer parçası olarak özgür ve eşit olduğu kabul edilmiş ve kendi sorumlulukları altında hukukî ilişkilerini düzenleme imkânı sağlanmıştı. Bireylerin özgür ve eşit olduklarının kabulü hürriyet ve eşitlik kavramlarının sözleşmelerin temel esasları olmasını sağlamıştı. L. Sirmen (1972). Modern hukukta sözleşme kavramı ve Türk Hukuku. *Prof. Dr. Cahit Oğuzoğlu’na Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 444-445.

²¹Küçükyağcı, 2004, **a.g.k.**, s. 102-103.

sözleşmeler yerini yavaş yavaş bir tarafın hazırlayıp karşı tarafa sunduğu, çoğu zaman dikte ettiği önceden hazırlanmış sözleşme tiplerine bırakmaktadır. Bu durum da hukuk sistemlerini sözleşme hazırlığını yapmayan tarafın korunmasına yönelik hükümler getirmeye, kanunlar yapmaya yönelmektedir.

3. SÖZLEŞMELER ALANINDA KURAL: SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

İrade özerkliğinin sözleşme hukukuna uygulanması olarak ifade edilen sözleşme özgürlüğü ilkesini²², kişilerin diledikleri sözleşmeleri geçerli olarak yapabilmeleri hususunda sahip oldukları özgürlük şeklinde tanımlamak mümkündür²³. Bir başka tanıma göre ise sözleşme özgürlüğü esas itibarıyla ‘hukuk düzeninin sözleşme taraflarına kendi ilişkilerini kendi isteklerine göre düzenlemelerini sağladığı temel yetki’ olarak, irade özerkliği ilkesinin *yeniden* ifade edilmiş şeklidir²⁴. Bu özgürlük bireylerin hukuki ilişkilerini kendi imkân ve ihtiyaçları doğrultusunda belirlemelerine olanak tanımının yanı sıra sözleşmeler hukukunun her geçen gün değişen ilişkilere ve dolayısıyla

²²Bucher, sözleşme özgürlüğünün irade özerkliğinin hayata geçirilmesi açısından tek araç olduğunu, irade özerkliğinin aslında sözleşme özgürlüğü olarak görüldüğünü ve bu nedenle de bu iki kavramın aynı olduğunu ifade eder. Bkz. E. Bucher (1988). *Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil*. (2. Auflage), Zürich: Schulthess, s. 84). Bu iki kavramın aynı olduğu görüşü için bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 18. Busche ise sözleşme özgürlüğünün irade özerkliğinin bir parçası olduğunu, bunun yanı sıra mülkiyet özgürlüğü, ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğünün de irade özerkliği içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtir. (J. Busche (1999) *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 46). Sözleşme özgürlüğünü irade özerkliğinin çekirdek kısmı olarak nitelendiren Belser, bu özgürlüğün esasında bireyin seçme özgürlüğüne sahip olduğu varsayımına dayandığını ve kişilere başkalarıyla özgürce, aralarında geçerli olacak hukuk kurallarını yaratabilme güvencesi verdiğini belirtir. Bu anlamıyla sözleşmeler bireylere sadece ellerindeki malları değiş tokuş etme imkânı değil, ayrıca kendi aralarında geçerli olacak hukuku belirleyebilme imkânı verir. (Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 50-51).

²³S. Tekinay, S. Akman, H. Burcuoğlu ve A. Altop (1993), *Borçlar Hukuku genel hükümler*. (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası), İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 362; A.N. İnan (1971). *Borçlar hukuku genel hükümler-Birinci kitap-Temel kavramlar, hukuki muamelelerden doğan borçlar*. Ankara: AÜHFY, s. 160 vd.; K. Oğuzman ve T. Öz (2022). *Borçlar Hukuku genel hükümler-Cilt 1*. (Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 26; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 17; A. Aybay (2020). *Borçlar hukuku dersleri- Genel bölüm*. (14. Basıdan Tıpkı 15. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 38; İ. Kaplan (2021). *Türk borçlar hukuku-TBK m. 1-206 (Genel hükümler)*. (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 98; H. Belen (2014). 6098 sayılı Borçlar Kanunu genel hükümler (Kısa şerh). İstanbul: Beta, s. 89; Nomer, H. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (Gözden geçirilmiş, genişletilmiş 18. baskı), İstanbul: Beta, s. 69.

²⁴K. Oftinger (1948). Die Vertragsfreiheit. *Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen, Recht-Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*. Zürich: Polygraphischer Verlag A.G. s. 52.

ekonomik duruma uyum ve istikrarın sağlanması açısından önemli bir kullanım alanı sağlar²⁵.

Sözleşme özgürlüğüne yüklenen bu olumlu anlamlar, Birinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan yeni ekonomik gelişmeler neticesinde tersine çevrilmiş ve kavrama şüpheyile yaklaşılmaya başlanılmıştır²⁶. İkinci Dünya Savaşının sonunda ise özgürlük kendini tek taraflı güç kullanımı, ekonomik gücün kötüye kullanımı ve kapitalist anlayışın hâkimiyet simgesi olarak göstermeye başlamıştır²⁷. O zamandan beri devam eden bu anlayış sözleşme özgürlüğünü farklı bir noktaya taşımış, kavram toplumların ideolojik değerlere verdikleri anlamlar etrafında yorumlanır hale gelmiştir²⁸. Yorum faaliyetleri sonucunda özgürlük kimi zaman kendisini 'hukuken güvence altına alınan ve sınırlandırılmış özerklik' anlamıyla şekli sözleşme özgürlüğü olarak göstermektedir²⁹. Denkleştirici adalet düşüncesi (iustitiva commutativa) üzerine kurulu olan şekli sözleşme özgürlüğünde³⁰ Devlet sözleşme tarafları arasındaki nesnel farklılıkları dikkate almaksızın bireylere sözleşme kurabilme imkânı vermekte ve bunu hukuken güvence

²⁵R. Fischer (1974). Vertragsfreiheit und Sozialbindung. *Deutsche Richterzeitung*. (52. Jahrgang, Heft 7), Köln: Carl Heymanns Verlag KG, s. 209. Hukukun ekonomik analizi çerçevesinde buraya farklı bir bakış açısı da getirilmektedir. Buna göre hukukun amacı kaynakların maksimum düzeyde refah yaratacak şekilde tahsisi, diğer bir deyişle ekonomik etkinlik sağlamasıdır. Sözleşmelerde bunun sağlanması görece daha basittir. Kişi çıkarına hizmet ettiği takdirde sözleşmeye rıza gösterir, karşılıklı rıza arandığında da sözleşme refahı artar. Karşılıklı rıza varsa, hukukun sözleşmeye müdahale etmesine ihtiyaç yoktur. Ekonomik etkinliği hedef alan hukukun rolü, sözleşmelerde irade özerkliğinin ve sözleşme özgürlüğünün tanınması şeklinde, asgari düzeydedir. Bkz. K. C. Sanlı (2015). Hukuk ve ekonomik perspektifinden sözleşme hukuku ve sözleşme yaptırımlarının ekonomik analizi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 70-71.

²⁶Fischer, 1974, **a.g.k.**, s. 209.

²⁷Fischer, 1974, **a.g.k.**, s. 209.

²⁸Fischer, 1974, **a.g.k.**, s. 209.

²⁹ E. A. Kramer (1974), *Die "Krise" des liberalen Vertragsdenken*. München: Wilhelm Fink Verlag, s. 20-21. Kramer, şekli sözleşme özgürlüğünün Karl Marx'ın düşünceleriyle örtüşmediğini, bunun daha çok Max Weber'in ortaya koyduğu düşüncelerin bir izdüşümü olduğunu belirttikten sonra, bu özgürlüğün ekonomik gücün azaltılması anlamı taşımayacağını ifade eder. Kramer, Weber'in düşüncelerine de atıfta bulunarak şekli sözleşme özgürlüğünün sosyal ve hukuki yapıyı birlikte kapsadığından bahsedilemeyeceğini, özgürlük hak ve yetkileri sunulup garanti altına alındığı ve hukuk düzeninde daha az yasaklayıcı normun varolduğu, bu sayede güç ve baskıcı gücün otoriter karakterinin nitelik ve nicelik açısından artışı meydana geldiğinden bahsedilemeyeceğini belirtir. Yazar şekli sözleşme özgürlüğünün liberal anlayışın bir ürünü olduğunu ve bu çerçevede tanımlandığını belirttikten sonra, kavramın ekonomik olarak güçlü ile zayıf arasında bir farkın olmadığı garantisiz hareket ettiğini, gerçekte kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, hukuk düzeninin tasarrufuna sunulan hukuksal bir yapı olduğunu ifade etmektedir (**a.g.k.**, s. 20-21). Liberal hukuk sistemleri sözleşme özgürlüğünü kanunlarına taşımak suretiyle şeklen de olsa hukuken güvence altına aldıklarını ortaya koymuşlardır. Şekli sözleşme özgürlüğüne örnek olacak iki liberal kanun kaynak İsviçre Borçlar Kanunu ve Fransız Medeni Kanunudur. Bu konuda ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 26-27.

³⁰Bkz. Y. Atamer (2001). *Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının denetlenmesi*. İstanbul: Beta, s. 26, dp. 100'de adı geçen yazar R. Singer (1995). Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München, s. 39.

altına almaktadır. Burada Devletin bireylerin yaptıkları sözleşmelere müdahalesi söz konusu olmaksızın, onların istedikleri içerikte özel hukuki ilişkileri kurabilme imkânı tereddütsüz olarak tanınmaktadır³¹.

Bu şekli özerkliğin hukuki araçlarla günlük yaşamda uygulanması, sözleşmelerin yapılması ise maddi sözleşme özgürlüğü olarak adlandırılır³². Maddi sözleşme özgürlüğü, sözleşme adaleti (Vertragsgerechtigkeit) veya sözleşmelerde hakkaniyet garantisi (Richtigkeitsgewähr des Vertrages) kavramları ile bağlantılı olarak ve bu kavramların ışığında taraflar arasında bozulmuş dengenin yeniden kurulmasının sağlanmasına hizmet eden bir fonksiyona sahiptir³³. Özellikle ‘Genel İşlem Şartları’ açısından tartışılan şekli ve maddi sözleşme özgürlüğü ayrımı artık günümüz sözleşme anlayışında önemli bir yere sahiptir. Giderek hukuk dünyasına hükmetmeye başlayan bir tarafın iradesinin hiçe sayıldığı bu anlayış, maddi sözleşme özgürlüğünün gerçekleşme olasılığını da ortadan kaldırmaktadır. Taraflar arası eşitliğin sağlanması ve dolayısıyla bozulan dengenin yeniden kurulabilmesi için, Atamer’in ifadesiyle özerkliğe gölge düştüğü ölçüde hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi imkânı doğmaktadır. Ancak burada amaç tarafın irade özerkliğinin yeniden sağlanması iken, hâkimin bir nevi tarafın yerine geçerek hareket etmesi tehlikesi ile karşı karşıya da kalınmaktadır³⁴.

Devletin bireylere sunduğu, bireylerin de devlete ve devlet tarafından ortaya konulan çeşitli sistemlere karşı savunma aracı olarak kullandığı bir ilke olarak sözleşme özgürlüğü sözleşme yapma ve sözleşme düzenleme özgürlüğü şeklinde kısmî özgürlükleri de barındırır³⁵. Sözleşme yapma özgürlüğünün kapsamında da ‘sözleşmeyi yapıp yapmama’ ve ‘sözleşmenin karşı tarafını seçme’ şeklinde alt başlıklar bulunur. ‘Sözleşmenin içeriğini ve türünü belirleyebilme’, hatta ‘sözleşmeleri değiştirilebilme ve son verebilme özgürlükleri’ de düzenleme özgürlüğü içinde değerlendirilir.

³¹Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 50-51; H. Şen Doğramacı (2010). Çerçeve sözleşmeler. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 19.

³²Kramer, 1974, **a.g.k.**, s. 20.

³³Busche, 1999, **a.g.k.**, s. 76.

³⁴Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 26-27.

³⁵Erman, 1974, **a.g.k.**, s. 603; Sirmen, 1972, **a.g.k.**, s. 446.

3.1. Sözleşme Özgürlüğünün Tarihsel Gelişimi

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin Roma Hukukundan 20. yüzyıla kadar tarihsel gelişimine kısaca göz gezdirdiğimizde bu kavramın hangi aşamalardan geçtiğini görmekteyiz.

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne temel teşkil eden Roma hukukunda sözleşme özgürlüğünün varlığına ilişkin iki görüş vardır: Bunlardan ilkinde göre Roma Hukuku'nda sözleşme özgürlüğü kavramından söz edilemezdi³⁶. Bunun nedenlerinden biri olarak Ius Civile'nin kabul ettiği 'contractus'ların meydana gelmesi için rıza uyuşmasının yeterli olmaması gösterilir³⁷. Diğer bir neden ise Roma Hukukundaki bugünkü anlamı ile sözleşme olarak kabul edilmese de sözleşmeler sisteminin sayıca belirlenmiş çeşitli tipteki sözleşmelerden oluşmasıdır³⁸. Her ne kadar sözleşme özgürlüğü kavramından söz edilemese de, edimler arasındaki dengenin korunması amacıyla, taraflardan birinin ediminin diğer tarafın ediminin yarısı oranında veya daha az olması halinde diğer tarafa tanınan sözleşmeyi geçersiz kılma imkânının, sözleşme özgürlüğünün sınırı olduğu görülür³⁹. Diğer bir görüş ise sözleşme özgürlüğünün temelini Klasik Roma Hukukunda bulur⁴⁰. Bu görüşe göre 12 Levha Kanunlarında yer alan "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nupassit, ita ius esto [(VI,1): Ödünç ve satım söz konusu olduğunda bunun sözlü olarak yapılması gerekir]" kuralı sözleşme özgürlüğü ilkesinin kanunlaştırılmasıdır. Ayrıca bu görüş Roma Hukukunun etkisini taşıyan Ortak Hukuk'ta (Gemein Recht) sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarının Roma Hukukundaki kanuna ve ahlâka aykırılık gibi kabul edildiğini belirtir⁴¹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin, buldukları sosyal statüye göre konumları saptanan, özgürlüklerinin sınırlarının buna göre belirlenen kişilerin yer aldığı statü

³⁶Küçükyağcı, 2004, **a.g.k.**, s. 103.

³⁷Küçükyağcı, 2004, **a.g.k.**, s. 103. Yazar, sözleşmelerin kurulması için aranan rıza unsurunun, ticaret hayatında meydana gelen gelişmelere paralel olarak, praetorların çalışmaları sonucunda istisnaen kabul edilmeye başlandığını da belirtmektedir.

³⁸Küçükyağcı, 2004, **a.g.k.**, s. 103. Roma Hukukunda sözleşmeler aynî, sözlü, yazılı ve rızâî sözleşmelerden oluşmaktaydı.

³⁹Küçükyağcı, 2004, **a.g.k.**, s. 103-104.

⁴⁰Busche, 1999, **a.g.k.**, s. 46.

⁴¹Busche, 1999, **a.g.k.**, s. 46, dn. 5

hukukunun⁴² son bulması sonucu ortaya çıktığı belirtilir⁴³. Özellikle geniş aile tipinin ve kapalı aile ekonomisinin hüküm sürdüğü statü hukukunda, her bireyin bulunduğu statüye göre değerlendirilmesi⁴⁴, sözleşmenin temelinde yer alan eşitlik vurgusunu geriye itmiş, sözleşmelerin ancak aynı statüye tabi kişiler arasında kurulabilmesine olanak tanımıştır⁴⁵.

On yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda, bireyin özgür olduğunu ifade eden hümanizm, aydınlanma, doğal hukuk felsefesi gibi yeni düşünce akımlarının ortaya çıkışı⁴⁶ statü hukukunun sona ermesinde etkili olmuş, 1789 Fransız devrimi ile bu akımların sosyal ve siyasal düzende etkisini göstermesi sonucunda da toplumsal sınıf ayrılıkları ortadan kalkmıştır⁴⁷. Sözleşmelerin temelini de oluşturan eşitlik kavramına bu dönemde vurgu yapılmaya başlanmıştır.

On sekizinci yüzyılın sonlarında Adam Smith'in 'bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler' sözleriyle özetlediği klasik liberal ekonomi kuramında, bireylerin bilinçli ve özerk bir şekilde ihtiyaçlarını belirleyerek piyasa fiyatına katkıda bulunmaları vurgulanmıştır⁴⁸. Devletin piyasadaki fiyat oluşumuna hukuki yollarla müdahale ederek sözleşme eşitliğini sağlamaya yönelik çalışmalarının pazar dengesini bozacağı ifade edilmiştir⁴⁹.

On dokuzuncu yüzyılda etkisini iyiden iyiye gösteren liberal ekonomi kuramı, arzın talep doğrultusunda şekillenmesinde ve bu yolla pazarın dengesinin sağlanmasında sözleşmeleri "kilit" kavram olarak kabul etmiştir⁵⁰. Bireylerin özgür iradeleri ile meydana getirdikleri sözleşmelerin içeriğinin serbestçe belirlenmesi ve tarafların

⁴²Statü hukuku olarak ifade edilen dönemde toplumsal düzenin, bireyin içinde bulunduğu statüler tarafından belirlendiği belirtilir. Birey doğumu ile bu statülere dâhil olmakta ve hayatının sonuna kadar bunda kalmaktadır. Bu dönemde, din görevlisi, soylu ve serf gibi sınıflara ayrılan kişilerin Tanrı'nın yarattığı düzende yaşadıkları kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, 2001, **a.g.k.**, s.10; Şen Doğramacı 2010, **a.g.k.**, s. 13 vd.

⁴³Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 11.

⁴⁴Sirmen, 1972, **a.g.k.**, s. 442.

⁴⁵Belser, 2000, **a.g.k.**,s. 11-12.

⁴⁶Bu akımlar kişinin insan olması nedeniyle hukuken değer taşıdığını ve bütün insanların herhangi bir ayırım olmaksızın hukuken eşit olduklarını kabul etmişlerdir. Hukuki eşitlik de, beraberinde, bireylerin kendi iradeleriyle özel hukuk ilişkilerini serbestçe belirleyebilme imkânını getirmiştir. (Bkz. A. Havutçu (2003). *Tüketicinin genel işlem şartlarına karşı korunması*. İzmir: Güncel Yayınevi, s. 27-28.)

⁴⁷Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 11.

⁴⁸Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 13.

⁴⁹Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 13.

⁵⁰Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 14. Atamer, 19. yüzyılı bazı yazarların 'sözleşme yılları' olarak ifade ettiklerini de belirtmektedir. Bkz. s. 14, dn. 39'da adı geçen yazarlar.

birbirine tamamen zıt menfaatlerinin adil bir biçimde dengelenmesi liberal anlayışın⁵¹ önemli bir parçasını oluşturmuştur⁵².

Ondokuzuncu yüzyıl ile yirminci yüzyıl arasında, hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketleri sonucunda, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan eşitlik, sözleşmeye bağlılık gibi bir takım başka ilkeler kanunlarda yerini almış, liberal düşünce ve bu sistemin temel öğelerinden özgürlük ve eşitlik kavramları kanunların ruhuna yerleştirilmeye çalışılmıştır⁵³.

3.2. Sözleşme Özgürlüğünün Günümüzdeki Durumu

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin içinde bulunduğumuz yüzyıl içerisinde son halini alana kadarki nispeten kısa yolculuğunda aşağıdaki durumları görmekteyiz.

Feodal dönemin kapalı aile ekonomisinden, işbölümüne ve arz talep doğrultusunda şekillenen değiş tokuşa dayalı piyasa ekonomisine geçiş sözleşme kurumunda önemli değişikliklere neden olmuştur. Nüfusun hızla artması ve endüstrideki gelişmeler üretimin boyutunu artırmış, yığın halinde üretim ve tüketim gündeme gelmiştir. İrade özerkliğinin gerçekleşmesinde esas alınan 'bireysel sözleşme' modeli⁵⁴ de yerini kitlesel sözleşmelere bırakmıştır. Bireysel sözleşme modelinde var olan, tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe, karşılıklı görüşme ve pazarlıklarla belirleyebilme olanağı, kitlesel sözleşmelerde engellenmiştir.

Ekonomik ve sosyal hayatta meydana gelen değişikliklere paralel olarak, özellikle I ve II. Dünya Savaşlarının etkileri sonucunda sözleşme özgürlüğünün niteliği ve kapsamı

⁵¹Liberalizmin ekonomik özgürlükler bağlamında sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmesi, bu ilkenin özerk birey ilkesinin hukuk düzenindeki hali olarak tanımlanmasına da neden olmaktadır. Bkz. A. Battal (2001). *Anayasa mahkemesinin sözleşme özgürlüğünün sınırlanması konusunda yaklaşımları*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayınları. (No: 383) Ankara, s. 47-48. Tanör ise sözleşme özgürlüğü ilkesinin, liberalizmin esas aldığı özel mülkiyetin bir uzantısı olduğunu belirtmektedir. Ayrıca yazar, mülkiyet hakkının tabii ve kutsal haklar arasında sayılıp yüceltilmesi ile küçük mülk sahiplerinin büyük mülk sahipleri karşısında rekabet edemeyeceklerine dikkat çekerek, onların durumlarını daha da güçsüzleştirdiğini, dolayısıyla -eşit olmayan taraflar arasında- sözleşme özgürlüğü ilkesinin pratikte bir uygulamasının olmadığını savunmaktadır. (Bkz. B. Tanör (1976). *Anayasa hukukunda sosyal haklar*. İstanbul: May Yayınları, s. 50-51)

⁵²Havutçu, 2003, **a.g.k.**, s. 29.

⁵³O dönemdeki kanunlaştırma hareketleri sonucu gerçekleştirilen Fransız Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve kaynak İsviçre Medeni Kanunu sözleşme özgürlüğü ilkesine açıkça yer veren kanunlardandır. Bu kanunlaştırma hareketleriyle sözleşme özgürlüğü ilkesi resmen tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 18 vd.

⁵⁴Havutçu, 2003, **a.g.k.**, s. 29. Sözleşme özgürlüğü ilkesi de kendini bu bireysel sözleşme modelinde göstermektedir.

farklı algılanır olmuştur⁵⁵. Savaşlar sonrası yaşanan ekonomik krizler devletin ekonomiye müdahalesini ve sözleşmelere dolaylı müdahalesini zorunlu kılmıştır⁵⁶.

Liberal düşüncelerin egemen olduğu kaynak İsviçre Borçlar Hukukunda olduğu gibi Türk Borçlar Hukukunda da hâkim ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir⁵⁷. Borçlar Kanunu ile teminat altına alınan, ancak tanımlanmayan sözleşme özgürlüğü ilkesi, TBK'nin tek fıkralık 26. maddesinde 'sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi özgürlüğü' şeklinde ifade edilmiştir⁵⁸. Bu özgürlüğün belli sınırlamalarla varlığının kabul edildiği⁵⁹ mülga BK m. 19/2 ve benimsediğimiz görüş doğrultusunda m. 20/1'in de⁶⁰ karşılığı olan TBK m. 27 "kesin hükümsüzlük" başlığı altında sözleşme özgürlüğünün sınırlarını -daha net bir ifadeyle- ele almaktadır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi devlet ve devletin hukuka bakışı ile ilişkilendirildiğinde ise hukuk düzeninin önemli bir yapı taşı olarak kanunlar hiyerarşinin en tepesinde bulunan Anayasa ile de yasal bir dayanağa kavuşturulmaktadır⁶¹. Anayasa m. 48'de

⁵⁵H. Ayrancı (2003). Sözleşme kurma zorunluluğu. *AÜHFĐĐ*. 52 (3), s. 229.

⁵⁶Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 21.

⁵⁷Sınırlı sayı prensibinin egemen olduğu Medeni Hukukun Aile, Eşya ve Miras Hukuku bölümleri ile Ticaret Hukuku gibi özel hukuk alanlarında sözleşme özgürlüğünden pek bahsedilemez. Burada, taraflar ancak kanunda öngörülen sözleşme türlerini yine kanunda belirlenen içeriğe bağlı kalmak suretiyle gerçekleştirebilirler. Ancak Medeni Kanunda düzenlenen miras sözleşmesi (m. 545-548) resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gibi şekle ait unsurlar dışında bir Borçlar Hukuku sözleşmesi niteliği taşır, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve sınırları burada da uygulanır. Mesela mirasbırakan ve müstakbel mirasçısı ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek için, tartışmalı olmakla birlikte sıklıkla verilen bir örnek olması itibariyle tekraren, evlilik dışı ilişki yaşadığı kişiye mal kazandırmak amacıyla miras sözleşmesi yaptıkları takdirde, bu sözleşme TBK m.27 (mülga BK m. 19/2-20)'ye göre kesin hükümsüz kabul edilecektir.

⁵⁸Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 362-363.

⁵⁹Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 363. TBK m. 12 (mülga BK m. 11) de şekil özgürlüğünden söz eder.

⁶⁰Biz de bu tartışmanın geçerli olduğu dönemde, klasik görüş doğrultusunda, mülga BK m.19/2'nin "kanun hükmünün hangi hallerde emredici sayılması gerektiğine" ilişkin yorumlayıcı fonksiyona sahip olduğunu, m. 20'yi göz önünde bulundurmaksızın m. 19/2'nin sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirlemede yetersiz, eksik kaldığı düşüncesindeydik. Aynı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 528-530. Dolayısıyla m. 19/2 ile m. 20/1'i bir arada ele alıp, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu doğrultuda sözleşme özgürlüğünün sınırları açısından kabul ettiğimiz ayırım hukuka aykırılık, ahlâka aykırılık ve imkânsızlıktır. Kanunun emredici hükümlerine, yasaklayıcı hükümlerine ve kişilik hakkına aykırılığın, hukuka aykırılık başlığı altında bulunduğu kabulüyle sözleşme özgürlüğünün sınırlarını ortaya koyacağız. Bkz. 5. Bölüm vd. Bununla birlikte tezimizin konusu çerçevesinde kişilik hakkına aykırılığın aynı zamanda bir ahlâka aykırılık türü olduğu düşüncesini de kabul ediyoruz. Geçersizlik başlıklı üçüncü bölümde ayrıntılı değineceğiz.

⁶¹Bu yaklaşım sözleşme özgürlüğünün yasal dayanağına ilişkin iki görüşten biri olarak ifade edilen "kamusal açıdan sözleşme özgürlüğü teorisi" nin de içeriğini oluşturmaktadır. Bir diğer görüş ise sözleşme özgürlüğünü tabii hukuk açısından değerlendirmektedir. Buna göre sözleşme özgürlüğü irade özerkliğinin meşrulaştırılmasıdır. İrade özerkliği de, pozitif hukukun sunduğu bir yapı olarak, devletin irade özerkliğini tanıması ile kendisine yer bulmaktadır. Bu teorinin özellikle klasik Fransız Hukuk öğretisini etkisine aldığı

maddi ve manevi varlığı geliştirme özgürlüğünün bir ifadesi olarak ele alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”⁶². İlke, sözleşme yapmanın yanı sıra sözleşme yapmama özgürlüğünü de içerir. Aksine bir düşüncenin savunulması Anayasanın sözleşme özgürlüğünü tek taraflı ele aldığı yargısına götürür ki, bu Anayasanın yapılış amacına ters düşer. Keza Borçlar Kanunu için de bu durum geçerlidir. Zira sözleşme yapmama hakkı engellenen, sözleşme yapma zorunluluğu getirilen bir kişinin, o sözleşmenin içeriğine müdahale etmesinden pek bahsedilemeyecektir⁶³.

3.3. Sözleşme Özgürlüğünün Görünümleri

İrade özerkliğinin alt başlıklarından sözleşme özgürlüğü çeşitli kısmî özgürlükleri barındırır. Bu özgürlüklerin ne şekilde ele alındığına ilişkin iki farklı ayırım mevcuttur. Bunlardan ilki bu özgürlüğü sözleşmeyi yapma, düzenleme olarak iki üst başlık altında değerlendirip, yapıp yapmama ve karşı tarafı seçme özgürlüklerinin sözleşmeyi yapma özgürlüğü başlığı altında, içeriğini ve türünü belirleme, son verme ve değiştirme özgürlüklerini ise sözleşme düzenleme özgürlüğü içerisinde değerlendirmektedir. Diğer bir ayırım ise her birini ayrı ayrı değerlendirmekte olup, sözleşme özgürlüğünün beş ana başlık altında incelemektedir. Bunlar da sözleşmeyi yapma (ve yapmama) özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleyebilme, sözleşmeyi sona erdirme veya değiştirme ve şekil özgürlükleridir. Şekli nitelikteki bu sözleşme özgürlüğü ayrımları arasında esas itibariyle bir fark yoktur. Önem arz eden nokta, kısmî özgürlüklerin hangi başlık altında değerlendirilmesinden çok, sözleşme yapacak taraflara ne tür imkânlar sunduğudur.

bilinmektedir. Bkz. E. A. Kramer. (1991). *Berner Kommentar-Das Obligationenrecht, B.VI, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, s. 23.

⁶²Sözleşme özgürlüğü ilk kez 1924 Anayasası’nda yer almıştır (m. 70 ve 79). 1961 Anayasasının 40. maddesinde de yer alan bu ilke çalışma ve özel teşebbüs kurma hürriyetleri ile birlikte ele alınmıştır. 1961 Anayasası’nda “Temel Hak ve Ödevler” bölümünde yer alan ilke, 1982 Anayasası’nda “Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümüne alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. R. Tiryaki (2008). *Ekonomik özgürlükler ve Anayasa*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 14 vd. Anayasa’nın 48. maddesinde çalışma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü ve teşebbüs özgürlüğü gibi üç özgürlükten söz edilmekle birlikte, aslında hepsi sözleşme özgürlüğü etrafında şekillenmektedir. Sözleşme özgürlüğü sınırlandırıldığında, bu özgürlüklerin önlerinin de tıkanmış olduğu görülecektir. Bkz. Battal, 2001, **a.g.k.**, s. 48-49, dp. 2 ve 3.

⁶³O. B. Gürzumar (2006). *Zorunlu unsur doktrinine dayalı sözleşme yapma yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 42.

Sözleşme özgürlüğünü dar veya basit anlamıyla sözleşme özgürlüğü ve geniş anlamıyla sözleşme özgürlüğü şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutarak incelemek de mümkündür. İlkinden anlaşılan TBK m. 26’da ifadesini bulan sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüdür. Geniş anlamıyla sözleşme özgürlüğünden ise şekil, taraf seçme, sözleşmeyi yapma özgürlükleri anlaşılmaktadır⁶⁴.

Biz kavramı beş alt başlık altında irdeleyeceğiz, her bir özgürlük türünü kendi özelliklerine göre değerlendireceğiz. Tercihimiz, sözleşme özgürlüklerin farklı alt başlıklarla incelenmesi gerektiği yönündeki düşüncelerin reddi anlamını taşımamaktadır. Öte yandan kabul ettiğimiz ayırım Wolf’un “sözleşme özgürlüğü sadece sözleşme içeriğini belirleyebilmeyi ifade eder” görüşünü⁶⁵ kabul etmediğimizi de ortaya koymaktadır. Wolf sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda özgürlüğün olmadığını veya sınırlandırılmış olduğunu belirterek, böyle bir durumda sözleşmeden söz edilemeyeceğini savunur. Ona göre dayatılmış bir işlem, sözleşme olarak kabul edilemez. Ancak Wolf burada tarafların önceden anlaşarak yaptıkları bir (ön) sözleşme ile bağlanarak, bu (ön) sözleşmeye göre yeni bir sözleşme yapma zorunluluğunu da kabul etmez. Belki, bir tarafın bütün unsurları belirleyip bir metin hazırlayarak, karşı tarafa sadece metnin altına imza atarak sözleşmenin tamamlanması imkânının verildiği durumlarda dikte edilme durumu söz konusu olabilir. Eğer karşı taraf o metni imzalamazsa sözleşme konusu mal veya hizmetten yararlanamayacaktır. Ancak ön sözleşme ile taraflara sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiği durumlarda dikte etmekten bahsedilmesi pek mümkün görünmemektedir. Çünkü ön sözleşme ile taraflara içerik uyarınca yeni bir sözleşme yapma zorunluluğu getirilmekte, ancak ön sözleşmede serbest taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuşma halinde olduğu görülmektedir⁶⁶.

3.3.1. Sözleşmeyi yapma veya yapmama özgürlüğü

Borçlar Kanunu’nda da belirtildiği üzere bir sözleşme, tarafların sözleşme kurmaya yönelik iradeleriyle oluşur (TBK m. 1). Kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa bile,

⁶⁴A. Koller (2017). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. (3. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, s. 199.

⁶⁵Wolf, 1989, **a.g.k.**, s. 360-361.

⁶⁶Kocayusufoğlu da ön sözleşme ile taraflara ileride yeni bir sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi durumunda yine kişinin serbest iradesinin esas olduğunu ve bu durumlarda gerçek anlamı ile bir sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 505. Aynı görüşte olan Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 49.

iradelerin özgür bir şekilde, herhangi bir baskı olmaksızın ortaya konması gerekir. Aksi takdirde iradelerin yokluğu nedeniyle sözleşme kurulmayacak ya da kurulan sözleşme iradelere yapılan baskı nedeniyle hükümsüz kılınabilecektir. Dolayısıyla bir kişi esasen sözleşme yapmakla yükümlü tutulmadığı gibi, bu kişi sözleşme yapmaktan alıkonulamaz ve başkası tarafından kendisine yöneltilen sözleşme teklifini de her zaman reddedebilme imkânına sahiptir⁶⁷.

Bir kişinin kendisine yöneltilen sözleşme teklifini kabul etmesi veya reddetmesi üzerinde serbest iradesini ortaya koyması sözleşme yapma özgürlüğünün olumsuz yönü olarak ifade edilir. Yapılması istenen sözleşmenin tarafıyla belli bir içerikte ve bu içeriğin dışına çıkmayacakları üzerinde anlaşmaları olumlu yönü olarak değerlendirilir⁶⁸. Yine bu özgürlük sözleşmelerin kurucu unsurları öneri (icap) veya kabulün yönelen veya yöneltilen tarafa verdiği özgürlük olarak da aktif veya pasif sözleşme yapıp yapmama şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır⁶⁹. Aktif sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü de bir tarafa sözleşme kurma yönünde ilk adım olan öneriyi ortaya koyup koymama açısından bir özgürlük tanır ki bu da öneri özgürlüğü olarak adlandırılır⁷⁰. Pasif sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ise bir tarafın yönelttiği sözleşme yapma teklifine (icaba) karşı diğer tarafın kabul beyanını ortaya koyup koymayacağı yönünde sahip olduğu kabul özgürlüğüdür⁷¹.

Sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü bir kişinin yapmak istemediği sözleşmeye karşı korunmasını amaçlarken, bir taraftan da kişinin istediği, amaçladığı sözleşmeyi yapabilmesini sağlar⁷².

Sözleşmeyi yapma özgürlüğü Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiş olsa dahi, sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur bu⁷³. Çünkü sözleşmeyi yapma veya yapmama şeklinde bir özgürlüğün olmadığı bir hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğünden bahsetmek doğru olmayacaktır⁷⁴. Sözleşme yapma özgürlüğü bir

⁶⁷Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 83.

⁶⁸Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 25-26, N.43-44; M. Fischer. (1952). *Der Begriff der Vertragsfreiheit*. Zürich: H. R. Sauerländer, s. 34-35; P. Gauch, W. Schlupe, J. Schmid und H. Rey. (2003). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess, s. 117.

⁶⁹ Fischer, 1952, **a.g.k.**, s. 34.

⁷⁰ Fischer, 1952, **a.g.k.**, s. 34.

⁷¹ Fischer, 1952, **a.g.k.**, s. 34.

⁷²A. Ruth (2008), *Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss*. Bern: Stämpfli Verlag AG, s. 135.

⁷³Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 347.

⁷⁴Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 347.

sözleşmenin taraflarının arzusuna göre belirli bir içerikte yapılıp yapılmayacağına serbestçe karar verebilmeyi de ifade eder⁷⁵. Dolayısıyla bu özgürlüğün içerik özgürlüğü ile de yakın bağlantısı mevcuttur. Sözleşme içeriğinin tarafların özgür iradeleri ile belirlenmesi, sözleşme yapma özgürlüğünün istisnası olarak kabul ettiğimiz sözleşme yapma zorunluluğunda ya hiç mümkün değildir ya da kısmen mümkündür⁷⁶.

3.3.2. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün bir başka yönü, sözleşme yapma niyetinde olan kişiye kiminle sözleşme yapacağı veya kiminle sözleşme yapmayacağı imkânının tanınması, başka deyişle ona karşı tarafı seçme imkânı verilmesidir⁷⁷. Dolayısıyla hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda tutulamayacağı gibi istediği kişiyle sözleşme yapmaktan da alıkonulamaz. Açıktır ki burada da sözleşme yapma özgürlüğü ifade edilmektedir.

Bu özgürlüğün, özel ve kamu hukukundan doğan istisnaları vardır. Önalım hakkının kullanılmasında satım sözleşmesinin önalım hakkı sahibi ve tapuda malik olarak görünen kişiyle yapılması gibi özel hukuktan; su, elektrik hizmetlerinde olduğu gibi bir mal ya da hizmete hukuki ya da fiili tekel hakkıyla sahip olan kuruluşlarla sözleşme yapılması kamu hukukundan doğan istisnalardandır. Taraf seçme özgürlüğünün olumsuz yönünün sınırı olarak ifade edilen bu istisnalarda belirli kişi veya kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur⁷⁸.

3.3.3. Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü sözleşme özgürlüğünün bir diğer kısmıdır. TBK m. 26'da düzenlenen bu özgürlük, sözleşme içeriğinin hukuk düzeninin sınırları içinde, sözleşme taraflarının isteklerine göre ortaya konacağını anlatır⁷⁹. TBK m. 26'nın ifadesi, kuralın yedek hüküm olduğunu gösterir⁸⁰. Dolayısıyla taraflar kanun

⁷⁵Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 25, N. 42.

⁷⁶Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 347.

⁷⁷Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 27.

⁷⁸Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 27, N. 46. Yazar istenilen kişiyle sözleşme yapma imkânını olumlu, taraf seçme özgürlüğü olarak adlandırmakta ve bunu yine olumlu sözleşme yapma özgürlüğünün bir uzantısı kabul etmektedir. Bkz. Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 26, N. 44.

⁷⁹Honsell, Vogt und Wiegand, 2011, **a.g.k.**, s. 193, N. 5

⁸⁰P. Tercier, P. Pichonnaz und H. M. Develioğlu. (2016). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 223.

hükümlerine aykırı düzenlemeler de yapabilirler⁸¹. Elbette, emredici kanun hükümlerinin varlığında bu kural devre dışı kalacaktır.

Sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğü, sadece tarafların edimlerini değil, sözleşmenin ifa edilmemesinin sonuçlarının ne gibi şart ve etkileri olduğunu da kapsar⁸².

Sözleşmenin içeriği kavramı genel itibariyle iki anlamda kullanılır. Dar anlamıyla sözleşmenin içeriğine bir sözleşme ilişkisinde tarafların hak ve borçları dâhil edilir. Geniş anlamına ise tarafların anlaşıp kararlaştırdıkları diğer unsurlar, hatta tarafların sözleşme ile güttükleri amaç da dâhil edilir⁸³.

İçerik düzenleme özgürlüğü tip özgürlüğünü de ifade eder. Bununla tarafların sadece kanunda düzenlenmiş sözleşme türleri ile bağlı olmadıkları, kanunda düzenlenen sözleşme türlerinden kısmen veya tamamen ayrılmak veya kanundaki sözleşmeleri birleştirmek suretiyle kendi arzularına uygun sözleşme akdedebilecekleri anlaşılır⁸⁴. Tip özgürlüğü Medenî Kanununun Aile, Eşya ve Miras Hukuku kitaplarında düzenlenen ilişkilere özgü değildir. Bu alanlarda geçerli olan ilke tip zorunluluğudur. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu kitaplarda düzenlenen sözleşme türlerinde taraflar kanunun izin verdiği ölçüde içerik belirleme imkânına sahiptir. Bu da kimi yerde kapsamlı bir özgürlük, kimi yerde ise sıkı bir sınırlamaya tabi tutulacak şekilde karşımıza çıkar⁸⁵.

3.3.4. Sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü ilkesi taraflara sözleşmeyi sona erdirme veya içerikte değişiklik yapma olanağı da tanır. Oysaki Tabîî Hukuk, tarafların yapmış oldukları sözleşme ile bağlı olduklarını ve bu sözleşmenin şartlar değişse bile ortadan

⁸¹Tercier, Pichonnaz und Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 223.

⁸²Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 81. Bucher'in de belirttiği gibi taraflar ifayla yükümlü tutuldukları edim(ler) dışında, sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda ne tür yaptırımla karşılaşacaklarını edime zorlama, tazminat gibi de belirlemektedirler.

⁸³Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 364-365. İçerik ve onunla farklı veya benzer nitelik taşıyabilecek konu, amaç, saik, sebep gibi kavramlar çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁸⁴Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 82; Koller, 2017, **a.g.k.**, s. 199.

⁸⁵Mesela Eşya Hukukunda, kanunda öngörülen aynı hakların (mülkiyet, irtifak, rehin ve taşınmaz yükü) dışında yeni bir aynı hak türünün ortaya konması mümkün değildir. Ancak taraflar kanunda öngörülen aynı hakların içeriğini yine kanunun çizdiği sınırlar içinde değiştirebilirler. İçerik belirleme imkânı irtifak haklarında geniş iken, diğer aynı hak türlerinde daha sınırlı ve belli başlı noktalara özgüdür. Kanunun belirlediği sınırları aşarak içerik belirlenmesi durumunda ise yapılan işlem hükümsüz olup, sınırı aşan işlemin tahvil yoluyla benzeri geçerli bir işlem olarak kabul edilmesi mümkün olabilir. Geniş bilgi için bkz. K. Oğuzman, Ö. Seliçi ve S. Oktay-Özdemir (2021a). *Eşya hukuku*. (23. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 28.

kaldırılmayacağını veya şartlarının değiştirilemeyeceğini esas almıştır. Bu ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi olarak ifade edilir⁸⁶. Türk Borçlar Hukukunda da geçerli olan ahde vefa ilkesinin savaş, doğal afet, enflasyon vb bazı hallerde mutlak surette uygulanması sözleşmenin eşit oldukları kabul edilen tarafları arasında adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır⁸⁷. Bu nedenle özellikle sürekli borç ilişkilerinde clausula rebus sic stantibus ilkesi ile yumuşatılması doğru bulunmuş, sözleşmenin sonradan değişen şart ve durumlara göre uyarlanması kabul edilmiştir⁸⁸. Uyarlama imkânı da ya sözleşmenin içeriğinin, diğer deyişle tarafların hak ve borçlarının değiştirilmesi ya da hem içeriğinin hem sözleşme süresinin değiştirilmesi olarak karşımıza çıkar. Vaktinden evvel fesih de süre bakımından değişiklik kabul edilir⁸⁹.

Uyarlama dışında ve uyarlama şartlarına bağlı olmaksızın sözleşme özgürlüğünde aslolan taraflara aralarındaki sözleşmeyi istedikleri an sona erdirme veya sözleşmenin içeriğinde istedikleri değişiklikleri yapma imkânının verilmesidir. Ancak tarafların sona erdirme veya değişikliğe ilişkin yapacakları yeni sözleşmelerinde şekil hususunda dikkate alması gereken bazı noktalar vardır. Öncelikle içerik değiştirmeye ilişkin yeni sözleşmenin şeklinde, TBK m. 13'ün⁹⁰ göz önünde bulundurulması gerekecektir. Dolayısıyla yazılı olarak yapılan bir sözleşmede değişiklik yapılması halinde yazılı şekle uyulması zorunludur.

⁸⁶Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, s. 66.

⁸⁷Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 554.

⁸⁸Mülga BK'de bu konuda sözleşmenin kurulması esnasında var olan şartların sonradan değişmesi halinde, işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi nedeniyle sözleşmenin özellikle TMK m. 2'deki dürüstlük kuralı çerçevesinde yeni şartlara uyarlanması kabul edilmişti. Bunun yanı sıra mülga BK'nin özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmında uyarlamaya ilişkin özel nitelikte çeşitli hükümlerin bulunduğu bilinmekteydi. Örneğin mülga BK m. 365/2'deki götürü ücretin söz konusu olduğu eser sözleşmesinde uyarlama imkânı. TBK m. 138'de "aşırı ifa güçlüğü" kenar başlığıyla, taraflara genel bir düzenleme ile uyarlama imkânı tanınmaktadır.

⁸⁹İ. Kaplan (2007). *Hakimin sözleşmeye müdahalesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 135.

⁹⁰TBK m. 13'e karşılık gelen mülga BK m. 12'den ne anlaşılması gerektiği konusu tartışmalıdır. Bir görüş, sözleşme ne şekilde (adi yazılı, resmi) gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, yapılacak değişikliğin de aynı şekle tabi olduğunu kabul eder. İkinci görüş, değişikliğin borç miktarını artırıp artırmadığına bakılmasını, miktarın artması halinde şekil zorunluluğu olduğunu savunur. Üçüncü ve son görüş ise sözleşmenin bir tarafa veya tam iki tarafa borç yükleyip yüklenmediğinden ve sonraki sözleşmenin borcu kaldıran veya ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığından hareket eder. Buna göre bir tarafa (hatta eksik iki tarafa) borç yükleyen sözleşmelerde borcu ağırlaştırıcı haricinde şekilsizlik esastır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise bir tarafın borcunu kaldıran ve hafifleten sözleşmenin diğer tarafın borcunun ağırlaşmasına yol açacağı üzere şekle tabi olması zorunludur. Görüşler hakkındaki açıklamalar için bkz. Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 305-306. Mülga BK m. 12'ye dair tartışmaların TBK m. 13 için de geçerliliğini koruduğunu söylemek gerekir. Çünkü yeni kanunda dilde arılaşırma dışında değişiklik mevcut değildir. Farklılık sadece "kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu" yönünde açıklığa yer verilmiş olmasıdır.

Sona erdirmeye ilişkin yapılacak sözleşme dendiğinde ise ikili ayırım mevcuttur. Bunlardan ilki borç ilişkisini tamamen ortadan kaldıran ikale (bozma sözleşmesi de denmektedir), diğeri alacak hakkından vazgeçme olarak bildiğimiz ve dar anlamda borcu ortadan kaldıran ibradır. İkaleden bir süre hükümlerini doğurmuş geçerli sözleşmeler, ileriye etkili sona erer. İkalenin geçerliği şekle bağlı değildir. İsviçre Hukukunda ibrayı düzenleyen 115. madde uyarınca alacak hakkını sona erdiren anlaşmalar geçerlik şekline bağlı değildir⁹¹. Türk Hukuku açısından ibrayı düzenleyen TBK m. 132 göz önünde tutulacaktır. Buna göre borcu kısmen veya tamamen sona erdiren anlaşmalar geçerlik şekline bağlı değildir.

Türk Hukukunda sözleşmeyi sona erdirme olanağı konusunda genel bir hüküm yoktur. Ancak sözleşmeyi sona erdirme (feshetme) özgürlüğüne sosyal gerekçelerle özellikle iş (hizmet), kira gibi sözleşme türlerinde getirilmiş bazı sınırlamalar mevcuttur⁹². Örneğin mülga BK m. 343'e göre bir hizmet sözleşmesi bir tarafın yaşadığı müddetçe veya on yıldan daha uzun süreyle akdedilmiş ise, işçi bu sözleşmeyi on senelik sürenin bitiminden sonra her zaman ve bir aylık ihbar süresine bağlı olmak şartıyla tazminat dahi vermeksizin feshetme imkânına sahiptir⁹³. Bu hükümlerle, işçinin kişilik hakkının TMK m. 23/2 kapsamında hukuka ve ahlâka aykırı olarak aşırı şekilde sınırlandırıldığı kabul edilerek, işçiye tazminat ödemeksizin hizmet sözleşmesini fesih imkânı tanınmıştır. Bu imkân TBK m. 430'da ise hizmet sözleşmesinin taraflarına tanınmış iken, taraflardan her biri on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirimine uyararak feshedebilme olanağını kazanmıştır. Dolayısıyla bu

⁹¹Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 41, N. 86. İsviçre Borçlar Kanununda ibraya ilişkin düzenleme şu şekildedir: "Anlaşmanın belirli bir şekilde yapılması gerekli olsa veya sözleşme kurulurken o şekilde yapılması kararlaştırılmış olsa dahi, taraflar şekle bağlı olmaksızın alacağı, kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabirler." Bu bağlamda İsviçre Hukuku açısından, sona erdirme sözleşmeleri gibi değişiklik yapma sözleşmelerini de 'alacağı kısmen ortadan kaldırma' kapsamında değerlendirip, şekle tabi tutmamak mümkündür. Sonuçta alacağın kısmen ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmeler de o sözleşmede değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Türk Hukukunda mülga BK'de ibraya yer verilmemişti. Ancak borçlu ve alacaklının borcu sona erdirmeye yönelik anlaşmalarına herhangi bir engel bulunmadığı kabul edilmekteydi. İbranın kanunda düzenlenmemiş olması, mülga BK m. 12 kapsamında, önceden akdedilen sözleşmenin şekline dair tartışmaları beraberinde getirmişti. Bir görüşe göre ibra şekle tabi değildir, (Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1442; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 989). Bir başka görüşe göre ise ibrayı mülga BK m. 12'nin dışına iten bir düzenleme mevcut olmayıp, anlaşma şekle tabidir (Bkz. M. K. Oğuzman ve T. Öz. (2006) *Borçlar Hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 432). İbra hükmünün gerekçesinde, sistematik bir eksikliği gidermek amacıyla TBK'de kuruma yer verildiği belirtilmiştir.

⁹²Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 44; Honsell, Vogt und Wiegand, 2011, **a.g.k.**, s. 195.

⁹³TBK m. 430/3'deki sözleşmeyi feshetme imkânında fesih süresi kaynak İsviçre Borçlar Kanununda (m. 334/3) olduğu şekilde altı aya çıkarılmıştır.

yeni hükümle, mülga BK m. 343'teki sadece işçiye tazminat ödemeksizin sözleşmenin feshi imkânı işverene de tanınmış bulunmaktadır⁹⁴.

3.3.5. Şekil özgürlüğü

Türk Borçlar Kanunu m. 12/1 itibariyle şekil konusunda kural özgürlüktür, taraflar sözleşmeyi herhangi bir şekle tabi olmaksızın gerçekleştirebilirler. Bu özgürlük ile içerik düzenleme özgürlüğü birbirini tamamlar nitelikte olup, bu iki özgürlük sayesinde sözleşmeler, tarafların ortak iradelerine dayalı, özgürce kurulmuş hukuki ilişkiler biçiminde kendini gösterir⁹⁵.

Şekil esas itibariyle irade beyanlarının açıklanma tarzına ilişkin bir husustur⁹⁶. Kişilerin iradelerini açığa vurma tarzında dilediği şekli seçmesi, sözlü/yazılı beyanda bulunabilmesi veya bu beyanlarını dış dünyaya aksettirmek için telefon, telefaks, e-mail vb. ne tür araçlar kullanacakları tamamen kendi seçimlerine bırakılmıştır.

Şekil özgürlüğü, kanunda geçerlilik için bir şekil aranmadığında, taraflara diledikleri şekilde sözleşme kurabilme imkânını verir⁹⁷ ve bu imkân iradi şekil olarak adlandırılır. Kanunun geçerlilik şekli aramadığı durumlarda, taraflar da şekil kararlaştırmamışlarsa, şekil özgürlüğü şekle bağlı olmama tarzında kullanılmış olur. Tarafların, kanunen şekle bağlı olmayan sözleşmeyi geçerlilik şekline bağlı kılmaları halinde ise özgürlük şekle bağlılık yönünde kullanılmış olur.

⁹⁴Kanaatimizce üstün konumdaki işverene de hakkın bu şekliyle tanınması yerinde olmamıştır. On yıl ve üstündeki bir sürenin işverenin kişilik hakkını da aşırı sınırladığından bahsetmek mümkündür. Ancak üstün konumu nedeniyle söz konusu fesih hakkının tazminata bağlanarak kullanılması daha adil bir yaklaşım olacaktır. Keza Alman hukukunda da bu hak sadece işçiye tanınmaktadır (bkz. BGB § 624). İsviçre Hukukunda da 1988 revizyon görüşmeleri esnasında sadece işçiye tanınması teklif edilen hakkın, her iki tarafa da tanınarak yasalaştığı görülmektedir İBK m. 334. Bkz. S.Adrian (2014). *Der Arbeitsvertrag*: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)-Zürcher Kommentar. (4. Auflage). Zürich: Schulthess, s. 73. TBK m. 430/3 ile işverenin yanında işçinin de kişilik hakkının aşırı sınırlandırıldığından bahisle bu hakkın işçiye de tanındığını belirten görüş için bkz. C. Yavuz, F. Acar ve B. Özen (2021). *Borçlar hukuku dersleri özel hükümler*. (17. Baskı). İstanbul: Beta, s. 525. Yeni düzenlemenin isabetli olmadığı noktasında bkz. N. Çelik (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki hizmet sözleşmelerinin isabetli olmayan bazı düzenlemeleri, *Sicil Dergisi*. 7 (25), s.7.

⁹⁵A. Kramer und B. Schmidlin (1986). *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*. Bern: Stämpfli Verlag, s. 371.

⁹⁶Kocayusufoğlu, 2017, *a.g.k.*, s. 270.

⁹⁷Belen, 2014, *a.g.k.*, s. 62.

Kanuni veya iradi şekle tabi sözleşmelerin, öngörülen şekle uyularak yapılması gerekir⁹⁸. Şeklin arandığı haller geçerlilik şeklidir (TBK m.12/2). Öngörülen şekilde yapılmayan sözleşmeler şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir ve geçersizlik de kesin hükümsüzlük olacaktır⁹⁹.

4. KURALIN İSTİSNASI: SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

Kural olarak bir kişi kendisine yöneltilen sözleşme yapma teklifini kabul etmek zorunda değildir. Kişilerin sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda serbest oldukları açıktır. Bu, sözleşme özgürlüğü ilkesinin de doğal bir sonucudur. Eğer bir kimsenin kendisine yöneltilen teklifi kabul etme mecburiyeti varsa, o zaman bu kişi için sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olur¹⁰⁰. Bu durum bazen öyle bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar ki, bir kişi karşı sözleşeninden kaçma imkânına sahip olmadığı gibi, sözleşmelerde geçerli “içeriğin taraflarca belirlenmesi” yerine sadece karşı tarafın içeriği belirlediği, önceden formüle edilen sözleşmeler varlık gösterir¹⁰¹. Aslında burada Wolf’un da ifade ettiği gibi¹⁰² dikte etme asıldır ve karşılıklı rızaların uyuşması olarak

⁹⁸Kanun veya taraflarca bir hukuki işlem için şekil şartı getirilmiş olması durumunda, işlemin geçerli olarak yapılması o şekle uyulmuş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu durumda aksi öngörülmediği sürece “geçerlilik şekli”nden söz edilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak mülga BK m. 11’in muğlak ifadesinin yol açtığı görüşlere TBK m. 12/2’nin açık ifadesi ile de son verilmiş olmaktadır. İlgili maddenin ifadesi aynen şu şekildedir. “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil geçerlilik şeklidir”.

⁹⁹İsviçre ve Türk Hukukunda şekle aykırılığın yaptırımı, gerek İBK m. 11/2’nin “...so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab.” gerekse mülga BK m.11/2’nin “...akit şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz” şeklindeki muğlak ifadeler dolayısıyla net bir sonuca bağlanamamış ve bu durum öğretilerde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 307 vd. Ancak TBK’nin şekli düzenleyen 12. maddesi “öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz” biçimindeki ifadesi ile şekle aykırılığın yaptırımının “kesin hükümsüzlük olduğunu” gerekçesinde ifade etmiştir. Kanaatimizce gerekçe bir yana bırakılsa, “hüküm doğurmaz” deyişinin kesin hükümsüzlük anlamına geldiğini söylemek güçtür. Çünkü hükümsüzlük, hukuksal işlemlerdeki aksaklıklar karşısında uygulanabilir yaptırım türleri için kullanılan üst bir kavramdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. J. Güral (1953). *Hükümsüzlük nazariyeleri karşısında Türk Medeni Kanununun sistemi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 1 vd.

¹⁰⁰Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 317.

¹⁰¹Honsell, Vogt und Wiegand, 2011, **a.g.k.**, s. 193.

¹⁰²Wolf, 1989, **a.g.k.**, s. 361. Özellikle kitlesel sözleşmeler olarak ifade edilen sözleşme türlerinde sözleşmenin karşı tarafının iradesi hiçe sayılmaktadır. O kendisine dayatılan sözleşmeyi, metnin altına imzasını atmak suretiyle kabul iradesini göstermektedir. Ancak serbest irade değildir. Kişi sözleşme konusu mal veya hizmete kavuşabilmek için -ona gösterilen, dayatılan- tek seçeneği kabul etmek durumundadır. Gürzumar, doğrudan veya dolaylı olarak kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluklarının sözleşme özgürlüğünün sınırlarından olduğunu belirtir. (2006, **a.g.k.**, s. 42-43). Kanaatimizce sözleşme yapma zorunluluğu sözleşme özgürlüğünün bir sınırlaması değil, kuralın bir istisnasıdır. Her ne kadar Gürzumar’ın belirttiği görüş “özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir” anlayışına uygun ise de, bunun bir sınırlama olduğunu kabul etmek durumunda bu şekilde ortaya çıkarılan sözleşmelerin geçerliliği tartışma konusu yapılmamalıdır. Ön sözleşme ile sözleşme yapma borcunun doğması veya kendi bölgesinde tek başına eklemek

tanımlanan sözleşmeden bahsetmek de pek mümkün görünmemektedir. Çünkü sözleşmeler tarafların karşılıklı anlaşmasına dayanır. Karşılıklı anlaşma da mutlak surette iradelerin uyuşmasını gerektirir.

Sözleşme yapma zorunluluğu, piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk düzenlerinde, halkın ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerde tekel konumunda olan işletme ve kuruluşların, durumlarını kötüye kullanmalarını engellemek amacını taşımaktadır¹⁰³. Elleriindeki mal ve hizmetleri satmaktan kaçınan veya bunları ağır şartlarla satmak niyetindeki işletme ve kuruluşlara, bu mal ve hizmetleri talep eden kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir¹⁰⁴. Görüldüğü üzere, sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır¹⁰⁵.

Sözleşme yapma zorunluluğunun özellikle iki kaynaktan doğduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bunlar ‘kanun’ ve ‘sözleşme’dir.

4.1. Kanundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Sözleşme yapma zorunluluğu kamu hukuku, özel hukuk ve karma hukuka¹⁰⁷ ilişkin kanunlardan kaynaklanabilir¹⁰⁸.

üretip satan fırıncının bulunduğu bölgedeki kişilere ekmek satma zorunluluğunda olması gibi. Nasıl ki hukuka ve ahlâka aykırı sözleşmeleri birer sınırlama olarak kabul edip, bunun geçersizliğinden söz ediyor ve kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğunu kabul ediyorsak, bu tür bir sınırlamada da bunu kabul etmek gerekecektir.

¹⁰³Ayrancı, 2003, **a.g.k.**, s. 232 vd.

¹⁰⁴Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 348.

¹⁰⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 505.

¹⁰⁶ Bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 348; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 505; Ayrancı, 2003, **a.g.k.**, s. 234. Kanunda bir düzenleme olmasa dahi sözleşme yapma zorunluluğun temel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kuralından kaynaklanması da mümkündür. Bkz. Gürzumar, 2006, **a.g.k.**, s. 53.

¹⁰⁷Rekabet Hukuku, ekonomi hukuku ya da ekonomik kamu hukuku başlığı altında yer alan, ekonominin ve kamu hukukunun ağırlıklı olduğu, ancak özel hukuka ilişkin bazı hükümlerin de bulunması nedeniyle karma hukuk başlığında değerlendirilebilecek bir hukuk dalıdır. Rekabet Hukukunda da ‘zorunlu unsur doktrini’ kapsamında, hâkim durumdaki teşebbüslere ellerinde bulundurdukları hammadde, tesis vb. hakkında anlaşma yapma zorunluluğunun getirildiği de görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gürzumar, 2006, **a.g.k.**, s. 21 vd.; P. Güven, (2004). Rekabet hukukunda sözleşme yapma zorunluluğu (Rekabet Kurulu kararları ışığında zorunlu unsur doktrininin değerlendirilmesi). *Perşembe Konferansları-Rekabet Kurumu*, Ankara: Bilkent, s. 17 vd.

¹⁰⁸Bu kanunlardan ilki 1960 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olan Milli Korunma Kanunudur. Bu kanun olağanüstü dönemlerde, haklı bir sebep olmaksızın mevcut bir malı satışa sunmaktan ve satmaktan kaçınmayı yasaklamıştı. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 506.

Sözleşme yapma zorunluluğuyla karşılaşılan bir başka alan ise ‘mecburi sigortadır. Sermaye piyasasında aracılık yapacak kurumlara faaliyet izni alabilmeleri için getirilmiş olan sigorta mecburiyeti, bu duruma örnektir. Her ne kadar bu bir sözleşme yapma zorunluluğu olarak ifade edilse de, bunun tebliğ ile getirilmiş olması, temel hak ve özgürlüklerden olan sözleşme özgürlüğünün ancak kanunla sınırlanması ilkesine aykırılık teşkil ettiği de gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Çelikaş (2003). Aracı

Kamu hukukunda, kamu hizmeti gören ve halkın zorunlu ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlü tutulan kamu kurum ve kuruluşları, bunları talep eden kişilerle sözleşme yapma mecburiyetindedirler¹⁰⁹. Kamu kurum ve kuruluşlarının kendilerine yöneltilen talebi reddedebilmesi ancak kanunda öngörülen şartlara aykırı hareket veya haklı nedenlerin varlığı halinde mümkündür¹¹⁰.

Özel hukukta esas olan, sözleşme özgürlüğünün bir alt başlığını oluşturan sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüdür. Ancak bazı durumlarda sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelebilir. Örneğin bir bölgede fiili tekel konumunda olduğu kabul edilen, faaliyetlerinin konusu edimi sunmaktan kaçınan kimselere, sözleşme yapma zorunluluğu getirilmektedir. Bu tür durumlarda zorunluluğun kaynağı tartışmalıdır. Kimileri kaynağın TMK m. 2/2, kimileri TBK m. 49/2 olduğu görüşündedir¹¹¹.

Sözleşme yapma zorunluluğunun öngörüldüğü bir başka hüküm ise Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda (TKHK) alır. Kanunun 6/1. maddesi¹¹² ‘satıştan kaçınma’ başlığında vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılmasının yasak olduğunu hükme bağlar. Madde 6’nın ‘satıştan kaçınma’ şeklindeki isabetli olmayan başlığına karşın, bu yasağın hizmet arzları için de uygulanacağı ikinci fıkrada da belirtilmektedir. Üçüncü fıkra ise hem mal hem iş görme

kurumların faaliyet izni alabilmeleri için öngörülen mecburi sigortanın sözleşme özgürlüğü açısından değerlendirilmesi. *Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan*, İstanbul: Beta, s. 931 vd.

¹⁰⁹Kamu kuruluşlarıyla yapılan bu tür işlemlerde, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği tartışmalıdır. Sözleşme olarak nitelendirildiği takdirde, özel hukuk ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 349. Ayrancı da, kamu kuruluşunun bir özel hukuk kişisi ile sözleşme kurma zorunluluğunda, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerin uygulanması görüşünü savunmaktadır. Bkz. Ayrancı, 2003, **a.g.k.**, s. 236. Karşıt görüş için bkz. Ayrancı, 2003, **a.g.k.**, s. 236, dn. 27’deki yazarlar.

¹¹⁰Ayrancı, 2003, **a.g.k.**, s. 235.

¹¹¹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 507 vd. Sözleşme yapıp yapmama konusundaki hakkın kötüye kullanıldığını ifade eden görüş karşısında, bunun başkasına zarar vermek için ahlâka aykırı olarak kasten sözleşme yapmaktan kaçınma biçiminde haksız fiil oluşturduğunu kabul eden görüş için bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 350 ve Erman, 1974, **a.g.k.**, s. 608.

¹¹²Fiyatı gösterme şartının aranmaması nedeniyle TKHK m. 6/1 hükmünün, TBK m. 8/2’nin ‘fiyatını göstererek mal sergilenmesi...öneri sayılır’ diyen ifadesi karşısında sözleşme yapma zorunluluğu olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Bkz. Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s.196.

Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin bir başka düzenleme “hakim durumun kötüye kullanılması” başlığındaki Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 6’da yer almaktadır. Buna göre, hâkim durumdaki bir teşebbüsün, sahibi olduğu ve ondan yararlanmak suretiyle mal ve hizmet ürettiği (veya sunduğu) bir varlığı, aynı mal veya hizmeti üretmek üzere karşılığını vermek suretiyle kullanmak isteyen (potansiyel) rakibin bu talebini reddetmesi, bazı şartların gerçekleşmesi halinde hâkim durumun kötüye kullanılması sayılmaktadır. Bu kapsamda, rakip teşebbüsle anlaşma yapmaktan kaçınılması halinde bir rekabet ihlali ortaya çıktığı takdirde kanun kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu meydana gelmektedir. Bkz. Güven, 2004, **a.g.k.**, s. 11-12.

sözleşmelerindeki bağlantılı sözleşme yasağı olarak ifade edilen, sözleşme içeriğine getirilen sınırlamayı hüküm altına almaktadır¹¹³.

4.2. Önceki Taahhütten Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu: Sözleşme Yapma Vaadi

Sözleşme yapma vaadi (ön sözleşme) taraflardan birinin diğer tarafla veya üçüncü kişi ile ileride sözleşme yapacağına ilişkin taahhüdünü içeren borç doğuran bir sözleşmedir¹¹⁴. Tarafların ileride yapmayı taahhüt ettikleri sözleşme asıl sözleşme olarak adlandırılmakta, dolayısıyla burada taraflar için asıl sözleşmeyi yapma zorunluluğu doğmaktadır¹¹⁵. Bir başka ifade ile de bu sözleşme ile asıl sözleşmenin kurulması garanti altına alınmaktadır¹¹⁶. Nitelik itibarıyla borçlandırıcı bir sözleşme olan ön sözleşme gibi, sonradan yapılacak asıl sözleşmenin de borçlandırıcı sözleşme olması gerekmektedir. Asıl sözleşmenin tasarruf sözleşmesi olması durumunda, bu sözleşmenin yapılmasına yönelik sözleşme ön sözleşme olarak nitelendirilemez¹¹⁷.

Öğretide ön sözleşme kavramına gerek olup olmadığı yönünde bir tartışma mevcut olsa da, gerek kaynak İBK m. 22 gerek TBK m. 29 kuruma yer vermiş olup, kanun koyucuların ön sözleşmenin gerekliliği yönündeki görüşe katıldıkları söylenebilecektir. Hâkim görüş bu konuda yasal bir dayanak bulunup bulunmadığından bağımsız, taraflar arasında ön sözleşmenin kurulmasının temelini sözleşme özgürlüğü ilkesinde bulmakta¹¹⁸, ön sözleşmeyle asıl sözleşmeyi yapma zorunluluğunun getirilmesi sözleşme yapma özgürlüğüne getirilmiş sınırlama olarak görülmektedir¹¹⁹. Ancak bir diğer görüşön sözleşmenin de taraf iradeleri sonucu ortaya konduğunu, bunun da serbest bir iradenin

¹¹³E. Baş Süzel. (2018). Tüketici hukukunda sözleşme kurma zorunluluğu. *BÜHFD*. 13 (167-168), s. 14 ve 30.

¹¹⁴N. Kocayusufpaşaoğlu (1959). *Türk Medeni Hukukunda gayrimenkul satış vaadi*. İstanbul: İÜHF Yayınları, s. 46.; H. Ayrancı (2006). *Ön sözleşme*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 31.; G. Doğan (2006). *Ön sözleşme (sözleşme yapma vaadi)*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.53.

¹¹⁵Kocayusufpaşaoğlu (1959), **a.g.k.**, s. 46; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 199-200. Doğan, bu durumu sözleşme akdetme yükümlülüğü olarak ifade etmektedir. Bkz. Doğan, 2006, **a.g.k.**, s. 52.

¹¹⁶Sözleşme yapma vaadinde sadece asıl sözleşmenin kurulmasını garanti altına alma durumu değil, ayrıca ileride yapılacak sözleşmeye hazırlık oluşturulması da amaçlanmaktadır. Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 60 vd.

¹¹⁷Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 100; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 355.

¹¹⁸Busche, 1999, **a.g.k.**, s. 113.; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 102 ve dp. 21'deki yazarlar; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 355; Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 70 vd.; Doğan, 2006, **a.g.k.**, s. 36.

¹¹⁹Doğan, 2006, **a.g.k.**, s. 36.

ürünü olduğunu, dolayısıyla bunun sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırma olarak görülmemesi gerektiğini savunur¹²⁰.

Taraflar ön sözleşme ile ileride yeni bir sözleşme kurma taahhüdü altına girdiklerinde, kurulacak asıl sözleşmenin kanuni veya iradi şekle bağlı kılınması durumunda, ön sözleşmede de aranan şekle uyulması gerekir (TBK m. 29/2- İBK m. 22/2). Aksi takdirde ön sözleşme şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır.

5. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

5.1. Genel Olarak

Diğer türlerde olduğu gibi sözleşmeler alanındaki özgürlüğün kullanımı da sınırsız olmayıp başkasının özgürlük alanına müdahale ettiği ölçüde sınırlandırılacaktır¹²¹. Kuralın sınırsız kullanımı sözleşme adaletini bozucu sonuçlar doğurabilmektedir. Tarafların en azından şeklen eşit olduğu fikrini dayanak alan sözleşme kurumunda, bir tarafın karşı tarafa özgürlük başlığında sunacağı bütün tekliflerin hukuken geçerli olduğunu kabul etmek hakkaniyeti zedeleyici rol oynayabileceği gibi, hukuk devleti ilkesine ait bazı temel kavramları ihlal de edebilecektir. Toplumsal düzenin işlerliğini sağlayan bazı kuralların sözleşme özgürlüğünün sınırsız kullanımı ile hiçe sayıldığı durumlarda kargaşa da kaçınılmazdır. Örneğin kanunen yasak bir maddenin satımının geçerli kabul edilmesi, kanunu hiçe sayan bir anlayışın ürünüdür. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü de sınırsız kullanılmamalıdır ve kullanılamaz. Nitekim yasa koyucu da sözleşme özgürlüğüne çeşitli sınırlamalar getirmiştir.

Sözleşme özgürlüğüne geniş yer verdiği bilinen Borçlar Kanunumuz hem özgürlüğün sınırlamalarını hem sınırların aşılması halinde ilgili işlemlerin hangi yaptırıma bağlı kılınacağını ortaya koymuştur¹²². 818 sayılı mülga BK'nin bu konuya ilişkin düzenlemesinin TBK'de de bazı değişikliklerle varlığını koruduğu görülmektedir. Değişiklikler de yeni kanunun ifadesinin arılaştırılması ve mülga BK m. 19/2'deki sınırlamaların yeni kanunda yaptırım türü olan kesin hükümsüzlük başlığında yer alması

¹²⁰Erman, 1974, **a.g.k.**, s. 60.

¹²¹Ünal'ın da ifade ettiği üzere geniş bir özgürlük kullanımının diğer kişi veya kişilerin özgürlüklerini tehlikeye atmaları mümkündür. (2017, **a.g.k.**, s. 42-43)

¹²²Borçlar Kanununun sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırlamaların sözleşmelerin tek taraflı, kararlar, fesih vb çok taraflı borçlandırıcı nitelikteki hukuki işlemlere de kıyasen uygulanması gerekmektedir. Keza Medeni Kanunun 5. maddesinin yaptığı yollama sonucu bu durum Borçlar Kanununun düzenlediği diğer benzeri hukuki işlemlerde de uygulanacaktır. Bkz. Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 8,9.

ve sınırlamaların neler olacağına açıklanması şeklinde olmuştur. Bu açıdan bakıldığında TBK sözleşme (içerik) özgürlüğüne getirilen sınırlamaları yaptırım bahsi içinde düzenleyerek, mülga BK'deki (19 ve 20. maddelere verilen anlamının ne olacağı konusundaki) ikircikli durumu da ortadan kaldırmış görünmektedir. Ancak yeni kanunun düzenlemesi ile farklı tartışmaların yaşanması da kaçınılmaz görülmektedir¹²³.

Çalışmamızın bu bölümünde sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüne getirilen sınırlamaları gerek yeni gerek (o dönemdeki tartışmaların etkisinin günümüzde de devam ediyor olması nedeniyle) mülga kanunun düzenlemeleri eşliğinde ana hatları ile ele alacağız¹²⁴. Bu sınırlamalardan özellikle hukuka, ahlâka ve kişilik hakkına aykırılığa ilişkin düzenlemeler çalışma konumuz kelepçeleme sözleşmesi açısından temel alınacak konular olması nedeniyle ayrı bir önemdedirler. Çünkü bu çalışma özü itibarıyla sözleşmelerin içeriğinin, konusunun (hatta sözleşme ile izlenen dolaylı amacın) kişilik hakkına ve dolayısıyla hukuka ve/veya ahlâka aykırı olma nedenlerinden birini ele almaktadır. Bu nedenle aşağıdaki açıklamalardan ayrı olmak üzere çalışmamızın ikinci bölümünde bu konular farklı açılardan yeniden ele alınacaktır.

5.2. Hukuka Aykırılık

İçerik özgürlüğünü düzenlediği kabul edilen mülga BK m. 19/2 bu özgürlüğün sınırlarından birinin hukuk kurallarına veya kanuna aykırılık (hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet) olduğunu ifade etmekteydi. Biliyoruz ki TBK'nin içerik sınırlamalarına ilişkin düzenlemesi mülga kanundaki düzenlemeden farklı olarak tek madde halinde (m. 27), yaptırım bahsinde düzenlenmektedir. Bu maddede, mülga BK m. 20'de kullanılan "gayri muhik (hukuka aykırı)" yerine "kanunun emredici hükümlerine aykırılık" ifadesi kullanılmıştır. Bu tercih, bugüne kadar sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak kabul görmüş hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği

¹²³Yeni Kanunun sadece içerik özgürlüğünü düzenlediği kabul edilen tek fıkralık 26. maddesi açısından bir problem yoktur. Ancak kaynak İBK'nin yanlış çevrilmesinden kaynaklandığı belirtilen mülga BK'nin iki maddesi arasında uyumsuzluğa ilişkin hataların, içerik sınırlamalarını ele alan m. 27'de devam ettiği görülmektedir.

¹²⁴Sözleşme özgürlüğünün kanuni sınırları dışında bazı fiili sınırlamaları bulunduğu da ileri sürülmektedir. Günlük yaşamda sıklıkla karşılaşılan bu fiili sınırlamalardan biri, taraflardan birinin sözleşme görüşmeleri sırasında sahip olduğu fikri veya ekonomik gücü kullanarak sözleşme şartlarını belirlemesi, karşı sözleşmenine bunları dikte etmesi, dolayısıyla taraflar arası eşitliğin bozulması veya ortadan kaldırılmasına neden olan sözleşmeler örnek gösterilmektedir. Bkz. Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 118.

sorusunu yeniden gündeme taşımaktadır¹²⁵. Sadece emredici hükümlere aykırı bir sözleşmenin kesin hükümsüzlükle sakat kabul edilmesi, bunun dışında hukukun yazılı olmayan hatta yazılı olup da emredici nitelik taşımayan hükümlerine aykırılık halinde sözleşmenin geçerli olacağına kabul edilmesi sonucuna götürecektir. Ancak maddenin devamında mülga kanundaki gibi emredici kanun hükümlerinden olduğu kuşkusuz kabul edilen “kişilik hakkına aykırılık” ifadesine ayrıca yer verilmesi eski anlayışta ısrar edildiğini de göstermektedir¹²⁶.

İçerik özgürlüğünün sınırı olarak hukuka aykırılık, hukuk düzenindeki objektif nitelik taşıyan yazılı veya yazılı olmayan kurallara aykırılık olarak ifade edilir¹²⁷. Kuralların özel veya kamu hukukuna ait olması arasında da bir fark yoktur¹²⁸. Sadece bu kuralların objektif nitelik taşıması gerekir¹²⁹.

¹²⁵Öncelikle, haksız fiil hukuku ile sözleşme hukukundaki hukuka aykırılığın farklı kavramlar olduğunun kabul edildiğini belirtmekte yarar vardır (Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 532). Hukuka aykırılık unsuru mülga BK m. 41/1'deki “haksız bir surette”, aynı hükmü karşılayan TBK'nın 49. maddesinde “hukuka aykırı bir fiille” sözleriyle anlatılmıştır. Hükümlerdeki belirlemelerden anlaşılması gerekenin ne olduğu yönünde iki teori vardır. Bunlardan sübjektif, teori, hukuk düzeninin kişiye tanıdığı yetki alanının ve sınırının aşılmasını hukuka aykırılık olarak kabul eder. Öğretinin çoğunlukla kabul ettiği objektif teoriye göre ise hukuka aykırılık, kişilerin şahıs ve mal varlıklarını koruma amacı taşıyan emredici hukuk kuralları niteliğindeki genel davranış kurallarına aykırılıktır (Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 672; M. K. Oğuzman ve Öz (2021). Borçlar hukuku genel hükümler-Cilt II. (Gözden Geçirilmiş 16. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 16; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 476). Hatemi ise 19 ve 41. maddelerdeki hukuka aykırılık ifadesinin “davranış özgürlüğüne hukuk düzeninin çizmiş olduğu sınırın aşılması” olduğunu belirtmekte, ardından haksız fiil alanındaki hukuka aykırılığın “özel bir norm cevaz vermiş olmadıkça başkasına zarar verilmiş olması” şeklinde kendisini göstereceğini belirtmektedir. Dolayısıyla yazarın sübjektif teoriyi kabul ettiğini görmekteyiz. Ayrıca yazar, sözleşmeler alanındaki hukuka aykırılıkta ise kişinin bir hukuki ilişkinin tarafı olması nedeniyle hukuk düzeninin öngördüğü emredici kurallara aykırı davranışını ifade eder. Aslında her iki hukuka aykırılıkta Hatemi'nin de vurguladığı üzere ortaya çıkan zararın nasıl tazmin edileceğine cevap aranmaktadır (H. Hatemi. (1976). *Hukuka ve ahlâka aykırılık kavramı ve sonuçları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 6-25). Kaneti ise hukuka aykırılığın, hukuk düzeni ile bağdaşmayan ve düzenin kabul ettiği yasak veya emirlere aykırı insan eylemleri hakkında yürütülen bir değer yargısı olduğunu kabul eder (S. Kaneti (2007). *Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., s. 92 vd.). Yazar eylemi gerçekleştiren ile zarara uğrayan arasındaki sözleşme veya vesayet, vekâletsiz iş görme, başkasının malında zilyet olma gibi başka hukuki ilişkilere aykırılıktan ileri gelmesi durumunda davranışın genel itibarıyla “borca aykırılık” ve devamında nisbi bir hukuki aykırılık olduğunu ifade eder (2007, **a.g.k.**, s. 1, dp.1).

¹²⁶Kişilik hakkına aykırı sözleşmeleri ahlâka aykırı bulan görüşün kabulü halinde bile kanunda bu ifadeye ayrıca yer verilmesine gerek olmadığı da açıktır. Hatemi ve Gökyayla kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerin emredici sayılmalarının genel ahlâka ilişkin, ancak bu ibareye ayrıca yer verilmiş olmasının da sosyal devlet ilkesi açısından gerekli ve yerinde olduğunu kabul ederler (2021, **a.g.k.**, s. 80). Yine içerikle bağlantılı olarak, aynı yazarlar kamu düzeni ile ilgili kuralların yazılı olması, yazılı olmayan nitelikte kamu düzenine ilişkin kuralların bulunamayacağından bahisle, bunların da hukuka aykırılık içinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürerler (2021, **a.g.k.**, s. 81). Yazılı hukuk kuralları dışında da kamu düzeni kavramının bulunduğuna yönelik aksi görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 548; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 184-185; Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 71-72.

¹²⁷Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 532.

¹²⁸Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 61.

¹²⁹Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 250.

Hukuka aykırılığın değerlendirilmesinde sözleşmenin akdedilme zamanı esas alınacaktır¹³⁰. Eğer sözleşme veya geniş anlamı ile hukukî işlem, hukuka aykırılığa ilişkin emredici hükmün veya yasağın ortadan kalkmasından sonraki bir zamanda akdedilmiş ise hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Sözleşme akdedildiğinde mevcut hüküm sonradan ortadan kalktığında durumun ne olacağı tartışmalıdır. Baskın görüş¹³¹ sözleşmenin akdedilmesinden sonra, fakat sözleşmenin hâkim tarafından değerlendirilmesinden önce ortadan kalksa dahi hukuka aykırılığın kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı kılınması gerektiğini savunur. Diğer bir görüş¹³² ise kesin hükümsüzlüğe yol açan hükmün (yasağın) sonradan ortadan kalkması halinde sözleşmenin geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunur. Devamla, taraflardan biri sözleşmenin kesin hükümsüz olduğuna güvenerek bazı tasarruflarda bulunduğu takdirde, onun güveninin korunmasından hareketle, sözleşmenin geçerliliğinden, hükümlerini doğuracağından söz edilemeyeceğini belirtir¹³³. Kanaatimizce sözleşmenin sonradan hukuka aykırı olması durumunda, geçersizliğin geriye yürümemesi kuralı uygulanmalıdır¹³⁴. Bununla birlikte sözleşme ayrıca kamu düzenine veya ahlâka aykırı nitelik taşıyorsa geriye yürümeme kuralı devre dışı kalır¹³⁵.

Hukuk düzenindeki yazılı ve yazılı olmayan kurallara aykırılık olarak ifade edilen hukuka aykırılığın ne şekilde gerçekleştirileceğini belirlemek ve ne gibi hallerin bu kapsamda değerlendirileceğini de ortaya koymak gerekecektir.

Kocayusufpaşaoğlu, hukuka aykırılığın gerçekleşme şekilleri konusunda dörtlü bir ayrıma giderken, Bucher aynı halleri örnek olarak sıralamaktadır¹³⁶¹³⁷. Bunlar; hukuk düzeninde sözleşme yapılmasının, tarafların edimlerine ilişkin sözleşme hükümlerinin, tarafların dolaylı amaçlarının hukuka aykırı olması ve kanuna karşı hile şeklinde ele alınmaktadır.

Hangi hallerin hukuka aykırılık içinde değerlendirilmesi gerektiği konusu ise öğretilerde tartışmalıdır. Emredici kanun hükümlerine aykırılığı hukuka aykırılık içinde

¹³⁰Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 66; Honsell, Vogt und Wiegand, 2011, **a.g.k.**, s. 196.

¹³¹Bkz. Honsell, Vogt und Wiegand (2011), **a.g.k.**, s. 196, N. 16'daki yazarlar.

¹³²Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 66-67.

¹³³Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 66-67.

¹³⁴Honsell, Vogt und Wiegand (2011), **a.g.k.**, s. 196.

¹³⁵Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 67, N. 145.

¹³⁶Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 533-534.

¹³⁷Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 252-253.

değerlendirme noktasında öğreti görüş birliğindedir. Açıkça emredici olmayan, yorum yoluyla bu nitelikte görülebilecek hükümlerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda ise farklı düşünceler mevcuttur¹³⁸. Hukuka aykırılık halleri aşağıda irdelenecektir:

5.2.1. Kanunun emredici hükümlerine aykırılık

Emredici hükümler¹³⁹, taraf iradeleriyle bertaraf edilmesi mümkün olmayan, mutlak surette uygulanması gereken kurallardır¹⁴⁰. Sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak, tarafların emredici hükümlere ters düşebilecek içerik belirlemeleri durumunda, baskın görüş emredici hükümlere aykırılık nedeniyle sözleşmenin kısmen veya tamamen kesin hükümsüz olması gerektiği yönündedir¹⁴¹. Azınlıkta kalan görüş geçersizlik yaptırımını yerine emredici hükümlerin uygulama alanı bulması yönündedir¹⁴².

Kanundaki bir hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı özellikle yorum işidir¹⁴³. Bazen bir kanun hükmünün emredici nitelikte olduğu onun (aksi kararlaştırılmaz gibi) açık ifadesinden anlaşılabilir. Kanunun ifadesinden anlaşılmadığı durumlarda

¹³⁸Bu konuda kamu düzeni kavramının niteliğine ilişkin olmak üzere bkz. Hatemi ve Gökyayla (2021), **a.g.k.**, s. 81; aksi görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 534 vd.; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 184 vd.

¹³⁹Kanunun emredici hükümleri dışında, tarafların yaptıkları bir sözleşmede kararlaştırmadıkları bir hususu tamamlamak için başvurdukları “tamamlayıcı” yedek hükümler, sözleşmede kullandıkları ancak ne anlama geldiklerini açıklamadıkları hususu açıklayan “yorumlayıcı” yedek hükümler ile tamamlayıcı ve yorumlayıcı nitelik taşımadığı halde taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece uygulanabilen “yedek hükümler” de mevcuttur (K. Oğuzman ve N. Barlas (2021). *Medeni hukuk*. (27. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 84. Bunlar emredici hükümlerin aksine tarafların her zaman değiştirebilir, aksini kararlaştırabildikleri hükümler olup, bu hükümlere aykırı bir durumun varlığı hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla bu hükümlere aykırılıkta kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımının uygulanmayacaktır. Bu tür hükümler sözleşmenin içeriğine dâhil edilen unsurlar olarak borca aykırılık (TBK m. 112 vd / mülga BK m. 96 vd) düzenlemelerine tabi ve tazminat borcunun doğumuna neden olabilecektir.

¹⁴⁰F. E. Kaşak (2021). *Sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak kanunun emredici hükümlerine aykırılık*. (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 256-257; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 367; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 534; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 86; H. Hatemi. (2021a). *Medeni hukuka giriş*. (Gözden geçirilmiş 10. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 59; M. Dural ve S. Sarı. (2021). *Türk özel hukuku-Cilt I-Temel kavramlar ve Medeni Kanununun başlangıç hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 132; A. Kılıçoğlu (2021a). *Medeni hukuk* (4. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 81; A. Zevkliler ve M. B. Acabey. (2021). *Zevkliler-Medeni hukuk I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 31; G. Antalya ve M. Topuz (2021). *Medeni hukuk Cilt I-Giriş-Temel kavramlar-Başlangıç hükümleri- Marmara Hukuk yorumu*. (Genişletilmiş 4. Baskı). Ankara: Seçkin, s. 375; M. İkizler ve Ö. Tüzüner (2021). *Medeni hukuk I-Başlangıç hükümleri-Kişiler hukuku*. Ankara; Adalet Yayınevi, s. 105. Kanunun ilgililere söz hakkı tanımadığı buyurucu hükümler ifadesiyle H. Belen ve M. Köksal. (2020). *(Medeni) hukukun temel kavramları-Şema kitap*. İstanbul: Beta, s. 24.

¹⁴¹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 535; Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 208.

¹⁴²Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 388; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 251.

¹⁴³Koller, 2017, **a.g.k.**, s. 223.

hükümün konuluş amacının dikkate alınması gerekir. Bu tür hükümler özellikle toplumsal menfaati, toplumun ahlâkî esaslarını ve taraf(lar)ı korumak amacıyla getirilmiştir. Emredici hüküm sadece taraflardan birinin korunmasını amaçlıyor ve o taraf aleyhine değiştirilmesi mümkün değilse “tek taraflı/nisbî emredici hüküm”, her iki tarafın korunmasını amaçlıyorsa “iki taraflı/mutlak” emredici hüküm olarak adlandırılmaktadır¹⁴⁴.

5.2.2. Kanunî yasaklara aykırılık

Emredici hükümler dışında kanunun bir konuyu belirli düşüncelerle yasaklaması da mümkündür¹⁴⁵. Burada, sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak kurulan bir işlemin yine kanun tarafından içerik, elde edilmek istenen sonuç veya işlemin yapıldığı andaki şartlar nedeniyle yasaklanması söz konusudur¹⁴⁶. Emredici hükümlerle aralarında kesin bir ayırımın yapılmaması nedeniyle yasaklayıcı hükümler, emredici hüküm kavramı içinde değerlendirilmektedir. Emredici hükümler de geniş ve dar anlamıyla emredici hükümler olarak ele alındığında, yasakların *geniş* anlamıyla emredici hükümler arasında değerlendirildiği kabul edilir¹⁴⁷.

¹⁴⁴Koller, 2017, **a.g.k.**, s. 223; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 245; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 536; M. A. Gümüş (2021). *Borçlar hukukunun genel hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 216. Tek taraflı emredici hükümlere örnek olarak işçiyi koruyan hükümler verilebilir. İki taraflı emredici hükümlere örnek olarak ise zamanaşımı süresinin değiştirilemeyeceğine ilişkin TBK m. 148 (mülga BK m. 127) verilebilir. Çünkü zamanaşımı süresinin uzatılmasına ilişkin yasak borçlunun korunmasını sağlarken, sürenin kısaltılmasına ilişkin yasak alacaklıyı korumaktadır.

¹⁴⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 537.

¹⁴⁶Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 537.

¹⁴⁷Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 537. Bu tür bir ayırımın mevcut olduğunu Kramer de “die zwingende Verbotsnorm” yani “emredici yasaklayıcı hüküm” ifadesi ile ortaya koymakta ve bunu lex minus quam perfecta=sınırlı ölçüde tam olmayan yasaklayıcı hüküm olarak değerlendirip, bu durumda uygulanacak yaptırımın bir ceza veya tazminat şeklinde olacağını belirtmektedir. [1991, **a.g.k.**, s. 62]. Yazar İsviçre Hukukunda yasaklayıcı hükmün varlığı durumunda işlemin mutlak kesin hükümsüzlükle geçersiz olmayacağını, hükmün anlam ve amaç açısından bu tür bir yaptırıma tabi tutulup tutulmayacağını belirlemek gerektiğini belirtir, (1991, **a.g.k.**, s. 147). Kocayusufpaşaoğlu da yasaklayıcı hükümleri Roma Hukukundan gelen bir ayırımla üç kısım halinde inceleyip, lex perfecta (tam kanunlar)da işlemin mutlak surette geçersiz olacağını; lex minus quam perfecta (sınırlı ölçüde tam olmayan kanun)da yasak hükme aykırı işlemin geçerli olup, ceza yaptırımının söz konusu olacağını; günümüz hukukunda örneği bulunmayan lex imperfectae (tam olmayan kanun)da herhangi bir yaptırımın öngörülmediğini ortaya koyar. Yazar yasaklayıcı kanun hükmünün sözleşmenin içeriğine ilişkin olması durumunda hükmün anlam ve amacından başka bir yaptırımın uygulanacağı belirlenmediği sürece mülga BK m. 20/2 (TBK m. 27) gereği kesin hükümsüzlüğü, sözleşmenin içeriği ile ilgili olmayan yasaklayıcı hükümlerde ise bu yaptırımın uygulanamayacağını savunur (Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 538-539). Gümüş yasaklayıcı hükümlerin sözleşme özgürlüğünü sınırlamak gibi bir amacının olmadığını, belirli bir davranış biçiminin önüne geçmeyi hedeflediğini, yasağı öngören hükmün anlam ve amacına göre yaptırımın belirleneceğini, bu noktada kesin hükümsüzlüğün en son başvuru olan yaptırım olduğunu ifade etmektedir (2020, **a.g.k.**, s. 217).

5.2.3. Kamu düzenine aykırılık

Hukukun diğer dalları açısından farklı anlamlar taşıyan kamu düzeni kavramına kişi menfaatini esas tutan Medeni Hukukta, alana özgü bir anlam yüklemek kaçınılmazdır. Sözlükte, “bütün toplumu ilgilendiren düzen”¹⁴⁸ olarak açıklanan kavramın içeriğini Medeni Hukuk açısından belirlemek de zorluk arz etmektedir¹⁴⁹. Aslında kamu toplumu, düzen ise devlet içinde var olan hukuk düzenini ifade eder¹⁵⁰. Ancak kamu düzeni zaman ve yere bağlı olarak değişebilmektedir. Toplumda bir dönem kamu düzenini koruduğu kabul edilen kuralların, önce ya da sonralarda bu niteliği artık taşımadığından bahsetmek mümkündür¹⁵¹.

Kamu düzeninin genel amacının temel toplumsal ihtiyaçları görmek, menfaatleri korumak olduğu ifade edilse de, farklı uygulama alanlarında farklı içerik ve kapsamda ele alındığı görülmektedir, bu nedenle kavramı tanımlamak da pek kolay değildir¹⁵². Özel hukuk alanında kamu düzenini kavramını devletin veya toplumun menfaatini koruyan kurallar olarak tanımlamak mümkünse de, içeriğin ne şekilde belirleneceği de önem arz etmektedir, bu noktada etik değerlere atıf yapılacağı da kabul edilmektedir¹⁵³.

Kamu düzeni, Medeni Hukukta da sınırları tam olarak çizilemeyen tartışmalı bir kavramdır. Kavramı emredici hukuk kurallarına aykırılık başlığında değerlendiren bir görüş emredici nitelik için hükümlerin kamu düzenine hizmet edip etmediğine de bakmak gerektiğini belirtir¹⁵⁴. Bu görüşte kavram, hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı noktasında yorum yardımcısı (Interpretationshilfe) olarak ele alınmaktadır¹⁵⁵. Bu

¹⁴⁸Bkz.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4fa169e5450530.25870923

¹⁴⁹K. Atasoy (2020), *Sözleşme özgürlüğünün kamu düzenine aykırılık sınırı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 24.

¹⁵⁰Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 185.

¹⁵¹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 546; Atasoy, 2020, **a.g.k.**, s. 26.

¹⁵²Atasoy, 2020, **a.g.k.**, s. 27.

¹⁵³Atasoy, 2020, **a.g.k.**, s. 33-34, dn. 115'teki yazarlar.

¹⁵⁴Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 39; Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, s. 81; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 88; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 375; A. Furrer, M. Muller-Chen ve B. Çetiner (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 172; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 250; von Tuhr, Andreas und Peter, Hans (1984). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. (3. Auflage). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, s. 250. Etik değerleri ölçüt olarak ele alan Serozan kişilik hakkı, ahlâk ve kamu düzeni kavramlarını parametresi hukuk etiği olan eş anlamlı, aralarındaki silik sınır nedeniyle birbirini kesişen ve birbirini tamamlayan kavramlar olduğunu dile getirmektedir. Bu nedenle kişilik hakkına aykırı hukuki işlemin kamu düzenine, kamu düzenine aykırı olanın ahlâka aykırı olacağını da ifade etmektedir (Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 370).

¹⁵⁵Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 70, N. 152'de adı geçen yazarlar; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 221.

görüştteki yazarların bir kısmı kamu düzenine aykırılığı tek başına sözleşme içeriğinin sınırı olarak görmezler¹⁵⁶.

Bir başka görüş ise üst başlık olarak ahlâk kurallarını alıp, kamu düzeni ve kişilik hakkını alt başlıklar olarak kabul eder¹⁵⁷. Bu görüşü savunanlardan bir kısmı, burada da kamu hukukunun emredici yasaklayıcı kurallarından başka bir şey bulunmadığını kabul eder.

Bir başka görüş, kamu düzeninin sözleşme özgürlüğünün başlı başına bir kontrolü niteliği taşıdığını kabul eder ve kanun tarafından açıkça düzenlenmemiş hatta yeteri kadar somutlaştırılmamış olsa da, kavramın, hukuk düzeni içeriğindeki değer yargıları öncülüğünde ele alınması gerektiğini savunur¹⁵⁸. Bu görüş kavramın kamu politikası ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, bir sözleşmenin kanunun pozitif bir emredici düzenlemeye aykırı olmaksızın, sadece hukuk düzeninde yer alan değerlere aykırı olmasını hukuka aykırı kabul eder¹⁵⁹. Türk Hukuku açısından mülga BK m. 19/2'nin ne şekilde anlaşılması gerektiği yönündeki tartışmada da bu durum ele alınmaktadır. Hükmün kaynak İBK'ye konulma nedeninin sözleşme özgürlüğünün sınırlarının yorumlanması olduğu belirtilmekte, çoğunluk tarafından Türk Hukuku açısından maddede yer alan her bir unsurun sözleşme özgürlüğünü sınırladığı kabul edilmektedir¹⁶⁰. Görüşe göre, kanun koyucunun metinde iki kavramdan ayrı ayrı bahsetmesi de bu durumun kabulü anlamını taşır¹⁶¹. Bu nedenle kamu düzenine aykırılık her türlü yazılı düzenlemeden bağımsız bir geçersizlik sebebi olarak kabul edilmeli, kamu düzenini korumak amacıyla konmuş bir hükme aykırılık halinde, kamu düzeni yerine emredici hükme aykırılığa da hükmedilmelidir¹⁶².

¹⁵⁶Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 110-111, Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 49. Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 221.

¹⁵⁷Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 71, N. 153'teki yazarlar.

¹⁵⁸Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 71, N. 155'de adı geçen yazar; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 184, dp.234'deki yazar; Anayasada tanınan temel hak ve özgürlükler ile bu haklara özgü nesnel, toplumsal değerlerin dikkate alınması görüşü için bkz. Atasoy, 2020, **a.g.k.**, s. 146 ve Furrer, Muller-Chen ve Çetiner, 2021, **a.g.k.**, s. 173.

¹⁵⁹Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 184, dp. 234'deki yazar.

¹⁶⁰Bkz Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 529 vd; Atasoy, 2020, **a.g.k.**, s. 145.

¹⁶¹Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 548; Atasoy, 2020, **a.g.k.**, s. 145.

¹⁶²Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 548; daha kapsamlı, üst başlıkta hukuka aykırılığın bulunduğu görüşü için bkz. Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 60.

Kamu düzeni kavramının iinin nasıl doldurulması gerektiği konusu da tartiřmalıdır¹⁶³. Bir görüş, ceza, idare gibi kamu hukuku hükümlerini barındıran hukuk dallarının bulunduğunu ve bu kanunlarda kamu düzenini koruyucu hükümlerin yer aldığını kabul eder¹⁶⁴. Bir başka görüş, kamu düzenini korumak amacıyla çıkarılmış özel hukuk hükümlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtir¹⁶⁵. Türk hukukunda özellikle ikinci grüşn kabul gördüğü söylenebilir. Anılan görüşler doğrultusunda da kamu düzeni kavramını “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını korumaya yönelik kurallar bütünü” olarak tanımlamak mmkndr¹⁶⁶. Kanaatimizce tanım, kavramın sadece kanundaki hükümlerle sınırlandırılmasına imkân vermemesi itibariyle kamu düzeninin esnek ve değerşken yapısını vurgular niteliktedir.

¹⁶³Kamu düzeni kavramı son yıllarda, ekonomik kamu düzeni kavramını da içine alacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Çünkü devletin öngördüğü düzende ekonomik yapı bulunur. Fransız doktrini tarafından ortaya atılan ekonomik kamu düzeni kavramı, Türk Hukuku açısından kişiliğin korunması bağlamında ele alınmalı, ekonomik açıdan zayıfları, güçlüye karşı koruma amacını güden kurallar olarak değerlendirmelidir (Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 54, dp. 23). Serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu liberal düzende ekonomik kamu düzeninden bahsedilir ve bunu sağlamak için devlete birtakım yetkiler verilir. Bu bağlamda 1982 Anayasası m. 167’ de “Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler” hükmüyle devlete ekonomik kamu düzenini sağlamak için müdahalede bulunma yetkisinin açık bir şekilde tanındığı kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Akıncı. (2001). Ekonomik kamu düzeni ve rekabet kurumu. *Rekabet Dergisi*. 2(1), s. 3 vd. Ekonomik kamu düzeninin işlerliğini sağlamak üzere özellikle Rekabet hukuku açısından sözleşmelere birtakım sınırlamalar getirildiği de görülmektedir.

Ekonomik kamu düzeni kavramının kamu düzeni içinde değerlendirilmeyeceği, bağımsız bir kavram olduğu görüşü için bkz. A. Ulusoy (2008). Hukuk ve ekonomi ilişkisine ideolojik yaklaşımlar ve ekonomik kamu düzeni kavramı. *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*. 4, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 26. Yazar kamu düzeninin İdare Hukukunun en önemli kavramlarından biri olduğunu ve bunun genel güvenlik, huzur ile toplum sağlığının korunmasını ifade ettiğini belirtir (**a.g.k.**, s. 26). Görüş kavramı, devletin sunduğu kamu hizmeti bağlamında İdare Hukuku açısından değerlendirerek, Medeni Hukuktaki zayıfın korunması düşüncesinden beslenen kamu düzeni kavramından farklı bir bakış sergiler.

Özel hukuktaki ekonomik kamu düzenini de ele alan Atasoy, klasik kamu düzeninden şu yönleriyle ayrıldığını belirtmektedir: Ekonomik yapının örgütlenmesinde devlet neyin yapılmamasını değer, yapılması gerektiğini düzenler, dolayısıyla pozitif ve düzenleyici bir nitelik taşır. Ekonomik ilişkileri düzenleme görevinde dar bir çerçeveden hareket eder. Bu yönüyle, hukuki bir işlemin kamu düzenine aykırı olması halinde, bir kısmının geçersiz olması mümkündür. Bkz. Atasoy, 2020, **a.g.k.**, s. 38-39.

¹⁶⁴Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 123.

¹⁶⁵Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 376; Furrer, Muller-Chen ve etiner, 2021, **a.g.k.**, s. 173; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 545. Kocayusufpaşaoğlu ayrıca herhangi bir kanun hükmü olmaksızın dahi kamu düzeninin ihlal edileceğini belirtir (**a.g.k.**, s. 548). Oysa Hatemi (ve Gökyayla) kanunda düzenlenmemiş, yazılı kural haline getirilmemiş bir kamu düzeninden bahsedilemeyeceği görüşündedir. Bkz. Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 39 vd; Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, s. 81.

¹⁶⁶Kocayusufpařaođlu, 2017, **a.g.k.**, s. 546; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 376; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 402.

5.2.4. Kişilik hakkına aykırılık

Kişilik hakkı kısaca kişiliği oluşturan değerlerin bütünü üzerindeki hak olarak tanımlanabilir¹⁶⁷. Bu hak hem kişinin sırf insan olmasından kaynaklanır hem toplumda varlık göstermesinin bir sonucudur. Özellikle kişinin mesleki ve ekonomik değerler üzerindeki hakları toplum içinde varlık göstermesinin zorunlu bir sonucudur. Kişilik hakkının varoluşla ve varoluşsal öze de ilgisi vardır. Toplum içinde varlık gösteren kişi bu varlığını bir takım kişilik değerleriyle ortaya koyabilir.

Kişilik hakkı, kişinin maddi (fiziksel), ruhsal, sosyal, hatta ekonomik varlıklarını konu almaktadır. Öğretide de bu doğrultuda çeşitli ayrımlar yapıldığı görülmektedir¹⁶⁸. Bu ayrımlar doğrultusunda her geçen gün hakkın kapsamının genişlediği de görülür. Özellikle teknolojik gelişmeler ve bu gelişmelerin beraberinde getirdiği sorunlar kapsamı genişletmektedir. Bu nedenle bu hakları tüketici ve sınırlayıcı olarak kabul etmek mümkün değildir¹⁶⁹. Özetle kişilik hakkı “çerçeve hak” niteliğindedir¹⁷⁰.

Kişilik hakkına ilişkin hükümler emredici nitelik taşırlar. Bu hükümlere aykırılık halinde de öncelikle emredici hükümlere aykırılığın değerlendirilmesi gerekmektedir. Kişilik hakkının emredici niteliğinin kabulüyle birlikte, ihlalinin ahlâka aykırılık olarak ortaya çıkması da mümkündür. Dolayısıyla TBK m. 27’deki ayrımların çok isabetli olmadığı görülmektedir. Kanunda sadece emredici hükümlere, ahlâka ve kamu düzenine aykırılık şeklinde üçlü bir tasnif yapılması, imkânsızlığı da yer vermesi kanaatimizce yeterli görülmeliydi.

5.3. Ahlâka Aykırılık

Emredici nitelikteki hükümlerin eksiksiz olarak belirlenemeyeceği gerçeği, ahlâka aykırılığı ayrı olarak ele alma ve yaptırıma bağlama sonucuna götürmüştür¹⁷¹. Kanun koyucunun sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak ele aldığı ahlâk kavramının içeriğini

¹⁶⁷Bizim de benimsediğimiz bu tanım kişilik hakkının kapsamını belirlemeye yönelik, hakkın genel veya özel nitelikte bir hak olup olmadığı yönündeki tartışmanın bir boyutunu oluşturur. Bu tartışma için bkz. II. Bölüm 3.1.2.2

¹⁶⁸Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 446 vd.

¹⁶⁹Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 446.

¹⁷⁰Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 446-447.

¹⁷¹Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016,, **a.g.k.**, s. 223.

belirlemek pek kolay değildir¹⁷². Bu noktada *korunması gereken sosyal değerler, üstün etik kuralları, benzer amaç taşıyan genel prensipler* hâkime yol gösterecek ve bunlardan emredici hükümler gibi yararlanacaktır¹⁷³. Ahlâka aykırılığın uygulama alanının belirlenmesinde takdir yetkisine sahip olan hâkim TMK m. 1/2’de tanınan hukuk yaratma yetkisini geniş biçimde kullanacak, böylece kanun hükümleri dışında normatif bir düzenin oluşmasına da katkıda bulunmuş olacaktır¹⁷⁴.

Ahlâk kavramı TMK m. 23/2 ve TBK m. 27’de de açıkça düzenlenmiştir. Ancak sadece hukukî işlemler alanında karşımıza çıkmaz. Borç kaynaklarından haksız fiillerde, sebepsiz zenginleşmede de bu önemlidir. Ahlâka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bir kişinin de zararı tazmin yükümlülüğü bulunduğu (TBK m. 49/2)¹⁷⁵, ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin sebepsiz zenginleşmeye konu olamayacağı, dolayısıyla geri istenemeyeceği (TBK m. 81)¹⁷⁶ düzenlemeleri somut örneklerdendir. Kavram bunlar haricinde de, Medeni Kanunun birçok hükmünde geçer (Bkz. TMK m. 47/2, m. 56/2).

Ahlâka aykırılık kavramı kendisine farklı kanun hükümlerinde yer bulsa da kavramın farklı anlamlarda kullanıldığı görülür. Örneğin haksız fiillerdeki ahlâka aykırılık, hukukî işlemlerdeki ahlâka aykırılıktan farklıdır. Örneğin mehaz İBK m.19 ve m. 49’da ‘gute Sitten’ olarak ifade edilen ahlâk kavramının ‘gelenek görenek’ (Sitte) olarak mı yoksa ‘ahlâkılık’ (Sittlichkeit) olarak mı anlaşılması gerektiği tartışmalıdır¹⁷⁷.

¹⁷²Ahlâk kavramı manevi ve vicdani yükümlülükleri barındırır. Bu yükümlülükler kişinin kendi iç dünyasına yönelik olursa sübjektif ahlâk anlayışından bahsedilir. Oysa hukuk düzeninde amaçlanan o toplumda yaşayan bütüne özgü bir anlayışın belirlenmesi, bireye atfedilecek sübjektif değerlendirmeden, sübjektif ahlak anlayışından kaçınılmasıdır. Bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 82-83.

¹⁷³Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 223.

¹⁷⁴Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 223.

¹⁷⁵Haksız fiillerde ahlâka aykırı bir fiilin zarara yol açması için fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunması aranmaz. Dolayısıyla TBK m. 49/2’ye eklenen ‘zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile’ ifadesi ahlâk kurallarının emredici hükümler dışında da kendisine yer bulabileceğini ortaya koyar. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 686.

¹⁷⁶Sebepsiz zenginleşmede ahlâka aykırı bir amaçla verilen şey geri istenememekle birlikte, bu konuda bir dava açılması halinde, davanın reddine karar veren hâkim, dava konusu şeyin davalıda alıkonulmasını uygun görmezse, bunun Devlete mal edilmesine de karar verebilecektir. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1022.

¹⁷⁷Ateş’in genel ahlâka aykırılık olarak ifade ettiği ahlâka aykırılık kurallarına ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanununda terim birliğinin olmadığı, bazı maddelerde ‘gute Sitten’ bazılarında ise ‘unsittlich’ terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Terim farklılığının kanunların Fransızca metinlerinde de mevcut olduğu belirtilmektedir (Bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s.18 vd). Alman Hukukunda ise ‘gute Sitten’ ve ‘die Sittlichkeit’ terimlerinin kullanıldığını belirtip, iki kavram arasındaki farkı dilbilimi açısından ele alan Ateş, Alman dili üzerinde Roma hukukunun etkisini ve Roma hukukunda örf, adet ve ahlâk kavramları arasındaki sınırların net biçimde çizilememesinin etkisinin olduğunu ifade etmektedir (2007a, **a.g.k.** s. 18-19, dn 50).

Ahlâk kuralları kişilerin bireysel ahlâk anlayışlarından, algılarından bağımsız biçimde toplumun, bütünü ahlâk anlayışını esas alır ve almalıdır da¹⁷⁸. Bütünü ahlâk anlayışı bireylerin ahlâk anlayışıyla birlikte değerlendirilecektir. Bu nedenle toplumdaki bütün bireyleri kapsayacak ve bağlayacak nitelikte olmalıdır¹⁷⁹. Bu da bizi ‘genel ahlâk’ kavramına götürür. Kavramın somutlaştırılmasında kullanılan ölçütün ise, belirli bir yerde ve zamanda o toplumda yaşayan dürüst ve makul görünen kişilerin ortak görüşü olduğu belirtilmektedir¹⁸⁰.

5.4. Başlangıçtaki İmkânsızlık

Türk Borçlar Kanunu m. 27 “...konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür” ifadesi ile imkânsızlığın da sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturduğunu belirtir¹⁸¹. Ancak buradaki imkânsızlık sözleşmenin kuruluşu sırasındaki, başlangıçtaki imkânsızlıktır. Sözleşmeyi kesin hükümsüz kılan edimin objektif imkânsızlığıdır¹⁸², edimin borçlu için imkânsız olduğu subjektif imkansızlıkta ise sorumluluk doğar¹⁸³. Sözleşmenin kurulmasından sonra ifadan önce (sonraki imkânsızlıktır adı), borçlunun sorumluluğunda olmayan herhangi bir nedenle sözleşme konusunun yok olması, telef olması borcu sona erdiren sebeplerdendir (TBK m. 136)¹⁸⁴.

¹⁷⁸Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 95.

¹⁷⁹Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 223.

¹⁸⁰Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 24.

¹⁸¹Bu düzenleme butlanı düzenleyen mülga BK m. 20/1’deki “Bir akdin mevzuu gayri mümkün...olursa o akit batıldır” ifadesi ile örtüşmektedir.

¹⁸²Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 345.

¹⁸³Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 345-346.

¹⁸⁴Hürlimann imkânsızlığı üç başlık altında değerlendirir. İlki kararlaştırılan edimin imkânsız olması, ikincisi edimin ifasının ifa modalitelerine uygun olmaması nedeniyle imkânsız olması ve üçüncüsü de tarafların amaçlarına ulaşmanın imkânsız olmasıdır. Yazar edimin asli ve yan edimleri de kapsar şekilde imkânsız olması veya istenilen nicelik ve nitelikte yerine getirilmesinin imkânsız olmasını İMK m. 20 (TBK m. 27) kapsamına alırken, diğer halleri bu kapsama dâhil etmez. (R. Hürlimann (1984). *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*. Schweiz: Universitätsverlag Freiburg, s. 22-23). Öğretide başlangıçtaki imkânsızlık konuda (edimde, karakteristik edimde) imkânsızlık, sonraki imkânsızlık da ifa imkânsızlığı olarak adlandırılmaktadır. [Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 345-346; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, 92 vd.]

Türk ve İsviçre Hukuku açısından geçerli olan başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı Alman Hukukunda 2002 yılında yapılan değişikliklerle artık kaldırılmıştır. Alman Hukukunda (BGB § 275) gerek başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık gerekse subjektif-objektif imkânsızlık ayrımı artık kalmadığı gibi, başlangıçtaki imkânsızlık (BGB mülga § 306) kesin hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkartılarak, sözleşmenin bu haliyle dahi geçerli olduğu kabul edilmiştir. İmkânsızlık konusundaki bu köklü değişikliklerde imkânsızlığın hukuki sonuçları da düzenlenmiştir. Özellikle Türk ve İsviçre Hukukunda hükme bağlanmayan başlangıçtaki imkânsızlığa borçlunun kusuru ile neden olması halinde alacaklının bu sebeple uğramış olduğu zararlarının tazmini hususu Alman Hukukunda (BGB § 311a) hükme bağlanmış,

İmkânsızlık borçlunun sorumluluğunda ise borçlunun meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkar (TBK m.112)¹⁸⁵. Bu olasılıkta borç sona ermez, borcun konusu değişir, ifa yükümlülüğünün yerini tazminat yükümlülüğü alır¹⁸⁶.

Başlangıçtaki imkânsızlığın objektif nitelik taşıması önem arz eder¹⁸⁷. Buna göre edim, borçlu dâhil hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte olmalıdır¹⁸⁸. Bir başka ifadeyle imkânsızlık mutlak olmalıdır¹⁸⁹. Aksi takdirde imkânsızlık kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulamaz. Eğer edimin borçlu dışındaki kişiler tarafından ifası mümkünse, imkânsızlığın sübjektif nitelik taşıdığından bahsetmek gerekecektir ki aslında bu durumda imkânsızlık yoktur¹⁹⁰. Sübjektif imkânsızlık yerine borçlunun güçsüzlüğü ifadesini kullanmak daha yerindedir¹⁹¹. Objektif imkânsızlıktan farklı olarak burada borç doğmaktadır, ancak borçlu borcu ifa etmemeden dolayı sorumlu kılınmamaktadır¹⁹².

Borçlunun güçsüzlüğü de ekonomik (maddi) veya kişisel güçsüzlük olarak karşımıza çıkabilir¹⁹³. Borçlunun beceri, yetenek ve sahip olduğu özellikleri itibariyle edimi yerine getiremediği kişisel güçsüzlükte dahi borçlu dışında birinin edimi yerine

borçlunun ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğünün bulunduğu ayrıca kabul edilmiştir. Bkz. JauernigKo-Stadler (*Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (2004), München: Verlag C. H. Beck, § 311a N. 5 ; H. P. Westermann/P. Bydlinski/R. Weber (2003). *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, s. 101-102 ; M. S. Ergüne (2004). Reform sonrası Alman Medeni Kanununda imkânsızlık halleri ve sonuçları. *ÜHFM*, C: LXII, S. 1-2, İstanbul, s. 357 vd. Alman Hukukunda imkânsızlığa ilişkin bir diğer yenilik imkânsızlığın fiili ve şahsi imkânsızlık olarak ele alınması, borçlunun kendiliğinden ifa yükümlülüğünden kurtulmaması, ancak davada itiraz ederse bu imkana sahip olmasıdır. [BGB § 275/2-3). Westermann/Bydlinski/Weber (2003), s. 102].

¹⁸⁵M. Dural (1976). Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 1 ve 7. Sonraki imkânsızlıkta borçlunun kusuru bulunsun veya bulunmasın borç ilişkisi değil, dar anlamda borcu (karakteristik edimi ifa borcu) sona erecektir.

¹⁸⁶Dural, 1976, **a.g.k.**, s. 2.

¹⁸⁷Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 382.; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 93; Bucher (1988), **a.g.k.**, s. 248; Kramer (1991), **a.g.k.**, s. 118, N. 250; Hürlimann (1984), **a.g.k.**, s. 24.

¹⁸⁸Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 382; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 95; Bucher (1988), **a.g.k.**, s. 248; Kramer (1991), **a.g.k.**, s. 118, N. 250.

¹⁸⁹Kramer (1991), **a.g.k.**, s. 118, N. 250.

¹⁹⁰R. Serozan, B. Baysal ve K. C. Sanlı (2022). *Serozan borçlar hukuku genel bölüm -ifa, ifa engelleri, haksız zenginleşme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 230.

¹⁹¹Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 382; Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 227. Ancak sonraki imkânsızlıkta edimin objektif veya sübjektif karakter taşıması arasında bir fark mevcut değildir. Her iki halde de aynı hükümler uygulanacaktır.

¹⁹²Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 94.

¹⁹³Ekonomik güçsüzlük, borçlunun sözleşme kurulduğu anda veya sonrasında ifayı gerçekleştirmeye parasal imkânlarının yeterli olmaması şeklinde ifade edilebilecektir. Kişisel güçsüzlükte ise borçlu, yetenek ve çeşitli özellikleri itibariyle borcunu ifa edecek durumda değildir (Eren (2006), s. 296). Bu güçsüzlüğün manevi nitelik taşıması da mümkündür. Doktorun tedavi öncesi eşinin öldüğü haberini alıp, tedaviyi gerçekleştirememesinde olduğu gibi (Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s.230). Yazarlar ekonomik ve manevi güçsüzlük durumunda sübjektif imkânsızlıktan ziyade işlem temelinin çökmesine başvurarak, (değişen koşullara uyarılma gibi) esnek çözümlerle sonuca gitmenin daha doğru olacağı görüşündedir.

getirmesinin mümkün olmayacağı anlaşılıyorsa bunun bir objektif imkânsızlık hali olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁹⁴.

Borcun konusu sözleşmenin kurulması esnasında imkânsız olup, taraflar ifa zamanında imkânsızlığın ortadan kalkacağı düşüncesiyle sözleşmeyi kurdukları takdirde borç ilişkisi geçerli şekilde kurulur¹⁹⁵. Ancak sözleşme yapılırken imkânsız olan edimin sonradan salt *şartlar değişti* diye ifa edilebilir hale gelmesi halinde sözleşmenin geçerliliğinden bahsedilemez¹⁹⁶. Şarta veya süreye bağlı edimlerde ise şartın gerçekleştiği ve sürenin dolduğu an itibarıyla ifa mümkün ise yine imkânsızlıktan söz edilemeyecektir¹⁹⁷. Dolayısıyla başlangıçtaki imkânsızlık devamlı, kalıcı nitelik taşırsa kesin hükümsüzlük yaptırımını asıldır. İmkânsızlığın geçici nitelik taşıması durumunda sözleşmede temerrüt hükümleri de uygulanabilecektir.

İmkânsızlığın objektif nitelik taşıdığı durumda imkânsızlığın beklenmedik bir şekilde ortadan kalkması sözleşmenin yeniden hüküm ifade etmesini sağlamaz¹⁹⁸. Ancak taraflar imkânsızlığı ortadan kalkma olasılığını göz önünde bulundurarak, sözleşmenin ifasını (örneğin şarta veya vadeye bağlama gibi) ertelerlerse, ifa gününde imkânsızlığın kalkmasıyla sözleşme geçerlilik arz eder¹⁹⁹.

Sözleşmenin kurulması esnasındaki imkânsızlığın maddi-fiili veya hukuki bir imkânsızlık olması mümkündür²⁰⁰. Bir ressama ait bir tablonun sözleşme kurulmadan önce yanmış olması maddi-fiili bir imkânsızlıktır; bir kamu malının satımı hukuki bir

¹⁹⁴Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 381. Belirli bir ressama kendi portresini yaptırmak isteyen alacaklı açısından, resmin yapılması kadar, resmin o ressam tarafından yapılması da önem arz ettiği takdirde, kişiye bağlı edim söz konusu olacaktır ki, bu durumda aslolan objektif imkânsızlıktır (Dural, 1976, **a.g.k.**, s. 88).

¹⁹⁵Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 93; Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 233; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 25. Bucher, sözleşmenin kurulması esnasında imkânsızlığın ifa zamanında ortadan kalkacağını bilmeyen tarafların, ifa zamanında imkânsızlığın ortadan kalkacağını öğrenmeleri halinde sözleşmenin yine geçerli olacağını kabul eder (1988, **a.g.k.**, s. 249).

¹⁹⁶Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 382; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 93.

¹⁹⁷Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 232.

¹⁹⁸Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 233.

¹⁹⁹Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 233.

²⁰⁰İmkânsızlık, mantık kurallarına göre bir edimin yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır. Mantıki imkânsızlıkta, imkânsızlık ya tabiat kanunlarından doğar ya da fiili olarak gerçekleşir. Bu başlık içinde de değerlendirilen hukuki imkânsızlıkta ise edimin yerine getirilmesine hukuk normu engel olmaktadır. Bu dar anlamıyla hukuki imkânsızlıktır. Geniş anlamıyla hukuki imkânsızlıkta -öğretide de özellikle hukuki imkânsızlık kavramı bu şekilde yorumlanmaktadır- bir başka tür olan ekonomik (iktisadi) imkânsızlığın varlığı kabul edilmektedir. Buna göre borçlunun edimi yerine getirmesi mümkün olmasına karşın, karşılaşılan önemli güçlükler dolayısıyla borçludan borç ilişkisi ile bağlı kalmasını beklemek dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Kavramı bu denli geniş yorumlamak yerine ekonomik imkânsızlığı "işlem temelini çökmesi / aşırı ifa güçlüğü" başlığında ele almak sonuçları açısından bizce de daha uygun olacaktır. Bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s.231 vd.

imkânsızlık olarak kabul edilebilir²⁰¹. Keza klasik örneklerden ithalatı yasak bir malın tesliminin ancak yasağın delinerek gerçekleştirilmesinde hukuki bir imkânsızlık vardır²⁰².

Başlangıçtaki imkânsızlık sözleşme konusunun bir kısmına da ilişkin olabilir. Bu durumda imkânsız kısım kesin hükümsüz, kalan kısım açısından sözleşme hüküm doğurabilecektir. Ancak kısmî imkânsızlık sözleşmenin tamamına sirayet ederek, sözleşmenin bütün olarak kesin hükümsüzlüğüne neden olabilir (TBK m. 27/2). Özellikle alacaklının kısmî ifayı kabulde menfaatinin bulunmadığı durumlar böyledir. Sözleşmenin bir kısmına ilişkin imkânsızlık çerçevesinde ortaya çıkabilecek diğer bir sorun, sözleşmenin geri kalanının ne olacağıdır. Sözleşmeyi mümkün mertebe ayakta tutmayı yeğlediğimiz takdirde geri kalan kısım ile imkânsızlık nedeniyle hükümsüz kılınan kısım arasında bir iç bağlantı bulunduğu kabul edilirse, taraf veya tarafların mevcut veya varsayımsal iradesi bu yönde ise sözleşmeyi geçerli kabul etmek mümkün görünmemektedir²⁰³. Ancak iki kısım arasında bir iç bağlantının varlığının reddi halinde sözleşmeyi geri kalan kısmıyla ayakta tutmak gerekecektir.

Başlangıçtaki imkânsızlığın borçlunun *kusuru* sonucu ortaya çıkması halinde meydana gelen zararın tazmini çözüme kavuşturulması gereken bir meseledir. Bu konu TBK'de düzenlenmemiştir. Öğretide borçlunun kusuruyla meydana gelen başlangıçtaki imkânsızlık halinde sözleşme öncesi kusur (*culpa in contrahendo*) kavramıyla bu boşluğun doldurulacağı kabul edilmiştir²⁰⁴. Buna göre edimin imkânsız olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi sözleşme görüşmeleri esnasında alacaklının güvenden kaynaklanan zararını karşılamakla yükümlü tutulacaktır²⁰⁵. Alman Hukukunda, ifa engellerine ilişkin düzenleme (BGB § 311a) ile kusuru bulunan tarafın, başlangıçtaki imkânsızlık halinde dahi diğerinin zararını karşılayacağı kabul edilmektedir²⁰⁶.

5.5. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı

Dürüstlük kuralı ve tamamlayıcısı olarak kabul edilen hakkın kötüye kullanılması yasağı kanuni düzenlemelerinin olmadığı ya da düzenlemelerin yetersiz kaldığı hallerde

²⁰¹Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 92.

²⁰²Dural, 1976, **a.g.k.**, s. 23; von Tuhr und Peter, **a.g.k.**, s. 262. İthalat yasağında hukuki imkânsızlık değil hukuka aykırılık bulunduğu görüşü için bkz. (Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 247).

²⁰³Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 598.

²⁰⁴Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 382; Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 237.

²⁰⁵Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 357.

²⁰⁶Ergüne, 2004, **a.g.k.**, s. 371.

başvurulacak çerçeve ilkelerdir. Öyle ki kanun koyucunun bu çerçeve ilkelere doğrudan gönderme yaptığı da görülür. Bu çerçeve ilkelerin sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirmek gerekecektir.

Dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılmasını madalyonun iki yüzü olarak değerlendirenler olduğu gibi, bu iki kuralın iki farklı dünyaya ait olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır²⁰⁷. Öte yandan -çalışmamız kapsamında ele alınması gereken- ahlâk (ahlâka aykırılık) ile dürüstlük kuralı kavramı arasında ilişki kuranlar, dürüstlük kuralına uygun davranma kuralının ahlâklı davranmayı da içerip içermediğini tartışmaktadırlar²⁰⁸.

Kökenini Roma hukukunda bulan, günümüzde ‘bona fides’ ve ‘aequitas’ın karşılığı olarak kullanılan dürüstlük kuralı ‘başkasına zarar verme, kişiye kötülük yapma’ şeklinde ifade edilen etik bir ilkedir²⁰⁹. Roma hukukundaki ‘bona fides’ kavramı zamanla dürüstlük kuralı olarak ifade edilmiş, devamla çağdaş hukuk sistemlerine girmeye başlamıştır²¹⁰. Kavramın çağdaş hukuk sistemlerinde en büyük etkisi ‘sözleşmeler alanındadır ve bu ilke hukuksal işlemlerin özellikle sözleşmelerin kurulması, ifası ve ifa sonrası yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve borç doğurucu işlevler taşımıştır²¹¹.

Zamanla Alman hukukunda kabul edilen yeni anlayışla ilkenin etki alanı genişlemiş, sadece sözleşmeler hukuku alanında değil, diğer hukuki kurumlarda da kendine yer bulmuştur²¹². Kuralın hukuk uygulamasında esneklik sağlayarak, hukukun

²⁰⁷Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 256; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 273; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 243. Hakkın kötüye kullanılmasını dürüstlük kuralına aykırılığın hükmü olarak değerlendirmek için bkz. İkizler ve Tüzüner/Akkurt, 2021, **a.g.k.**, s. 248 vd.

²⁰⁸P. Çağlayan Aksoy. (2016). *Hukuka ve ahlâka aykırılık unsurları çerçevesinde salt malvarlığı zararlarının tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s. 393. Yazarın çalışması, haksız fiil hukukuna ilişkindir ve eserde öncelikle haksız fiil hukukundaki ahlâka aykırılık hali ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişki ele alınmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere haksız fiil hukukundaki ahlâka aykırılık, sözleşme özgürlüğünün sınırı olan ahlâka aykırılık kavramıyla örtüşmemektedir. Haksız fiil hukukunda, aralarında hukuki bir bağın olmadığı hallerde dâhi zarar verenin zarar verme davranışının ahlaka aykırı olup olmadığından yola çıkılır. Dolayısıyla bir davranışın ahlâka aykırılığı için bir hakkın kullanılması veya borcun ifası sonucunda gerçekleşmesi olmazsa olmaz koşul değildir. Dahası çoğu zaman böyle bir ilişki olmadan zarar verici davranış gerçekleşir. Hukuksal işlemlerde, irade özgürlüğünün sınırı olan ahlâka aykırılık ise sözleşmenin konusunun, amacının ahlaka aykırı olması halini merkeze alır ve sonuç sözleşmenin kesin hükümsüz olmasıdır.

²⁰⁹Ş. Akyol, 2006. *Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 2; T. Ş. Uçaryılmaz (2018). Roma hukukunda sözleşmesel bona fides (dürüstlük kuralı) kavramı ve çağdaş hukuka etkisi. *TBB*. (135), s. 337 vd; D. Ateş (2007b). Sözleşme özgürlüğü yönünden dürüstlük kuralları. *TBB*. (72), s. 81.

²¹⁰Uçaryılmaz, 2018, **a.g.k.**, s. 339.

²¹¹Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 19.

²¹²N. Barlas (1997). Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, *İHF*M. LV (3), s. 192. Alman hukukunda dürüstlük kuralını düzenleyen BGB § 242 genel hukuk ilkesi niteliğindedir, Anayasa ve kamu hukuku alanlarında da etkili olan geniş bir uygulama alanına sahiptir, (Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 4-5).

katı kalıbından ve çıkarlar dengesine aykırı durumlardan sıyrılma şeklinde işlevlerinin bulunduğu ifade edilmektedir²¹³.

Türk hukukunda TMK m. 2 “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır” ifadesiyle, herhangi bir hukuksal ilişki olmadan, salt bir hakkın kullanımında dürüstlük kuralının bir sınır oluşturacağı vurgulanmaktadır²¹⁴. Bu yönde bir yasal düzenleme olmasa bile, genel ve temel bir hukuk ilkesi olması itibariyle her zaman uygulanacaktır/uygulanmalıdır²¹⁵.

Dürüstlük kuralının çağdaş hukuk düzenlerinde dikkate alınmasından sonra, sözleşmeler hukukundaki varlığıyla, sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak görülmeye başladığını da söyleyebiliriz²¹⁶. Alman hukukunda BGB § 157 ve 242’nin lafzıyla sadece sözleşmelerin yorumu ve borçların ifasında göz önünde bulundurulmuş ilkenin, İsviçre ve Türk hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu da görmekteyiz²¹⁷.

Dürüstlük kuralı bir kişiden namuslu ve dürüst, orta zekalı bir insan olarak beklenen davranışını ifade eder. Davranışın bu niteliklerde olup olmadığı toplumda hâkim ahlâki ölçütlere, geçerli adetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilmektedir²¹⁸.

Dürüstlük kuralı içeriğinde ahlakiliği de barındıran bir kavramdır²¹⁹. Dolayısıyla dürüstlük kuralları ile ahlâk kuralları arasında bir bağlantı olduğu da düşünülebilir. Bunu

²¹³Zevkliler ve Acabey, 2021, **a.g.k.**, s. 213.

²¹⁴Söz konusu hakkın özel hukuk kökenli bir hak olması gerekmediği gibi, hukuk düzeninin bireylere tanıdığı özgürlükler gibi herhangi bir ilişkinin varlığına ihtiyaç duymayan tüm ayrıcalıkları da içereceği kabul edilmektedir. Bkz. Ateş, 2007b, **a.g.k.**, s. 88; Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 244-245.

²¹⁵Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 243; Zevkliler ve Acabey, 2021, **a.g.k.**, s. 214; Kılıçoğlu, 2021a, **a.g.k.**, s. 100. Kılıçoğlu, dürüstlük kuralının haklara sınır getirmek haricinde, münferit olaylarda hâkimin hukuk yaratmasında, hakkaniyet uygun karar vermesinde de kullanılacak bir ölçüt olarak değerlendirmektedir (2021a, **a.g.k.**, s. 100). Belen ve Köksal’ın ifadesiyle dürüstlük kuralı hukukun temel ilkelerindedir. Temel ilkeler yazısız olsalar dahi hiyerarşinin tepesinde yer alırlar. Herkesten dürüst davranış beklemenin kabulüyle, sürekli söze dökülmemeli, gerekmedikçe başvurulmamalıdır. (2020, **a.g.k.**, s. 61). Antalya ve Topuz, her uyuşmazlığı dürüstlük kuralı ile çözmenin kolaycı ve yanlış bir yol olduğunu vurgulayıp, önce olaya uygulanacak özel kanun hükmünün araştırılmasını, hükmün uygulanmasının menfaatler dengesi uygun değilse, adaletli bir sonuç vermezse, istisnai olarak dürüstlük kuralına başvurulması gerektiğini ifade etmektedirler (bkz. 2021, **a.g.k.**, s. 456).

²¹⁶C. Schubert (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. (9. Auflage), München: CH Beck., Rn. 22 ; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 170.

²¹⁷Alman Hukukunda dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme (BGB § 242) borç ilişkilerinin içeriği başlıgındadır ve borcun ifasının dürüstlük kuralına uygun olması gereği vurgulanmaktadır. Ancak hükmün sadece borcun ifasında dikkate alınacak olması eleştirilmiş, ifadenin yetersiz ve dar olduğu, hakların kullanılmasında ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde de dikkate alınacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir (H.P. Mansel (2021). *Jauering BGB-Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. (18. Auflage). München: Beck Verlag. Rn. 2-4).

²¹⁸Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 244.

²¹⁹Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 183; Antalya ve Topuz, 2021, **a.g.k.**, s. 458.

sağlayan unsur da dürüstlük kavramının temelinde yer alan güven unsurudur²²⁰. Taraflar arasındaki hukuksal ilişkide, tarafların birbirlerine güven ve sadakatle yaklaşması esası geçerlidir. Bu da dürüstlük kuralının temelindeki ahlakiliğin, ahlaka uygun davranma yükümlülüğünün görünümü olduğunu ortaya koymaktadır²²¹. Dolayısıyla dürüstlük kuralına uygun davranma ahlâka uygun davranmayı barındırabilir, dürüstlük kuralına aykırılık ahlâka aykırılık oluşturur da diyebiliriz. Ancak dürüstlük kuralıyla ahlâk kuralının, aralarındaki farklar nedeniyle ayrı değerlendirmeye tabi tutulduğu da görülmektedir.

Dürüstlük kuralı ile ahlâk kuralları, ait oldukları toplumun vicdanında oluşan değer yargılarıdır; en belirgin ortak özellikleri iki içeriğinin de kesin ve net biçimde ortaya konamaması, *'değişken, belirsiz ve bireylerin dışında oluşan genel hükümler'* olmasıdır²²². Her iki kavram da zaman ve mekâna göre değişir, içeriklerindeki belirsizlik nedeniyle her somut olayda somutlaştırılmaları gerekir²²³. İki kavramın korudukları hukuki menfaat ve değerlerin belirlenmesi somutlaştırmayı sağlayacaktır.

Dürüstlük kuralı ile ahlâk kurallarının ayrıştığı noktaları öncelikle TMK ve TBK'de ki düzenleniş yerlerini dikkate alarak belirlemek mümkündür. Ahlâka aykırılık (TBK m. 27) sözleşme özgürlüğünün sınırlarındandır ve sözleşmenin geçerliliği için aranan emredici, kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran bir düzenlemedir. Dürüstlük kuralı (TMK m.2/1) daha geniş bir etki alanına sahiptir, tarafların buna aykırı düzenlemelerde bulunması mümkündür, kurala aykırı bir işlemin sonucu kesin hükümsüzlük olmayacaktır²²⁴. Öyle ki geçersiz bir sözleşmeye rağmen, borcunu gereği gibi ifa eden

²²⁰Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 184; Antalya ve Topuz, 2021, **a.g.k.**, s. 458.

²²¹Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 244.

²²²Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 182 ve 183, dn 521'deki yazar.

²²³Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 183.

²²⁴Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 15. Yazar, dürüstlük kuralının da emredici bir hüküm olduğunu, ancak tabii olduğu yaptırımın ahlâka aykırılık gibi katı, keskin bir yaptırım olmayacağını, nitelik itibarıyla daha yumuşak, farklı yaptırımlara tabi tutulacağını kabul eder. Ateş ise tarafların sözleşme özgürlüğü sınırlarında kalarak, dürüstlük kuralına aykırı düzenlemeleri kararlaştırabileceklerini kabul etmektedir. Bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 185.

taraf için dürüstlük kuralı bir dayanak olacaktır²²⁵. Bu, dürüstlük kuralının genel ilke olmasından, üstün bir norm olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır²²⁶.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının Roma Hukukunda kökeni ise bona fides yükümlülüğüne dayanmaktadır²²⁷. Hakkın bu şekilde kullanımı halinde karşı tarafa savunma imkânı olarak exceptio doli (hile def'i) tanınıyordu²²⁸.

Türk Medeni Kanunu m. 2/2 “Bir hakkın açıkça kötüye kullanımını hukuk düzeni korumaz” hükmüyle hakkın amaca aykırı olarak kullanımını yasaklamıştır. Yasak, hakkın amaca aykırı kullanımında hak sahibinin hiç menfaatinin olmadığı veya bu menfaatin sınırlı olduğu durumlarda varlığını gösterir²²⁹.

Hakkın kötüye kullanılması yasağında şeklen var olan bir hakkın kullanılmasının sınırlarının belirlenmesi, hakkın sınırları içinde kullanılmasına karşın hâkimin sınırlarda müdahalede bulunması, sınırların değiştirilmesi söz konusudur²³⁰.

Dürüstlük kuralı bu yasağın da temelini oluşturmakta, öyle ki hakkın kötüye kullanılması yasağı ‘dürüstlük kuralının yörüngesinde üstün bir hukuk ilkesi’ niteliği taşımaktadır²³¹. Ancak bu iki kurum arasında farklar da mevcuttur. Öncelikle hakkın kötüye kullanılması yasağında ‘hakkın amaca aykırı kullanımı halinde’ hâkim sözleşmeye müdahale edebilecektir. Dürüstlük kuralına aykırılık halinde hâkime sözleşmeye müdahale imkânı her zaman tanınmamaktadır²³². Dürüstlük kuralının işlevini

²²⁵Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 14. Sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluk olarak ifade edilen culpa in contrahendo’da sözleşme kurulmuş olsun veya olmasın, tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı hareket etmeleri sonucunda uğramış oldukları zararın tazminini talep edebilme imkanına sahip olmaları bu duruma örnek gösterilebilir. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 184, dn. 527.

²²⁶Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 14. Farklı bir ifadeyle dürüstlük kuralları hakların sınırlandırılmasında, boşlukların doldurulmasında, düzenlemelerinin katılığının giderilmesinde kullanılacak bir acil durum vanası (Notventil)’dir (Schubert, 2022, **a.g.k.**, Rn. 2).

²²⁷Uçaryılmaz, 2018, **a.g.k.**, s. 358-359.

²²⁸Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 22. Uçaryılmaz exceptio doli’nin çağdaş hukuklar tarafından def’i olarak değil, dürüstlük kuralına aykırılık olarak ele alındığını belirtmektedir (2018, **a.g.k.**, s. 358, dn. 120).

²²⁹Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 22. Yazar hakkın amaca aykırı kullanımının -sınırlayıcı olmayacak şekilde- yararı olmayan hak kullanımı, çelişkili davranışlar, çıkarlar arası büyük çelişki, dikkatsizce hak kullanımı, haksız yere hak kazanma vb durumlarda söz konusu olacağını ifade etmektedir (**a.g.k.**, s.24).

²³⁰Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 167.

²³¹Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 23. Alman hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen BGB § 226’ ya göre ‘bir hakkın kullanımının amacı başkasına zarar vermekse bu hak geçerli değildir’. Görüldüğü üzere hükmün uygulama alanı ‘sadece başkasına zarar verme amacını’ taşıma hallerinde mevcuttur. Bu sınırlı kullanım alanı nedeniyle BGB § 226 hükmü neredeyse önemini kaybetmiş, kendine dürüstlük kuralını düzenleyen BGB § 242 ve ahlâka aykırı davranışla başkasına zarar verenin zararı tazmin etmekle yükümlü olduğunu düzenleyen BGB § 826 çatıları altında yer bulmuştur. Çünkü başkasına zarar verme dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu gibi, zarar verme amacı ahlaka aykırı bir amaç da taşıyabilir. Dolayısıyla bu hükümler uygulanacaktır. Bkz. Barlas, 1997, **a.g.k.**, s. 198.

²³²Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 169.

hukuki işlemlerin tamamlanmasında ve yorumlanmasında gösterdiği, hakkın kötüye kullanılması yasağının ise hukuki işlemlerin içerik denetimi yoluyla düzeltilmesine yönelik olduğu kabul edilmektedir²³³. Bu iki kurum arasındaki bir diğer fark da hükmün niteliği noktasındadır. Öğretide hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen TMK m. 2/2'nin emredici bir hüküm olduğu noktasında fikir birliği vardır. Oysa dürüstlük kuralına ilişkin hükmün niteliği noktasında öğretide fikir birliği bulunmamaktadır²³⁴.

6. SÖZLEŞME ADALETİ

Şekli hukuk açısından tanımlanan, biçimsel bir kavram olarak ele alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi ve sınırları, adalet fikri ile somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Şekli özgürlüğün devletin müdahalesini önlediği, geçerli sözleşmeler kurulmasını sağladığı ifade edilmektedir. Bir başka ifadeyle taraflar sözleşmenin içeriğini devlet müdahalesinden bağımsız olarak belirleyebildiklerinde, şekli sözleşme özgürlüğü garanti edilmektedir²³⁵. Burada devletin iradesini ortaya koyan, irade eksikliği şeklinde usuli bir ihlal olmadığı sürece taraflar arasında adil bir menfaat dengesi olduğu varsayılır ve bu doğrultuda müdahaleye de ihtiyaç duyulmaz²³⁶.

Sözleşmede her iki taraf şartlar, hükümler üzerinde düşünmüş, sorumluluklarının bilincinde kararlarını vermişlerse şekli sözleşme özgürlüğü vardır, yargısal denetime de ihtiyaç duyulmaz²³⁷. Sözleşme içeriğinin adil olmasıyla tarafların bütün bunlar üzerinde anlaştıkları varsayılır²³⁸. Lakin bu durum her zaman bu şekilde cereyan etmez, bu kadar net değildir. Sözleşmenin adil bir menfaat (çıkar) dengesi sağlayamadığı durumlarda, sözleşme hükümleri aleyhinde olan tarafın şartları iyi düşündüğünden, yerinde karar

²³³Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 169.

²³⁴Akyol, TMK m. 2 hükmünün emredici olduğu görüşündedir, (2006, **a.g.k.**, s. 25). Aynı görüşte olan Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, 261-262. Kılıçoğlu, dürüstlük kuralının niteliğine değinmemiş, hakkın kötüye kullanılması yasağını emredici olarak değerlendirmiştir, (2021a, **a.g.k.**, s. 109). TMK m. 2'yi bütün olarak ele alan ve 1 ve 2. fıkraları madalyonun iki yüzü olarak gören Oğuzman ve Barlas özellikle sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında kuralın aksinin kararlaştırılabileceğini kabul ederlerken, hükmün emredici olup olmamasından söz etmemişlerdir. Yazarlar bu yönde yapılacak bir sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması halinde kesin hükümsüz olacağını ve TMK m. 2'nin devre dışı bırakılamayacağını da belirtmektedirler (2021, **a.g.k.**, s. 243 vd.).

²³⁵E. M. Belser (1998). Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit Ein Kommentar zum deutschen Bürgerschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz. *AJP*, s. 436.

²³⁶Belser, 1998, **a.g.k.**, s. 437.

²³⁷Belser, 1998, **a.g.k.**, s. 437.

²³⁸Belser, 1998, **a.g.k.**, s. 437.

verdiğinden bahsedilemeyecektir. Bu durumda şekli sözleşme özgürlüğü ibresini *sözleşme adaletine* dayalı maddi sözleşme özgürlüğüne kaydırmak zorundadır²³⁹.

Sözleşme adaleti, Aristo'nun adalet anlayışından ileri gelen, denkleştirici adalet (*iustitia commutativa*) ve dağıtıcı adalet (*iustitia distributiva*) ayırımına dayanır²⁴⁰.

Kavramın anlaşılmasında günümüz toplumuna da etki eden Aristo, adaleti üçe ayırır. Bunlar, edim ile karşı edimin eşitçe değişimini öngören denkleştirici adalet, yetenek ve topluma katkı oranında eşit muameleye tabii tutulmayı ifade eden dağıtıcı adalet ile bu iki türün eksikliklerini tamamlayan, soyut kuralın somut olaya, olayın özellikleri, ayrıntıları da göz önüne alınarak doğru bir şekilde uygulanmasını ifade eden hakkaniyettir²⁴¹. Günümüz toplumunda adalet anlayışı gözden geçirilmiş, buna sosyal adalet kavramı da eklenmiştir²⁴². Bu bağlamda Aristo'nun adalet anlayışına ilişkin hakkaniyet kavramının yerine değiş tokuş adaleti kavramının geçtiğini de görmekteyiz²⁴³. Değişim adaleti olarak ifade edeceğimiz kavramın merkezinde insanların farklı ihtiyaçlara sahip olması, ihtiyaçların karşılanması talepleri vardır²⁴⁴. Taleplerin

²³⁹Belser, 1998, **a.g.k.**, s. 433. Müzakere ile tarafların ortak doğruya ulaştıkları, kurdukları sözleşmenin kendileri için en uygun işlem olduğu, onları tatmin ettiği varsayılmaktadır. Ancak bu noktada varsayılan irade serbestisinin, sözleşme özgürlüğünün tam anlamıyla gerçekleşip gerçekleşmediği göz ardı edilmektedir. Hukuk düzeni tarafların iradesinin serbestçe, özgürce oluşup oluşmadığıyla, bir diğer ifadeyle maddi gerçeklikle ilgilenmelidir. Şekli sözleşme özgürlüğü maddi gerçekliğe ulaştırılmalı, sözleşme adaleti sağlanmalıdır. Ancak Serozan'ın da ifade ettiği üzere serbest rekabet üzerine kurulu serbest piyasa ekonomisi, sonrasında ekonomideki istikrarın bozulmasıyla, irade serbestisi, değişim adaleti varsayımları ve devamında 'pacta sunt servanda' ilkesi de geçerliliğini kaybetmektedir. Günümüz yaşam gerçekliğinde sözleşme özgürlüğü ve eşitlik konularında bir farkındalık olmadığı gibi, karşılıklı edimlerin dengede olması bilinci de artık mevcut değildir. Bkz. R. Serozan (2000). Revision des Ursprünglich Aufgezwungenen und Nachträglich Eingetreten missverhältnisses der Leistungen in Gegenseitigen Verträgen-Versuch einer ganzheitlichen Erfassung chronologisch unterschiedlicher Tatbestände. *IÜHFD.* (49), s. 102 ve 105. Ekonomik gücü, devamında enformasyon avantajlarını elinde bulunduran tarafın dikte ettiği bir sözleşmede irade serbestisinden ve dolayısıyla serbestçe belirlenen içerikten bahsedilemez. Böylece, nadiren karşılaşılmaması umut edilen sözleşme adaletsizliği artık sıradanlaşmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün, onunla sağlanan ortak doğrunun (*Richtigkeitgewähr*) ve adaletin yeniden tesisi için hâkimin içerik kontrolüne ihtiyaç kaçınılmaz olmaktadır (**a.g.k.**, s. 103).

²⁴⁰H. Honsell (2002). *Iustitia distributiva-ius commutativa*. *FS für Theo Mayer-Maly*, Köln-Wiemar-Wien: Böhlau Verlag, s. 287; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 38 vd. Serozan'a göre dağıtıcı-paylaştırıcı adalet (*iustitia distributiva*) anlayışında bireyin devlete karşı eşitliğini esas alınır, denkleştirici adalet anlayışı ise bireylerin kendi aralarındaki eşitliği sağlamaya hizmet eder ve yine bu anlayışta sözleşmelerdeki edimlerin adil bir şekilde değişiminin amaçlanır. Yazar, bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak hükümsüzlük yaptırımlarının devreye sokulmasının da yine bu adalet anlayışının bir parçası olduğunu ifade eder (**a.g.k.**, s. 39-40)

²⁴¹N. Öktem (1993). *Sosyolojinin ve felsefenin verileriyle devlet ve hukuk felsefesi akımları*. İstanbul: Der Yayınları, s. 112 vd.

²⁴²Öktem, 1993, **a.g.k.**, s. 114. Dağıtıcı adaleti sosyal adalet olarak da ifade edilmektedir. Bkz. T. Kabadayı (2013). Hakkaniyet adaletin temelidir. *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. (15). s. 50.

²⁴³M. Çiçek. (2020). Aristoteles'in adalet anlayışı. *MCBÜSBD*. 18(4), s. 4 ve 8 vd.

²⁴⁴Çiçek, 2020, **a.g.k.**, s. 8.

karşılanmasında tarafların birbirlerine sundukları şeylerin (edimlerin) eşit değil, eşdeğer olması dikkate alınmalıdır²⁴⁵.

Aristo'nun anlayışını başlangıçta dağıtıcı ve denkleştirici adalet şeklinde ikili ayrımıyla ele alan Honsell, başta sözcüklerin etimolojik kökenine inerek, ardından içeriklerini, anlamlarını ortaya koyarak, denkleştirici adalet (ausgleichende Gerechtigkeit) yerine düzeltici adalet (korrigierende Gerechtigkeit) kavramının kullanılmasını önermektedir²⁴⁶. Yazar 'ausgleichende Gerechtigkeit'teki gleich kelimesinin eşitlik (die Gleichheit), eşit davranma (die Gleichbehandlung) ve eşit haklar (die Gleichberechtigung) anlamlarıyla, temel anayasal hak olarak yasalar önünde eşitlik kavramına işaret ettiğini ifade etmektedir²⁴⁷. Devamla, hukuki ilişkilerde sorunun değişim adaletinin (austauschende Gerechtigkeit) sağlanması olmadığını, edimler arası dengenin sağlanması, bozulan dengenin düzeltilmesinde düğümlendiğini belirterek burada düzeltici adalet kavramına işaret etmektedir²⁴⁸. Honsell'e göre denkleştirici adalet tarafların edimleri arasında adil bir denge kurulması zorunluluğu olarak anlaşılmalıdır. Başlangıçta hukuki işleme müdahale etmeyen devlet, tarafların çıkarlarının birbiriyle çatışması halinde düzeltici işlev görerek, düzeltici adaleti sağlamalıdır, denkleştirici veya değişim nitelemeleri bu işlevi doğru yansıtmamaktadır²⁴⁹.

Öte yandan sözleşme özgürlüğünün de edimler arası eşitliği veya dengeyi öngören denkleştirici adalet (iustitia commutativa) üzerine kurulu olduğu kabul edilmektedir²⁵⁰.

'Herkes eşit olanın verilmesi' anlamında eşitliğe vurgu yapan denkleştirici adalette, kişileri diğerlerinden ayıran özellikler dikkate alınmadan eşit işleme tabi tutulmaktadır²⁵¹. 'Kanun karşısında herkes eşittir' vurgusu göz alıcı parlaklığıyla en yetkin adalet olduğu yanılgısını da beraberinde getirmektedir²⁵². Öyle ki eşit olanın verilmesi, eşit işleme tabi tutulmak bazen eşitliğin bozulması sonucuna da

²⁴⁵Çiçek, 2020, **a.g.k.**, s. 8.

²⁴⁶Honsell, 2002, **a.g.k.**, s. 288. Aynı kavramı kullanan Kabadayı, 2013, **a.g.k.**, s. 50. Kabadayı düzeltici adaletin aritmetik oranlamaya göre aksayan şeyleri düzelterek/bozulan adaleti yeniden inşa ederek ortaya çıkan adaletsizliği gidereceğini belirtmekte, kavramı hukuki adalet şeklinde de ifade etmektedir. Bir eşitleme ve denge kurma meselesi düzeltici adaletin medeni hukuk, ceza hukukuyla ilgili olduğunu da eklemektedir (**a.g.k.**, s. 50).

²⁴⁷Honsell, 2002, **a.g.k.**, s. 288.

²⁴⁸Honsell, 2002, **a.g.k.**, s. 289.

²⁴⁹Honsell, 2002, **a.g.k.**, s. 289.

²⁵⁰Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 47; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 26-27.

²⁵¹Aral, 1988, **a.g.k.**, s. 187.

²⁵²Aral, 1988, **a.g.k.**, s. 188.

götürebilmektedir²⁵³. Oysa dağıtıcı adalet orantılı bir eşitlik düşüncesinin ürünüdür, özellikleri, yetenekleri, olanakları aynı olan birden fazla kişinin eşit kılınmasını gerektirmektedir²⁵⁴.

7. HAKKANİYET KAVRAMI

İnsan ilişkilerinin dinamik yapısı, kapsamı tamamının kurallara bağlanmasını imkânsız hale getirmektedir. Ayrıca her ilişkinin kurala bağlanması günümüz kanun yapma tekniğine uygun değildir. Günlük yaşamda karşılaşılan ve karşılaşılabilecek olayları, ilişkileri ele alacak biçimde kazuistik yöntemle hazırlanan (örn. Mecelle, Prusya Kanunu, hatta Alman ve Fransız Medeni Kanunu gibi) kanunların yaşamın hızına yetişmesi, günlük yaşama olduğu haliyle uygulanabilirliği önemli ölçüde sekteye uğramaktadır. İşte, bu ve benzeri zorlukların aşılması için durumun, olayın, ilişkinin özelliklerine, kişilerin ihtiyaçlarına göre mevcut kuralların somut olaylara uygulanabilmesi amacıyla, hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır (TMK m. 4). Ancak bu yetkinin kullanımı sınırsız değildir, hukuk kurallarına bağlılık şeklinde dış, hakkaniyet şeklinde belirlenmiş bir iç sınırı bulunmaktadır²⁵⁵.

Hakkaniyetin bir adalet duygusu, ilk çağdan itibaren doğal hukukun üzerinde durduğu bir ilke olduğu kabul edilmektedir²⁵⁶. Hakkaniyet kavramının pozitif hukukun uygulanmasındaki katılıkların yumuşatılması, aşırılıkların giderilmesi amacı taşıdığı,

²⁵³Aral, 1998, **a.g.k.**, s. 189-190.

²⁵⁴Aral, 1988, **a.g.k.**, s. 192.

²⁵⁵Mülga Medeni Kanundaki bu sınırlar ‘hak ve nısfet’ şeklindeydi. Hak kavramıyla birlikte kullanılan nısfetin insanlar arası orantılı eşitliği vurgulayan bir ölçü olduğu ifade edilmekteydi. Nısfet kavramına ilişkin görüşler için bkz. A. Dinçkol (1975). Hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasında “hak ve nısfet”. *YD.* 19 (75), s. 221 vd. Nısfetin hakkaniyet olduğu görüşü için bkz. A. Güner (1952). Medeni hukukta hâkimin takdir hakkı. *AD* 43 (5), Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, s. 671. Güner, nısfet kavramını uygularken ideal adalete, ülkenin ve döneme hâkim düşünceleri göz önünde tutarak ve toplum vicdanına en uygun gelen anlayış benimseyerek hareket etmesi gerektiğini vurgulamaktadır (1952, **a.g.k.**, s. 671). Türk Medeni Kanunu m. 4, İsviçre Medeni Kanunu m. 4’ e uygun olacak şekilde ‘hukuk ve hakkaniyete göre’ biçiminde kaleme alınmıştır. Buradaki hukuk teriminin gereksiz olduğu, hâkimin her zaman hukuka göre karar vereceğinin açık ve doğal bir olduğu belirtilerek, hüküm eleştirilmektedir. Bkz. Oğuzman ve Barlas (2021), **a.g.k.**, s. 90, dn. 150. Bir başka görüş ise her iki ölçütün birbirinden bağımsız ve farklı olmadığı, aksine birlikte değerlendirilmesi gerektiği, birbirini tamamladığı kabul edilmektedir (Kılıçoğlu, 2021a, **a.g.k.**, s. 163). Dural ve Sarı ise hukuka uygunluğun anlamını takdir ile varılan sonucun genel hukuk düzenine aykırı olamaması biçiminde yorumlamaktadırlar (2021, **a.g.k.**, s. 135). Alman Medeni Kanununda İMK ve dolayısıyla TMK m. 4’ü karşılayacak genel bir hüküm yoktur. Ancak kavramın ölçüt olarak ele alındığı, hâkimin hakkaniyete göre karar vereceğini öngören maddeler de mevcuttur. ‘Hakkaniyete dayalı tazminat sorumluluğu’ başlıklı BGB § 829 hükmü buna örnek gösterilebilir.

²⁵⁶A. Ataaay. (1980). *Medeni hukukun genel teorisi / temel bilgiler-genel kavramlar*. (3.Bası). İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 247.

doğal hukuk içinde önemli, kendine özgü bir yere sahip olduğu, hâkimin hakkaniyetle karar vermesinin doğal hukuk içinde etkisini kaybetmeyen bir değer olduğu da ifade edilmektedir²⁵⁷.

Tanım olarak hakkaniyeti adaletin bireyselleştirilmiş veya somutlaştırılmış özel bir hali olarak ifade edebiliriz²⁵⁸. Adalet değildir, lakin üstün bir adalet türüdür²⁵⁹. Bu Aristo'nun hakkaniyet anlayışı ile de örtüşür. Ona göre yasal adaletin yeterli gelmediği, her türlü olay ve duruma uygulanamadığı hallerde hakkaniyete başvurulmalıdır²⁶⁰. Böylece hukuk kuralı amacına ve fonksiyonuna da hizmet edecek şekilde, somut olaya/duruma uygulanabilecektir. Görüldüğü üzere hakkaniyetin geniş ve iyileştirici bir etkisi vardır²⁶¹. Eşitlik esasına dayalı, genel nitelikteki, sadece ilkelerle ilgilenen adalet düşüncesi hakkaniyetle daha ılımlı bir hale bürünmektedir²⁶². Çünkü hakkaniyet somut olayla, olayın özel durumuyla ilgilenir, öyle ki eşitliği bozar, hukuk kuralının katılığını esnetir, yumuşatır²⁶³. Ancak hakkaniyetin bu fonksiyonunun da bir sınıra ihtiyacı vardır; aksi takdirde tam bir hakkaniyet de adaletsizlik sonucu doğurabilecektir²⁶⁴.

Hakkaniyeti adaletin temeli olarak ifade eden bir başka görüş ise, adaletin hakkaniyet olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir²⁶⁵. Bu noktada etik bir değer varlık gösterdiği, adil bir toplum için gerekli tek şeyin hakkaniyet olduğu, bunun da dağıtıcı adaletten başka bir şey olmadığı ifade edilmektedir²⁶⁶. Beraberinde kaynaklarını olabildiğince eşit ve hakkaniyete uygun dağıtan bir toplumun adil olduğu da vurgulanmaktadır²⁶⁷.

²⁵⁷Güriz, 1996, **a.g.k.**, s. 450.

²⁵⁸A. Dinçkol (2004). Hâkimin takdir yetkisinin kullanılması sürecinde hakkaniyet. *HfSA 9*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 180; Aral, 1988, **a.g.k.**, s. 192; Güner, 1952, **a.g.k.**, s. 671; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 42.

²⁵⁹Dinçkol, 2004, **a.g.k.**, s. 180; Hakkaniyeti adaletin alt ilkesi olarak değerlendiren Hatemi ve Gökyayla bir diğer alt ilkenin de eşitlik olduğunu dile getirmektedirler (2021, **a.g.k.**, s. 30-31).

²⁶⁰Dinçkol, 2004, **a.g.k.**, s. 180.

²⁶¹Dinçkol, 2004, **a.g.k.**, s. 180.

²⁶²Dinçkol, 2004, **a.g.k.**, s. 180.

²⁶³Dinçkol, 2004, **a.g.k.**, s. 180.

²⁶⁴Aral, 1988, **a.g.k.**, s. 192.

²⁶⁵Kabadayı, 2013, **a.g.k.**, s. 56. Yazar konuyu eserinde 'hakkaniyet olarak adalet kuramının' savunucusu olan J. Rawls'un görüşleri etrafında ele almaktadır.

²⁶⁶Kabadayı, 2013, **a.g.k.**, s. 54.

²⁶⁷Kabadayı, 2013. **a.g.k.**, s. 56.

Hakkaniyetin, denkleştirici ve dağıtıcı adaletin eksikliklerini tamamladığını kabul eden bir diğer görüş ise, adaletin özüne en uygun uygulamanın hakkaniyet olduğunu, olayların ayrıntılarına girilerek salt adaletin ortaya çıkacağını ifade etmektedir²⁶⁸.

Her bir olayın/kişinin özelliklerine göre kanun çıkarmak/kural koymak mümkün olmadığı gibi, toplumsal yaşamın hızlı gelişim seyri ve yaşantılardan/yaşam kesitlerinden kanun koyucunun yasa koyduğu zaman öngörebileceğinden daha zengin bir birikim yaratma elverişliliği karşısında, hakkaniyeti hukuk kuralı ile sağlamak başarısı her zaman elde edilemez. Bu ancak hâkimin somut olay/duruma yönelik uygulaması ile gerçekleştirilebilecektir²⁶⁹.

*Hakkaniyet, m.4 'ün vurgusuyla, en çok hâkimin takdir yetkisine açıkça izin verilen esnek hakkaniyet kurallarında varlık gösterse de, demokratik ve sosyal yaklaşıma sahip her bir hukukçunun her yargısında elinden asla bırakmayacağı bir pusula olmalıdır*²⁷⁰.

²⁶⁸Öktem, 1993, **a.g.k.**, s. 114.

²⁶⁹Aral, 1988, **a.g.k.**, s. 192.

²⁷⁰Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 43.

İKİNCİ BÖLÜM

KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİ TANIMI VE UNSURLARI

1. GENEL OLARAK

Serbest piyasa ekonomisine dayalı liberalizmde, kişiler en uygun bedelle ve devamında en uygun sözleşme şartları ile sözleşme konusu mal veya hizmete kavuşmak arzusu içindedirler²⁷¹. Arzuladıkları mal veya hizmete veya bu mal/hizmet karşılığında talep ettiği bedele kavuşmak isteyen tarafların sözleşmede eşit hak ve yetkilere sahip olmasıyla (Waffengleichheit), edim ve karşı edim arasındaki dengenin adil bir şekilde ortaya konması mümkündür. Sözleşme tarafları arasındaki bu dengenin kaybı, bir tarafın üstün konuma geçmesi, ki bu özellikle ekonomik güç dengesinde kendini gösterir²⁷², gücü elinde bulunan tarafın şartları kendi lehine, (karşı taraf) sözleşeni aleyhine kullanmasıyla sözleşme özgürlüğü ilkesinin amaç dışı veya kötüye kullanımı gündeme gelir. Elbette sözleşme özgürlüğü de sonsuz değildir, belirli sınırlara tabidir.

Burada, sözleşme özgürlüğü kavramıyla birlikte ele alınması gereken bir diğer kavram sözleşme adaletidir²⁷³. Sözleşme adaleti Aristo'nun yaptığı ayrımla denkleştirici adalet (iustitia commutativa) ve dağıtıcı adalet (iustitia distributiva) şeklinde ele alınmaktadır²⁷⁴. Sözleşme özgürlüğünün de edimler arası eşitliği veya dengeyi öngören denkleştirici adalet (iustitia commutativa) üzerine kurulu olduğu kabul edilir²⁷⁵.

²⁷¹Serbest piyasa ekonomisi özel mülkiyet haklarının korunduğu, kişilerin ürettiklerini serbestçe değiştirebildikleri, tam rekabet şartları içinde ekonomik faaliyetlerinin serbestçe yapılabildiği ve bunlara devletin müdahalesinin sınırlı olduğu bir ekonomidir. Serbest piyasa ekonomisi liberalizmin ekonomi ayağını oluşturur. Bkz. M. Acar (2009), Liberalizmin iktisadi modeli serbest piyasa ekonomisi. *Eskiyeni*. (15), s. 19.

²⁷²Sözleşmelerde bir tarafın üstünlüğü sadece ekonomik güç bakımından değildir. Bu üstünlük sözleşmelerin akdedilmesi sırasında bir tarafın bilgi, yetenek, tecrübe gibi unsurlara sahip olup diğer tarafı etki altına alıp alamaması (verhandlungstaktisch) şeklinde bir üstünlük olabileceği gibi, tarafların içinde bulunduğu psikolojik durumunun elverişli olup olmamasından da kaynaklanabilir. Bu şartlar altında sözleşme akdeden ve bu yönlerden zayıf konumda olan tarafın kabul edilemez şekilde bu konumunun kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla bazı koruma mekanizmalarına ihtiyaç vardır. Bkz. Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 88.

²⁷³Bugün, özel hukuktaki hakların kötüye kullanılmasının sözleşme özgürlüğü sorunu olmadığı, sözleşme adaletine dayalı kriterlerle çözüme kavuşturulması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Kramer, 1974, **a.g.k.**, s. 19.

²⁷⁴Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 38; H. Honsell (2002). Iustitia distributiva-ius commutativa. *FS für Theo Mayer-Maly*, Köln-Wiener-Wien: Böhlau Verlag, s. 287. Ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm/ 6. Sözleşme adaleti, s. 41 vd.

²⁷⁵Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 47; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 26-27.

Özellikle sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında var olduğu kabul edilen şekli eşitliğin, sözleşmenin kurulması esnasında da devamının sağlanması sözleşme adaletinin tesisi açısından önem arz eder²⁷⁶. Sözleşme adaleti bir yönüyle sözleşenlerin aynı imkânlarla sahip olmasını deyim yerindeyse silahların eşitliğini, bir yönüyle de taraflar arasında mutlak eşitliğin sağlanmasını, bir anlamda iki tarafın da eşit oranda hak ve yetkilere sahip olabildiğini ifade eder. Lakin bu noktada adaletin bireyselleştirilmiş, somutlaştırılmış hali olan, hukuk kurallarının katılığını yumuşatan, daha ılımlı etkisi olan hakkaniyete daha çok ihtiyaç duyulacaktır.

Kelepçeleme sözleşmesi gibi hukuksal sorunların değerlendirilmesinde somut olayın/durumların şartlarını hâkim takdir edecektir. Buradaki ölçütler de hukuka ve hakkaniyete uygunluktur (TMK m. 4). Hakkaniyet ölçütü de adalet kavramı ekseninde ele alınır²⁷⁷. Somut olay adaleti de diyebileceğimiz hakkaniyetle olayın ayrıntılarına girilerek daha adil bir sonuca ulaşmak mümkün olacaktır.

Kelepçeleme sözleşmesi bu bahsettiğimiz kavramların ışığı altında ele alınması gereken bir hukuksal sorundur. Öğretide de en çok kullanılan ve bizim de tercih ettiğimiz ifadeyle kelepçeleme sözleşmesi²⁷⁸ (Knebelungsvertrag) kavramının temelinde ise kişilik hakkı yatmaktadır. Bu kişilik hakkı ise TMK m. 23/2'nin esasını oluşturan karar verme özgürlüğünün bir görünüm şekli olan ekonomik (faaliyet) özgürlüğüdür.

Kelepçeleme sözleşmesi nitelemesinin, ilk bakışta bir sözleşme türü olduğu düşüncesine götürmesi muhtemeldir. Ancak bu ne kanunda düzenlenmiş (tipik) bir sözleşme türüdür ne kanunda düzenlenmeyen isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. Konusu mal ve hizmet olan her tür sözleşmede karşılaşılabilecek, kısmen veya tamamen hükümsüzlüğüne yol açabilecek bir hukuksal bir sorundur.

²⁷⁶Klasik sözleşme modeli sözleşmelerin pazarlık sonucu meydana geldiğini, tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olduğunu kabul eder. Şekli eşitlik burada kendini gösterir. Oysa günümüzde tarafların pazarlık gücünün eşit olmadığı, ekonomik açıdan güçlü tarafın sözleşme koşullarını belirlediği, diğer tarafın ise buna boyun eğmek zorunda kaldığı aşikardır. Bkz. Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 20.

²⁷⁷Hakkaniyet kavramı ve ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm 7. Kısım.

²⁷⁸Öğretide “kelepçeleme sözleşmesi” ifadesi yerine “aşırılık içeren sözleşmeler”, “kısıktırak bağlama sözleşmesi”, “cendere sözleşmesi”, “boğazlama sözleşmesi” ve “köleleştirme sözleşmesi” gibi ifadeler de kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. V. Başpınar (1991). Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme sözleşmeleri. *Ankara Barosu Dergisi*. (1), s. 22; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 6.

2. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

2.1. Terminoloji

Kelepçeleme sözleşmesi son yıllarda daha sık ele alınsa da Türk hukukunda yeni bir kavramdır. Aslı Alman Hukukundaki “Knebelungsvertrag”dır. İsviçre Hukukuna, dolayısıyla Türk Hukukuna da bu kaynaktan geçtiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü yakın geçmişe kadar her iki hukuk sisteminde konu farklı kavram ve başlık altında ele alınmaktaydı. Alman Hukukunda İmparatorluk Mahkemesi kararlarında bile kavram bu adla çeşitli yönleriyle ele alınmıştır²⁷⁹.

“Knebelungsvertrag” tamlamasındaki sözcükler birebir Türkçeye çevrildiğinde anlam bütünlüğü olan bir kavram ortaya çıkmaz. Kavramın kökünü oluşturan “knebeln”in kelime anlamı ağzını tıkamak²⁸⁰, bağırmasını engellemek amacıyla ağzın bir tıkaç (knebel) ile kapatılmasıdır²⁸¹. Bu bağlamda kavramın “zor durumda olan kişinin söz söyleme, itiraz etme imkânının sözleşme ile ortadan kaldırılması ya da zorlaştırılması” şeklinde dile getirilmesi mümkündür²⁸². Kavramın içeriği ele alındığında ise anlamın daha farklı yönleri olduğu görülmektedir. Çünkü kelepçeleme sözleşmesinde durum kişinin ekonomik özgürlüğü üzerinde bir sınırlama veya özgürlüğün ortadan kaldırılmasıdır.

Türk ve İsviçre Hukukunda Medeni Kanunun ‘kişiliğin korunması’, ‘aşırı bağımlılık yaratan taahhütler’ çatısı altında ele alınan kelepçeleme sözleşmesinin, Alman Hukukundaki yeri Medeni Kanunun ‘ahlâka aykırılık’ başlığıdır.

²⁷⁹H. Böhme. (1931), *Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichgerichts*. Leipzig, s. 8; R. Scheuning (1930). *Der Knebelvertrag*. Stuttgart: Drucs. 1 vd. Scheuning, “Knebelvertrag” olarak ifade (tercih ettiği -ki eserinin bazı yerlerinde “Knebelungsvertrag” ifadesi de geçmektedir- kavrama aslında Alman Medeni Kanununun (BGB) eski dönem literatüründe rastlanmadığını, kavramın hukuk hayatına yeni girdiğini belirtmektedir. Yazarın hem eserinin hem atıfta bulunduğu eserlerin basım yılları dikkate alındığında bahsedilen dönemin bir asır öncesine uzandığını, dolayısıyla Alman Hukuku açısından kavramın kısa denemeyecek bir geçmişe sahip olduğunu söyleyebiliriz. Alman İmparatorluk Mahkemesinin kavramın geçtiği eski tarihli kararları için bkz. **a.g.k.**, s. 5 vd.

²⁸⁰O. N. Kıyğı (2003). *Pons kompaktwörterbuch Türkisch*. Stuttgart: Ernst Klett Sprachen, s. 359; D. Götz vd. (2008). *Langenscheidt Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache*. München: Langenscheidt Verlag, s. 623.

²⁸¹Langenscheidt Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache. München: Langenscheidt Verlag, s. 623. Bu sözlükte ağzı kapatan cisim, tıkaç “knebel” olarak ifade edilmektedir (s. 363).

²⁸²Çalışmamız kapsamında yaptığımız araştırmalarda gerek Alman Hukukunda gerek İsviçre Hukukunda kavramın nereden ve nasıl ortaya çıktığına ilişkin bir kaynak bulunamamıştır. Bu nedenle kavramın en azından barındırdığı sözcükler itibarıyla anlamının ortaya konulması tercih edilmiştir. Kavramın terminolojisi ve tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 5 vd.

Gerek İsviçre Hukukunda gerek Türk Hukukunda konunun “aşırı bağlanma, aşırı bağlantı, aşırı sınırlandırma ve aşırılık” kavramları etrafında incelendiği görülmektedir. Kelepçeleme sözleşmesi “übermässiger Bindung” (İMK m. 27) ve “aşırı sınırlama” (TMK m. 23) üst başlıkları altında ele alınan hukuksal sorunlardandır. Türk Hukukunda konuyu bu adla ve ilk kez ayrıntılı biçimde ele alan Ünal, İsviçre hukukunda ‘teknik kavram olarak kabulünün daha eskiye dayandığını’ ifade etmektedir²⁸³. Kanaatimizce yazarın buradaki ‘teknik kavram’ ifadesi, kavramın o adla da kabul edildiğini, hukuk dünyasında yerini o şekilde de aldığını göstermeye yöneliktir. Ünal, birçok sözleşmede ortaya çıkan ihlal hali olması ve kira, satım vb klasik sözleşme türlerinden ayırt edilebilmesi nedeniyle kavramın çoğul kullanım şeklini tercih ettiğini belirtmektedir. Devamında ‘fahiş şartlı sözleşme’ şeklinde de ifade edilebileceğini belirtmektedir²⁸⁴. Çalışmamızın adı öğretici ve uygulamadaki yaygın kullanım şekliyle ‘kelepçeleme sözleşmesi’dir. Her tür hukuki işlemde, özellikle sözleşmelerde ortaya çıkan bir hukuksal sorun olması ve bu soruna bir çerçeve oluşturabilmesi için tekil kullanım halini tercih ettik. Bir tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğünü ortadan kaldıran, sınırlandıran (kira, satım, hizmet vb) sözleşmedeki hüküm/hükümler itibarıyla, tabiri caizse, borçlunun ekonomik kişiliğine kelepçe vurulmaktadır. Bu nedenle kavramı ‘kelepçeleme sözleşmeler’ şeklinde ifade etmek de mümkündür.

2.2. Tanım

Kelepçeleme sözleşmesi sözleşme özgürlüğünün alt başlıklarından içerik özgürlüğüne kişilik hakkına ve ahlâka aykırılık açısından getirilen bir sınırdır. Sözleşme özgürlüğü kişilik hakkının serbestçe gelişimi noktasında önem arz eder. Kişinin toplumda varlık göstermesi, yer edinmesi, (ekonomik) faaliyetlerde bulunması ve yaşamını idame ettirebilmesinin önemli araçlarından biri sözleşmelerdir. Lakin kişilerin kendilerinden beklenemeyecek şekilde ağır taahhütlere girmesi, buna zorlanması ekonomik faaliyetlerini büyük ölçüde aksatır veya hiç yapamaz hale getirir. Bu da sözleşme özgürlüğü ilkesini felce uğratar ya da ilkeyi uygulanamaz kılar.

Herhangi bir kişinin kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen bu özgürlüğünde serbestçe faaliyette bulunacağı, bunları gerçekleştirmek veya sürdürmek için sözleşmeler

²⁸³Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 12, dn. 29.

²⁸⁴Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 13

(geniş anlamıyla hukuki işlemler) yapacağı da açıktır. Bu sözleşmeler kişinin özgürlük alanını belli ölçüde daraltacaktır elbette. Ancak sözleşme nedeniyle kişinin mutlak hakları arasında sayılan ekonomik varlığı, önemli bir yönüyle ekonomik faaliyet özgürlüğü arzu edilmeyen ölçüde sınırlandırılıyor veya ortadan kaldırılıyor, faaliyet sahası aşırı ölçüde daraltılıyor, kişi bu sözleşmeyle altından kalkılması güç durumlarla karşı karşıya bırakılıyorsa, bu sözleşmenin kelepçeleme hali ihtiva ettiğinden söz etmek mümkündür.

Kelepçeleme sözleşmesi, bir hukuki işlemin zayıf tarafının ekonomik faaliyet özgürlüğünün ahlâka aykırı olacak biçimde aşırı oranda sınırlandırılmasıyla ilgili hukuki işlemin kısmen veya tamamen hükümsüzlüğüne yol açan bir hukuksal sorundur.

3. KELEPÇELEME HALİ

Bir sözleşmenin hüküm veya hükümlerinin kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için birtakım unsurların gerçekleşmesi gerekir. Biz bu unsurlar bütünü 'kelepçeleme hali' olarak adlandırmayı tercih ettik. Bu unsurlar, ilişkin olduğu sözleşmenin kısmen veya tamamen geçersizliğini değerlendirmek için, somut olaya göre ayrı ayrı veya birlikte ama mutlaka göz önünde tutulmalıdır.

Kelepçeleme hali oluşturan bu unsurların varlığıyla, kişinin üstesinden gelemeyeceği bir yük altına girdiği, ekonomik faaliyetlerinin engellendiği veya ortadan kaldırıldığı söylenebilecek, sonuç itibarıyla kelepçeleme sözleşmesinin varlığı kabul edilebilecektir.

3.1. Kelepçeleme Halinin Varlığı İçin Aranacak Unsurlar

Bir sözleşmede, özellikle zayıf olan tarafın ekonomik faaliyet alanını daraltan veya ortadan kaldıran bu unsurları çeşitli yönlerden ele almak ve sınıflandırmak mümkündür. Bu bağlamda öncelikle kelepçeleme halini barındıran bir esas sözleşmeye ihtiyaç vardır. Esas sözleşmenin hüküm veya hükümlerinin kişilik hakkını sınırlaması veya bu haktan vazgeçme sonucunu doğuracak nitelikte olması gerekecektir. Aşağıda bu unsurlar ele alınmaktadır.

3.1.1. Taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme

Kelepçeleme sözleşmesinin konusu mal ve hizmet olan her tür sözleşmede karşılaşılabilecek bir geçersizlik hali olduğu bilgisinden sonra, ilk olarak bu tür bir işlemin varlığı ve geçerliliği değerlendirilmelidir. Başka deyişle geçerlilik şartlarını haiz bu türde bir işlem olmadan kelepçeleme sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Kelepçeleme sözleşmesi m. 23/2²⁸⁵ çatısı altında ele alınır ve ilgili hüküm esasında hukuki işlemle gerçekleştirilen ihlallere karşı koruma sağlar²⁸⁶. Bu nedenle kelepçeleme halini sözleşme dışındaki hukuki işlem türleri yönüyle de incelemek gerekecektir.

Hukuki işlemi türleri sınıflandırmamızda ilk ölçüt irade beyanı sayıdır. Asgari sayı örneği vasiyetname, feragat gibi tek taraflı hukuki işlemlerde kelepçeleme halinden, dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesinden bahsedilemez. Edimler arası denge, ekonomik güç unsurlarının değerlendirilmesinde en az iki tarafın bulunması gerekir. Aynı gerekçeyle sözleşme, karar gibi çok taraflı hukuki işlemlerde ise kelepçeleme sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir, somut olaylarda bu tür örneklerle karşılaşılmıştır da.

Hukuki işlem türlerinde ikinci ölçüt, hüküm ve sonuçlarını doğacağı an/zaman esasına dayanır. Bu bağlamda sağlararası hukuki işlemlerde tereddütsüz karşılaşılabilecek, ölüme bağlı işlemlerden de sadece miras sözleşmelerinde kelepçeleme sözleşmesinden bahsetmek mümkün olacaktır²⁸⁷.

Hukuki işlemlerin etkisinin yöneldiği değer ölçütü ayırımıyla kelepçeleme sözleşmesinin hem kişi varlığını hem malvarlığını etkilediğini söyleyebiliriz²⁸⁸. Bir kişilik hakkı olarak kelepçeleme sözleşmesinin özünü teşkil eden ekonomik faaliyet

²⁸⁵Kişiliđin korunması başlıklı TMK m. 23 üç fıkradan ibarettir. İlk fıkrada hak ve fiil ehliyetinden kısmen veya tamamen vazgeçilemeyeceği; ikinci fıkrada özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği, onların hukuka veya ahlâka aykırı bir şekilde sınırlandırılmayacağı; üçüncü fıkrada ise yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olduğu, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Hükümde, ne tür işlemlere karşı koruma sağlandığı noktasında bir açıklık olmasa da öğretilerde maddenin koruma kalkanının hukuki işlemlere karşı olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 85 vd.

²⁸⁶M. Dural ve T. Öğüz (2021). *Türk Özel Hukuku cilt II-Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 149.

²⁸⁷İsviçre Federal Mahkemesinin bu çerçevede ele aldığı karar için bkz. BGE 5C 72/2004 (www.bger.ch).

²⁸⁸Hukuki varlık kişi, kavram niteleyen kişilikle yakından ilgili işlemlerin kural olarak malvarlığına etkisi yoktur. Örneğin kişilik hakkının kişiyi, ana baba sıfatına bağlı velayet hakkının küçüğü korur. Hukuki işlemlerin büyük bir kısmı ise işlemi yapan kişinin malvarlığını, aktif ve/veya pasif kısmını etkiler (Bkz. Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 168).

özgürlüğü kişi varlığını doğrudan, malvarlığını ise sonuçları itibariyle dolaylı etkilemektedir²⁸⁹. Kelepçeleme sözleşmesi malvarlığına etki bakımından hukuki işlemler başlığında, borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmelerde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Ancak alacağın toptan temlik örneğinde olduğu gibi tasarruf işlemlerinde de rastlanmaktadır²⁹⁰.

Hukuki işlem türlerinin tasnifi sonrasında önemli bir konu da kelepçeleme sözleşmesini ihtiva eden hukuki işlemin (sözleşmenin) geçerlilik koşullarını taşımasıdır. Örneğin şekle aykırı bir sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacak, bu durumda sözleşmenin kelepçeleme hali nedeniyle hükümsüzlüğü tartışılmayacaktır. Şekle aykırılığı bilen taraf edimini ifa etmesine rağmen sonradan hükümsüzlüğü ileri sürdüğünde istisnaen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşılıp, şekle aykırılık iddiası dinlenmediği takdirde işlem geçerli bir sözleşmeymiş gibi hükümlerini doğurabilecektir²⁹¹. İşte bundan sonraki aşamada kelepçeleme sözleşmesinin varlığı ve geçersizliği tartışılabilir.

²⁸⁹Hukukun ekonomik analizi yaklaşımı kişilik hakkına dahil değerlerin, bir noktadan sonra ekonomik bir mala, kaynağa dönüştüğünü kabul etmektedir. Bkz. Sanlı, 2015, **a.g.k.**, s. 22vd.

²⁹⁰Alacağın (toptan) temlik gibi tasarruf işlemlerinin ekonomik özgürlükleri sınırlayacağı kabul edilmektedir (F. Aral (1999). Topyekün temlik. *AÜHFD*. 42 (1-4), s. 121; S. Oktay-Özdemir (1999). *Teminat amaçlı alacak devri ve toptan temlik sözleşmeleri. İÜHFM*. LVII (1-2), s. 287). Ancak öğretilerde aksi de savunulmaktadır. Bu görüşe göre tasarruf işlemleri borç doğurmadıkları için, burada ekonomik özgürlüklerin sınırlanmasından bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir. (Bkz. Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 206). Alacağın temlik en yalın ifadeyle alacağın alacaklısının değişmesidir. Buna göre alacaklı (devreden) borçlunun iznine/onayına/bilmesine ihtiyaç duymaksızın, hukuki işlemde doğan alacak hakkını(n tamamını) üçüncü bir kişiye (devralana) temlik eder. Kaynağı TBK m. 183/İBK m. 164 vd. olup, gelecekteki alacakları da kapsayacak biçimde toptan temlik (devir) şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Alacağı garanti altına alma amacı taşır, devri mümkün, para ile değerlendirilmesi mümkün, üzerinde rehin hakkı tesis edilebilecek alacaklar devre konu olabilir. Alacağın (toptan) temlikinde, taraflar önce yazılı şekle tabi devir sözleşmesi yaparak temlik (devri) sağlarlar, sonrasında tasarruf işlemiyle alacak devralana geçer. Bunun için de devreden tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bkz. Aral, 1999, **a.g.k.**, s. 93, 99 vd; K. Dayındarlı (2010). Borçlar Kanunu'na göre alacağın temlik. (Gözden geçirilmiş, güncelleştirilmiş, genişletilmiş 4. baskı). Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, s. 82 vd; Oktay-Özdemir, 1999, **a.g.k.**, s. 274 vd). Türk ve İsviçre hukukunda toptan temliğin yapılabilmesi mümkündür. Ancak kelepçeleme sözleşmesi bu temliğe sınır oluşturabilmektedir. Kişinin alacak hakkını topyekün temlik etmesi ekonomik faaliyet özgürlüğünün aşırı sınırlandırmasına, dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesine yol açabilecektir. Bu nedenle toptan temlikte konu, zaman, karşı edim, tarafın kişisel durumu gibi unsurlara bazı sınırlar getirilerek oluşan hukuki aksaklıklar çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır (Bkz. Aral, 1999, **a.g.k.**, s. 109; Oktay-Özdemir, 1999, **a.g.k.**, s. 285 vd; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 264-265; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 193-194). Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmesine ilişkin birçok vakanın alacağın toptan temliğiyle ilgili olduğu ifade edilmektedir. Bkz. BGH 30.04.1959-VII ZR 19/58- NJW 1959 (www.beckonline.com)

²⁹¹Burada çelişkili davranış yasağı (venire contra factum proprium) devreye girerek hakkın kötüye kullanımı engellenmektedir. Bkz. Ş. Akyol (2007). *Medeni hukukta çelişki yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 133; Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 261; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 260.

Kelepçeleme sözleşmesinin varlığı ve geçersizliği değerlendirilirken borç altına giren taraf sayısı rol oynamaz. Tam iki tarafa borç yükleyen satım, kira vb sözleşmelerde de, kural olarak tek tarafa borç yükleyen kefalet vb sözleşmelerde de bu durumla karşı karşıya kalınmaktadır²⁹². Özellikle bankaların kredi sözleşmeleriyle birlikte yaptıkları kefalet sözleşmeleri -ki Alman hukukunda yaygın örnektir- bu türdendir. Lakin kelepçeleme halinin tespitinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin özellik taşıdığını belirtmek gerekir. Çünkü bu sözleşmelerde edim karşı edim dengesinin varlığı/yokluğu sözleşmenin hüküm veya hükümlerinin kelepçeleme sözleşmesi niteliği kazanmasında ayrı bir değerlendirmeye konu olur.

3.1.2. Taraflar arasındaki sözleşme ile kişilik hakkının sınırlanması veya kişilik hakkından vazgeçme

Kelepçeleme sözleşmesi ve dolayısıyla kelepçeleme hali için sözleşmenin akdedilmiş ve geçerli olmasının yanı sıra işlem ile özellikle zayıf tarafın kişilik hakkının sınırlanması ve/veya kişilik hakkından vazgeçilmiş olması gerekir. Bu noktada sınırlama ve/veya vazgeçme ile ilgilinin kişilik hakkının korumasından da kısmen veya tamamen vazgeçtiğini söylemek mümkündür.

Kelepçeleme sözleşmesi ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkını konu almaktadır. Sınırlanma ve/veya vazgeçmenin bu özgürlük üzerinde gerçekleşmesi kelepçeleme sözleşmesinin varlığı için olmazsa olmazdır.

3.1.2.1. Kişilik hakkı kavramı, niteliği ve kişisel değerler

3.1.2.1.1. Roma'dan günümüze kişilik hakkı

Modern hukuk sistemlerine etkisi yadsınamayacak derecede önemli olan Roma Hukuku döneminin kişilik kavramının ortaya çıkışı açısından ele alınması önem arz eder.

Dar anlamda kişi kavramında hareket noktası hak ehliyetidir. Buna göre hak ehliyetine sahip varlıklara kişi denir²⁹³. Kişilik ise hak ehliyetine sahip olabilmeyi ifade

²⁹² Alacaklının da kefile karşı bazı edimlerin ifasını yüklenmesi durumunda, kefalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği kazanmaktadır. Bkz. F. Eren (2021b). *Borçlar hukuku özel hükümler*. (9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları. s. 775.

²⁹³E. Özsunay (1979). *Gerçek kişilerin hukuki durumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 10.

eder²⁹⁴. Kişilerin gerçek ve tüzel kişiler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu modern hukuk sistemlerinde hak ehliyeti sahibi olabilmek için gerçek kişilerde sadece insan olmanın yeterli olduğu bilinmektedir²⁹⁵. Oysa Roma Hukukunda hak ehliyeti için sadece insan olmak yeterli değildir. Bu sonuca kölelerin hak ehliyetinin bulunmamasıyla varılmaktadır²⁹⁶. Köle, fiziken insan olmasına karşın, hukuken eşya statüsündedir.

Romalılarda kişi kelimesinin karşılığı “persona” “hukuk hayatında rolü bulunan kimse” anlamına gelir²⁹⁷. Ancak hak ehliyeti için persona olma tek başına yeterli değildir. Yanı sıra belli *status*'lara sahip olmak da gerekir. Bu statuslar da *status libertatis* (hürriyet durumu), *status civitatis* (vatandaşlık durumu) ve *status familiae* (aile durumu) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Statuslar bir kimsenin ne ölçüde hak ehliyetine sahip olduğunu göstermek açısından önem arz etmektedir²⁹⁸. Status libertatis'e göre ancak hür bir anadan

²⁹⁴Bu da kişilik ifadesinin dar anlamıyla ele alınmasıdır, (S. S. Tekinay (1992). *Medeni hukukun genel esasları ve gerçek kişiler hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 202. Ataay' a göre, kişi kavramını sadece hak ehliyeti ile açıklayan anlayışın, kişilik hakkını bağımsız bir kavram olarak nitelendirmeyen Pandekt anlayışının bir eseri olduğu, oysa İsviçre ve Türk Medeni kanunlarının Cermen anlayışına uygun olarak kişilik hakkını bağımsız kavram olarak nitelendirdiği görülür. Türk Hukukunda ise kişi kelimesine sadece hak ehliyetine sahip kimse olarak değil, TMK m. 23 ve 24'de belirtilen varlıklardan oluşan bir bütün olarak bakılmış, kişi kavramı geniş anlamıyla benimsenmiştir. Dolayısıyla her kişinin bir kişilik, her kişiliğin de bir kişi olduğu kabul edilir. Bkz. A. Ataay (1978). *Şahıslar Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 22.

²⁹⁵TMK m. 28 (İMK m. 31) kişiliğin çocuğun sağ ve tam doğduğu anda başladığını ifade ederken, çocuğun (ceninin) hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren elde edeceğini kabul eder. Dolayısıyla cenin sağ doğarsa geçmişe etkili olarak hak ehliyetine sahip olur. Alman Hukukunda ise (BGB §1) doğumun tamamlanmasıyla hak ehliyetinin başladığı kabul edilirken, öğretide ceninin malvarlıksal alanlarda kısmi bir ehliyetinin (Teilrechtsfähigkeit) bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bunun için de sağ doğma şartı aranmaktadır. Bkz. K. Larenz und M. Wolf (2004). *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: Verlag C. H. Beck, s. 106). Roma Hukukunda ceninin doğuma kadar ananın bir parçası olduğu kabul edilirken (S. Di Marzo (1959). *Roma Hukuku*. (Çev: Ziya Umur), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 33-34), klasik dönemde ortaya çıkan bir hukuk kuralı ceninin hukuki çıkarları söz konusu olduğunda canlı doğmuş gibi işlem göreceğini ortaya koymaktadır. Bkz. P. Koschaker ve K. Ayiter (1993). *Roma Özel Hukukunun ana hatları*. İzmir: DEÜHF, s. 73.

²⁹⁶Hak ehliyetinin iki prensibinden biri olan genellik din, dil, ırk, cinsiyet, renk vb, farklar gözetilmeksizin herkesin hak ehliyetine sahip olduğunu vurgularken, eşitlik prensibi herkesin buna eşit olarak sahip olduğunu ifade eder. Bu bağlamda Roma Hukukunda, hak ehliyetindeki genellik ve eşitlik prensiplerinin olmadığı, salt insan olmanın da hak ehliyetine yeterli olmadığı görülmektedir. Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 39-40; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021a, **a.g.k.**, s. 43.

²⁹⁷Z. Umur (1999). *Roma Hukuku*. İstanbul: Beta, s. 154; B. Tahiroğlu ve B. Erdoğan (2005). *Roma Hukuku dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, s. 126. Çelebican, Roma Hukukunda kişi kavramını “caput (baş)” sözcüğünün karşıladığını, “caput” tan ileri gelen “capitis deminitio (başın eksilmesi)” ifadesiyle bir kimsenin hak ehliyetinde meydana gelen olumsuz değişikliklerin kastedildiğini ifade eder. Bkz. Ö. Karadeniz Çelebican (2005). *Roma Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 128. Gürkan, Roma döneminde insanın tam anlamıyla kişi olamadığını, ‘persona’ nın beden, insan anlamına geldiğini ifade eder. Bkz. Ü. Gürkan (1995). Kişilik kavramının evrimi. *Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, Ankara: AÜHF Yayınları (498), s. 46. Güneş Peschke ise persona teriminin hem kişi hem insan anlamında kullanıldığını, persona' nın hukuken hak sahibi olabilen insan anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bkz. S. Güneş Peschke. (2014). *Roma hukukundan günümüze kişilik haklarının korunması (iniuria)*. Ankara: Yetkin Yayınları. S. 28.

²⁹⁸Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 126.

doğan çocuk hür kabul edilir, bunların hak ehliyeti vardır. Hürler içinde yer alan azatlılar hak ehliyeti yönünden bazı sınırlamalara tabidir²⁹⁹. Başka bir kimsenin hâkimiyetinde yer alan köle (servus) ise hak ehliyeti olmayan, aslen hak konusu varlıktır³⁰⁰. Köleler, hürler için gereken şartlara sahip oldukları takdirde hukuk alanında faaliyet gösterebilirler, ancak bu şartlar altında fiil ehliyetleri vardır³⁰¹.

Roma Hukukunda hak ehliyetinin değerlendirildiği ikinci durum vatandaşlık (status civitatis) idi. Hak ehliyetinin ikinci koşulu Roma vatandaşı olmaktı. Roma vatandaşları hukuk düzeninin (ius civile) tanıdığı haklara tam olarak sahipken³⁰², yabancılar (peregrinus) ius civile'nin tanıdığı (in iure cessio, mancipatio gibi) hukuki işlemleri yapma hakkına sahip değillerdir³⁰³. Ancak zamanla ius gentium (yabancılar hukuku) çerçevesinde çeşitli haklara sahip olmuşlardır³⁰⁴.

Özel hukuktaki hak ehliyetinin en önemli durumu aile (status familiae) idi³⁰⁵. Herhangi bir kimsenin hâkimiyetinin söz konusu olmadığı sui iuris'ler (kendi hukukuna sahip kişiler) hak ehliyeti varken, başkasının hukukuna tabi olan alieni iuris'ler için hak ehliyetinden söz edilemezdi³⁰⁶. Pater familias altında bulunan aile evladı (magistra, consul gibi) önemli konumlara gelmiş olsalar bile ailenin durumu değişmez, onlar alieni iuris olarak kalırlardı³⁰⁷.

²⁹⁹Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 127.

³⁰⁰Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 130. Köleler mal (res) statüsünde hakkın konusunu teşkil etseler de insan olmaları itibarıyla 'persona' kavramı içinde değerlendirilmekte, ancak hukuki durumları persona şeklinde ele alınmamaktaydı. Persona'nın modern hukuktaki karşılığı gerçek kişidir. Bkz. Karadeniz Çelebican, 2005, **a.g.k.**, s. 131; Y. Sayın. (2020). *Roma'da köle ve hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 408 vd. Kişiliğinin bulunduğu kabul edilmese de, köle insandı ve Tabii Hukuka göre bütün insanlar eşitti. (Digesta'nın bu yöndeki metni için bkz. A. B. Schwarz (1948). *Roma hukuku dersleri* (Çev: Türkan Rado), İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık, s. 239-241.)

³⁰¹Kölenin efendisi yararına mancipatio, stipulatio gibi hukuki işlemleri yapması mümkündü. Bkz. Umur, 1999, **a.g.k.**, s. 159. Ayrıca efendisi tarafından tahsis edilen sermayeyi (peculium) işleten köle sınırlı da olsa hukuki işlem ehliyetine sahiptir. Ancak bu sermaye kapsamında ortaya çıkan haklar efendiye aittir, borçlardan da köle sorumlu değildir. Bkz. Karadeniz Çelebican (2005), **a.g.k.**, s. 137.

³⁰²Ius civilenin tanıdığı haklardan bazıları hukuki işlem yapabilmek, evlenebilmek, davada taraf olmaktı. İşte bir Roma vatandaşı bu haklara tam anlamıyla sahipti. Bkz. Karadeniz Çelebican, 2005, **a.g.k.**, s. 147.

³⁰³Schwarz, 1948, **a.g.k.**, s. 244.

³⁰⁴Schwarz, 1948, **a.g.k.**, s. 244.

³⁰⁵Roma Hukukunda kamu hukuku açısından aile durumunun bir önemi yoktu. Bkz. Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 135; Umur, 1999, **a.g.k.**, s. 372.

³⁰⁶Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 135.

³⁰⁷Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 136.

Hak ehliyetine sahip olmanın şartlarını oluşturan bu durumlar zaman içerisinde değişebilmektedir³⁰⁸. Mesela bir Roma vatandaşının savaşta esir düşmesi onun hürriyetinin kaybı anlamına gelirken, sürgün cezasına çarptırılması vatandaşlığının kaybına sebep olmaktadır³⁰⁹.

Gerçek kişilerde durum böyle iken, Romalılarda çağdaş hukuk sistemlerindeki dolayısıyla bizdeki gibi bir tüzel kişilik kavramı yoktur³¹⁰. Daha çok kolektif iradesi olan ve özel malvarlığı bulunan topluluklar mevcuttur ve bunlara da bir tüzel kişilik tanınmamıştır³¹¹. Bu topluluklar özellikle üyelerinin birleşmesi ile oluşan, üyelerin birlikte hak sahibi oldukları ve aralarında seçtikleri organlar vasıtasıyla faaliyet gösteren kuruluşlar şeklindedir³¹². Bu kuruluşlar da Roma devleti, idari birer birim olan municipium ve colonialardır³¹³. Belli bir amaca (mesela dine) hizmet eden mal topluluğu olan vakıflara ise Roma'da az rastlanmaktadır³¹⁴.

Kişiliğin ve dolayısıyla hak ehliyetinin başlangıcı açısından Roma Hukukunda doğum esastır³¹⁵. Doğumun tamamlanmasıyla birlikte çocuk persona olarak kabul edilir³¹⁶. Cenin ananın bir parçası sayılır, sağ ve tam doğması şartıyla miras hakkı gibi

³⁰⁸Koschaker ve Ayiter, 1993, **a.g.k.**, s. 88.; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 136. Hak ehliyetini belirleyen bu durumların yanı sıra, bazı hallerde bu üç statüye sahip olma hakkı ehliyetinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Böyle bir durumda kişinin hak ehliyeti varken, bazı hakları kullanabilmek imkânından yoksundur. Azatlılık, din, şerefsizlik, bazı sosyal sınıflar, cinsiyet hak ehliyetini sınırlandıran sebeplerdir. Mesela köleyken efendisi tarafından azat edilen kişinin seçme hakkı kısmen mevcutken, seçilme hakkı yoktur. Keza bir Roma vatandaşı ile evlenemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz Çelebican, 2005, **a.g.k.**, s. 166-169; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 138-140; Umur, 1999, **a.g.k.**, s. 176-179.

³⁰⁹Koschaker ve Ayiter, 1993, **a.g.k.**, s. 88.

³¹⁰Aslında Romalıların tüzel kişilik kavramını tanıdıkları ancak modern hukuk sistemlerindeki tüzel kişilikten farklı ve eksik yönlerinin bulunduğu görülmektedir (M. Villey (1985). *Roma Hukuku güncelliği* (Çeviren: Bülent Tahiroğlu), İstanbul: Der Yayınları, s. 78). Roma Hukukunun temellerini attığı, ancak bir sisteme oturtmadığı tüzel kişilik düşüncesinin gelişiminde ortaçağda meslek, din veya sosyal sınıf anlayışına dayalı birliklerin, sonrasında da Cermen Hukukunda hem dernek teriminin kullanılmaya başlanmasının hem aralarında mesleki, dini veya herhangi bir bağ nedeniyle bir mala malik olanların bir araya geldiği "elbirliği mülkiyeti" kavramının önemli katkıları olmuştur. Tüzel kişilik kavramına olumsuz bakan Fransız devrimini izleyen dönemde ise kişi ve mal topluluklarına özel hukukta tüzel kişilik tanınmıştır (T. Akünal (1995). *Türk Medeni Hukukunda tüzel kişiler*. İstanbul: Beta, s. 4-5).

³¹¹Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 141.

³¹²Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 141.

³¹³Umur, 1999, **a.g.k.**, s. 179.

³¹⁴Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 142. Özellikle Hristiyanlığın kabul edildiği son imparatorluk döneminde kiliseler ve hayır vakıflarına rastlanırdı. Villey, 1995, **a.g.k.**, s. 78.

³¹⁵Di Marzo, 1959, **a.g.k.**, s. 34; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 136.

³¹⁶Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 136.

bazı haklara sahip olması mümkündür³¹⁷. Hak ehliyeti ölüm ve statusların değişmesini ifade eden *capitis deminutio* ile sona ermektedir³¹⁸.

Roma döneminde kişi ve kişilik kavramının bulunmadığı, hak sahibi olma ve hakları kullanmanın ise sadece ‘ayrıcılık’ insanlar için söz konusu olduğu görülmektedir³¹⁹.

Tek tanrılı dinlerin hâkim olduğu Ortaçağda, Tanrı’nın ruhundan yaratılan, Tanrı’nın kişiliğinin parçasına sahip kılınan varlık olarak insan, evrende en üstün değer kabul edilmiştir³²⁰. Dinsel açıdan insan olma özelliği önem kazanmıştır³²¹. İnsanların Tanrı katında eşitliği kabul edilmesine karşın, eşitsizlik gerçek yaşamda yüzünü acımasız bir şekilde göstermektedir³²². Özellikle sınıf kavgaları, soyluların ayrıcalıklı durumları bunun en büyük göstergeleridir. Soyluların egemenliği altındakilerle oluşturduğu hukuksal yapı da devamında hak ve özgürlük savaşlarını başlatmıştır³²³.

Ortaçağın hemen sonrasında ortaya çıkan (keşifler, buluşlar gibi) gelişmeler, insana insan olduğu için değer verilen Rönesans dönemi, doğaüstü yöntemlerin yerini alan bilimsel yöntemler yeni bir kapı açmıştır. Yeniçağ olarak bilinen bu dönemde insanın doğuştan ve insan olması nedeniyle hak ve özgürlüklere sahip olduğu düşüncesi yavaş yavaş yer etmeye başlamıştır³²⁴. Doğal hukukçuların bu tür düşünceleri bir süre sonra İngiliz, Amerikan Haklar Bildirilerinde yer almış, hemen sonrasında bunların da öncülük ettiği Fransız Devrimi ile “insan hakları” güvence altına alınmıştır³²⁵. Kişilik hakkı ve korunması kavramları ise “ferdiyetçi (bireyci) doktrin”in³²⁶ düşüncelerinde yer

³¹⁷Umur, 1999, **a.g.k.**, s. 155; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 137 ve ayrıca bkz. dn. 163.

³¹⁸Di Marzo, 1959, **a.g.k.**, s. 56; Umur, 1999, **a.g.k.**, s. 155. Roma Hukukunda, ölüme eş tutulan ve hak ehliyetini sona erdiren ölüm karinesi ve gaiplikten bahsedilemez. Bkz. Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, **a.g.k.**, s. 137.

³¹⁹Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 48.

³²⁰Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 48-49; T. Koyuncuoğlu (1978). Tarihsel yaklaşımla hak ve özgürlük ilişkisinin saptanması. *İÜMHAD*. 12 (15,) s. 38. Ortaçağın insana Tanrı katında değer veren anlayışı aslında Tanrı’nın yüce değerini vurgulayan bir anlayıştır. Bkz. S. Lukes (1995). Bireycilik (Türkçesi: İsmail Serin). Ankara: Ark Yayınevi, s. 54.

³²¹Koyuncuoğlu, 1978, **a.g.k.**, s. 38.

³²²Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 49.

³²³Koyuncuoğlu, 1978, **a.g.k.**, s. 38.

³²⁴Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 50.

³²⁵Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 50-51.

³²⁶Genel itibarıyla ferdiyetçi (bireyci) teoride insan aklı ön plana çıkarılır ve bu akılla insanın yüce bir değere sahip olduğu kabul edilir Bkz. Lukes, 1995, **a.g.k.**, s. 55 vd.; Z. Ö. Üskül (2003). *Bireyciliğe tarihsel bir bakış*. İstanbul: Bükre Yayıncılık, s. 44 vd).

bulmuştur³²⁷. Bu yaklaşımda hukukun kaynağının, hak ve özgürlüklerin sahibinin (özgür ve sorumlu) insan olduğu kabul edilmektedir³²⁸. Yine bu düşüncede devlet gibi toplulukların gerçek manada bir varlıkları olmadığı, dolayısıyla kendilerine özgü haklarının bulunmadığı, devletin insanların ortak menfaatlerini korumak üzere kurulduğu kabul edilirken, bu menfaatleri doğrultusunda insanlara maddi ve manevi varlığını geliştirmek amacıyla haklar tanınması gerektiği vurgulanmaktadır³²⁹. Ancak anılan hakların tanınması ve kullanılmasında, insanın sorumluluğunu kendisinin taşıması ve başkasının hakkına da saygı göstermesi gerektiği kabul edilmektedir³³⁰.

Kişilik hakkının önceleri kişi-devlet ilişkisi içinde yer aldığı, özellikle kamu hukuku kurallarıyla korunacağı anlayışı hakimdi. Zamanla, insanın diğerleriyle ilişkilerinde de korunması gereken özel bir hak olarak algılanmış ve özel hukukun konusu haline getirildi³³¹. Ferdietçi teorinin “başkasının hakkının başladığı yer” olarak belirlediği hakkın sınırı, 19. yüzyılın sonları itibariyle “sınır hukuk kuralları ile belirlenmelidir” anlayışı ile kanunlaştırma hareketlerine önyak oldu³³². Bu düşünce üzerine inşa edilen kanunlaştırma hareketleri sırasında şekillenen hukuk düzenleri artık insanı hakkın öznesi olmaktan çıkartarak onu beşeri bir varlık ve başlı başına bir kişilik olarak kabul ettiler³³³.

3.1.2.1.2. *Kişilik hakkının niteliği ve kişisel değerler*

Kişilik hakkını kısaca kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak olarak tanımlamıştık³³⁴. Doğumundan ölümüne kadar, varoluşu nedeniyle sahip olduğu

³²⁷Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 51. İnsana değer verilip “kişi” olarak kabul edilmesi, hukukun öznesi haline getirilmesi hukuki açıdan bir devrimin ortaya konmasıdır. Bkz. Koyuncuoğlu, 1978, **a.g.k.**, s. 44.

³²⁸Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 51. Ferdietçi teorinin savunucularından olduğu kabul edilen ünlü düşünür Kant’ın da belirttiği üzere ancak özgür bir insan kendi kaderini belirler. Bu özgürlük onun düşünebilmesini, dolayısıyla eylemlerinden sorumlu olabilmesini sağlar. Özgürlük aynı zamanda insan olmaktan kaynaklanan bireyin sahip olduğu tek ve asli bir haktır ki, bu da bireyi, hakkın kaynağı yapar (Lukes, 1995, **a.g.k.**, s. 61; Üskül, 2003, **a.g.k.**, s. 61-62).

³²⁹Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 51; Üskül, 2003, **a.g.k.**, s. 48 vd.

³³⁰Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 51.

³³¹Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 51.

³³²Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 51-52. Bu kanunlaştırma hareketleriyle, bir yandan kişinin mutlak, vazgeçilemez ve devredilemez haklara sahip olduğu kabul edilmiş, haklar Anayasa ile garanti altına alınmış, öte yandan özel hukuk bağlamında Medeni Kanun(lar) ile korunmuştur.

³³³Gürkan, 1995, **a.g.k.**, s. 52.

³³⁴Bkz. I. Bölüm 5.2.4. Aynı tanım için bkz. S. Helvacı (2021). *Gerçek kişiler*. 9. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 103. Öğretide kişilik hakkına ilişkin başka tanımlar da yapılmaktadır. Bu tanımlardan bir kısmı şöyledir: “Hak sahibinin hayatının, sıhhatinin, vücut tamlığının ve toplum içindeki durumunun

değerlerin bütünü, gerçek kişilerin kişiliğini oluşturur ve hukuken korunur. Kişilik hakkı, hak ehliyetine sahip olma anından itibaren kişiye ayrılmaz bir şekilde bağlıdır³³⁵.

Bir egemenlik hakkı olarak kişilik hakkı sınırlı sayı prensibine tabi değildir³³⁶. Hakkı oluşturan değerler de kanunda tek tek sayılmamıştır. Bunlar somut olayda hâkim tarafından değerlendirilecektir. Toplumsal hayatta, özellikle bilim ve teknolojideki (son zamanlarda tıp, iletişim ve medya alanlarındaki) gelişmelerin beraberinde getirdiği sorunlar da dikkate alındığında bu değerlerin kanun(lar)da tek tek sayılması imkân dahilinde görünmemekte, bu da ortaya çıkan yeni değerlerin korunamaması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Nitekim Türk kanun koyucusu böyle bir tercihte bulunmayarak, genel bir kişilik hakkından ve korumasından bahsetmektedir (TMK m. 24)³³⁷.

Kişiliğe bağlı değerlerin her birinin ayrı bir hakkın konusu mu olduğu yoksa tümü üzerinde genel, tek bir kişilik hakkının mı olduğu konusu öğretide de tartışılmaktadır. Tartışmanın eski çoğul ifade yerine kişilik hakkının tekil olarak kullanılmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir³³⁸. Anılan tartışma bu kişilik hakkının koruma alanına nelerin dahil edileceği tartışmasının devamı niteliğindedir.

Genel kişilik hakkını savunan görüş uyarınca kişilik hakkı, kişisel değerler üzerinde başkalarının etkisinden bağımsız ve özgür bir egemenlik hakkıdır, herkesi hakkına saygı duyulmasını ve kişisel değerlerin ihlal edilmemesini talebe yetkilidir³³⁹. Kişilik hakkının

korunmasına yarayan hak” (Ataay, 1978, **a.g.k.**, s. 122), “kişinin var olmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek hususundaki hakkı” (Özsunay, 1979, **a.g.k.**, s. 97), “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak” (Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 100). “Yaşama, bedensel ve ruhsal bütünlüğe, cinsel dokunulmazlığa, sağlığa, onura, saygınlığa, özel yaşamın gizliliğine, özgürlüklere, söze, sese, resme, isme ve tüketici biçimde sayılamayacak insansal, bireysel, kişisel değerlere ilişkin hak” (Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 446).

³³⁵Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 104.

³³⁶Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 447.

³³⁷1988 yılında gerçekleştirilen değişikliklere kadar mülga MK’de kişilik hakkı kavramı yerine şahsi menfaatler terimi kullanılmaktaydı. Bu, “bir kimsenin şahsi varlıklarına duyulan alakanın bir ifadesidir” denilerek eleştirilmiş, onun yerine şahsi varlıklar (değerler) terimi tercih edilmiştir. Mülga MK ve BK (m.49)’de artık bu ifade yerini ‘kişilik hakkı’ kavramına bırakmış, böylece genel bir kişilik hakkının varlığı kabul edilmiştir. Bkz. Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 104-105. TBK genel gerekçesi (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>)

³³⁸Öztañ, 2021, **a.g.k.**, s. 253; H. Hatemi (2021). *Kişiler hukuku*. (Güncellenmiş 9. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 66.

³³⁹W. Siebert (1969). Şahsiyet hakları ile ilgili meseleler (Çev: Bilge Öztañ). *AÜHFD*. XX (1-4), s. 22 vd.; R. Serozan. (1977). Kişilik hakkının korunmasıyla ilgili bazı düşünceler. *MHAD*. 11 (14), s. 93-94; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 175; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 104 ve dn. 263; Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 101; Öztañ, 2021, **a.g.k.**, s. 254; İkizler ve Tüzüner/Yünlü, 2021, **a.g.k.**, s. 346. Kanaatimizce, Hatemi kişilik hakları ifadesi yerine tekil kullanımının ve bu hakkın koruma alanına giren

birden fazla olduğuna ilişkin görüş ise, içerik ve konunun belirlenememesi, kişisel değerlerin sınırlarını ortaya koyma imkânı vermemesi, kişinin, bir hakkın hem süjesi hem konusu olamayacağı gerekçesiyle genel kişilik hakkı düşüncesini reddetmektedir³⁴⁰. Her iki görüş açısından kişilik hakkının kapsamını belirleme yetkisi mutlak olarak hâkimdedir³⁴¹. Dolayısıyla Türk ve İsviçre hukukları açısından bu tartışmanın pratik bir değeri olmadığı kabul edilmelidir³⁴². Kanaatimizce kişisel değerlerin içeriğinin her geçen gün değişmesi ve yenilerinin eklenmesi nedeniyle genel kişilik hakkı kavramının kabulü daha isabetli olacaktır. Bu kabul, öğretilerdeki görüşlere de yansiyacak ve hâkim de bunlardan yararlanarak değerlendirmesini yapacaktır. Kanun koyucu da (adın korunması gibi özel koruma gerektiren istisnai haller dışında) kişilik hakkına özgü değerleri tek tek belirtmemek suretiyle tercihini bu yönde yapmıştır.

değerlerin belirlenmesini yerinde bularak genel kişilik hakkı görüşüne işaret etmektedir. Bkz. Hatemi, 2021b, **a.g.k.**, s. 66.

³⁴⁰Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 105, dn 263.

³⁴¹Kişilik hakkının ihlali halinde bir kişisel değer hukuk düzeni tarafından korunup korunmadığını araştıracak olan hâkim, sadece özel hukukla kendini sınırlamayacak, Anayasa başta olmak üzere kamu hukuku alanında da incelemelerini yapacaktır. Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 101; Bucher, 1990, **a.g.k.**, s. 91-92.

³⁴²Türk ve İsviçre Hukuku açısından -gerek MK gerek BK düzenlemeleri ışığında- genel bir kişilik hakkından bahsetmek mümkün iken, Alman hukukunda *kanuni düzenlemeye* bakıldığında konunun farklı ele alındığı görülür. TMK m. 24 ve İMK m. 28’de, korunan değerler tek tek sayılmamış, dolayısıyla genel kişilik hakkı kabul edilmiştir. Ad üzerindeki kişilik hakkının ayrı bir maddede düzenlenmiş olması aksini göstermez. Çünkü anılan düzenleme, adın (haksız) başkaları tarafından kullanılmasına karşı özel bir korumadır. Tekinay’ın da belirttiği gibi ad kişinin çevresi ile arasındaki ilişkide devamlı rol oynayan (belki de) tek kişiliğe ait değerdir ve bu nedenle özel bir korumaya da ihtiyaç duymasını yadırgamamak gerekir (Tekinay, 1992, **a.g.k.**, s. 281). M. 25’teki koruma m. 24’teki genel korumanın özel bir görünümüdür. İki madde birbiriyle sıkı bağlantıdadır. Madde 24’ün kaynak kanundaki karşılığı İMK m. 28 bir çerçeve hüküm niteliği taşımaktadır, değerlerin neler olduğunu takdir etme hususu hâkime bırakılmıştır, (Helvacı 2021, **a.g.k.**, s. 105). Oysa Alman Medeni Kanunu § 12 ile ad üzerindeki kişilik hakkından ve bu hakkın korunmasından söz ederken, genel kişilik hakkı konusuna girmeden (hayat, vücut, sağlık, özgürlük, mülkiyet ve diğer haklar ifadesiyle) *bir takım* kişisel değerlerin korunması için -haksız fiil hukukunda tazminat yükümlülüğü başlığı altında- genel hüküm niteliği taşıyan § 823’ü devreye sokar. Bu bağlamda § 823’ün ssayılanlar dışında genel bir kişilik hakkı bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt aranmaktadır. Hükümde geçen “sonstiges Recht (diğer haklar)” ifadesinin anlamı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ifade diğer kişilik haklarını, bir diğer görüş ise mülkiyet benzeri hakları kapsar, (O. Jauernig (2004). *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: Verlag C. H. Beck, s. 1067). Ancak bu ifade Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında Alman Anayasası m. 1 (insan onurunun dokunulmazlığı) ve m. 2 (kişiliğin serbestçe gelişiminin garanti altına alınması) doğrultusunda ele alınarak “diğer kişilik hakları” olarak yorumlanacağı ve koruma altına alınacağı ifade edilmektedir, (H. E. Brandner (1983). *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung*. JZ. Nr. 18. Tübingen: J.C.B. Mohr, s. 689; E. H. Schwenk (1968). *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers*. NJW. Heft 18. s, 822). Alman ilk derece mahkemesi kararlarında da bu ifadenin “diğer kişilik hakları” olarak yorumlandığı görülmektedir. Özellikle kişilik hakkına giren değerleri tek tek saymanın mümkün olmayacağı düşüncesiyle genel bir kişilik hakkı kabul edilmiştir. Alman Federal Mahkemesi de çeşitli kararlarında bu yönde hareket etmekte, kişilik hakkına giren değerleri belirlemede bu ifadeyi ön planda tutmaktadır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasası m. 2/1’i, m. 1/1 bağlantısıyla değerlendirip, kişilik hakkının anayasayla güvence altına alınacağını belirtmektedir. Bkz. Brandner 1983, **a.g.k.**, s. 689 vd.

Kişilik hakkı, genel anlamda kişiliğin korunmasını amaçlayan, birçok değeri kapsayan bir çerçeve haktır³⁴³. Korunan her kişilik değeri, bir anlamda özel bir kişilik hakkıdır. Tek tek korunan değerlerin toplamının kişilik hakkını oluşturduğunu hep akılda tutmak gerekir. Dolayısıyla özel kişilik hakkını genel kişilik hakkı kapsamı dışında, bağımsız haklar olarak değerlendirmemek gerekir. Bunlar genel kişilik hakkının konusunu oluşturan kişiliğin somutlaşmasını, kavramla korunan değerleri ifade ederler³⁴⁴. Genel ve özel niteliği korunan hukuki değerlerin kapsamını anlatır.

Kişilik hakkı herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar kategorisinde yer alır³⁴⁵. Mutlak hak karakteriyle kişilik hakkı sahibi, hakkının herkes tarafından tanınmasını ister. Kişilik hakkına müdahale durumunda, hak, sahibine bu müdahaleyi önleme yetkisi de verir. Mutlaklığın bir boyutu da hakkın herhangi bir süreye tabi olmamasıdır. Belli bir sürenin geçmesiyle hak düşmez veya zamanaşımına uğramaz. Hakkın ihlali ile doğan tazminat alacağının zamanaşımına uğraması ise genel hükümler gereğidir.

Kişilik hakkının konusuna giren değerler para ile ölçülemez. Bu yüzden kişi varlık ve değerleri malvarlığı hakları kategorisinde yer almaz, şahıs varlığı haklarına dâhil edilir. Ancak bu durum, kişi varlık ve değerlerinin kişinin malvarlığına hiç etkisi olmayacağı anlamı taşımaz³⁴⁶. Bazı durumlarda kişilik hakkının ihlali malvarlığını da etkileyebilir. Kişinin vücut tamlığına yönelen saldırı sonucu çalışamaz hale gelmesinin onun malvarlığını olumsuz yönde etkilemesi gibi³⁴⁷.

Bu noktadan baktığımızda kelepçeleme sözleşmesinin temelini oluşturan ekonomik faaliyet özgürlüğünün kişinin malvarlığını da etkileyen bir unsur olduğunu söyleyebiliriz. Sözleşme ile bu özgürlüğünün sınırlanması veya ortadan kaldırılması bir yanı sıra o özgürlüğün kullanımını aksatır, felce uğratar ya da kullanılamaz hale getirir, bir yanı sıra

³⁴³Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 100.

³⁴⁴Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 175.

³⁴⁵‘Mutlak ifadesiyle hakkın sınırsız bir içeriğe sahip olduğu anlaşılabilir’ gerekçesiyle mutlak hak yerine ‘yasaklayıcı hak’ kavramının kullanılması şeklinde görüş için bkz. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, 1997, **a.g.k.**, s. 416. Mutlak hak kavramı, ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 175; J. Akipek, T. Akıntürk ve D. Ateş (2021). *Türk Medeni Hukuku- Başlangıç hükümleri /Kişiler hukuku*. (Yenilenmiş 17. Baskı). İstanbul: Beta, s. 349; Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 103; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 447; Hatemi, 2021, **a.g.k.**, s. 66; Öztan, 2021, **a.g.k.**, s. 256; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 107; Kılıçoğlu, 2021a, **a.g.k.**, s. 315; Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 118; S. Helvacı ve F. Erlüle (2021). *Medeni hukuk*. 7. Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 85.

³⁴⁶Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 103.

³⁴⁷Bu durumda başvurulacak hükümler TMK m. 24 ve 25’tir. Kelepçeleme sözleşmesinde kişi kendi eylemiyle faaliyet özgürlüğünü aşırı olarak sınırlandırdığı, üçüncü kişinin eylemi olmaksızın bu sınırlamayı gerçekleştirdiği için m. 24 ve 25’teki korumalardan yararlanamaz.

da malvarlığının aktif ve/veya pasif unsurlarını etkiler. Örneğin kelepçeleme sözleşmesi niteliği taşıyabilecek alacağın toptan temlikinde alacağını teminat altına almak amacıyla, borçlu, üçüncü kişilerden elde edeceği bütün alacak haklarını devredeceğini taahhüt ettiğinde bu kişilik hakkı olarak ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlanması anlamına gelmekte ve devamında borçlunun malvarlığının aktif kısmının azalmasına yol açmaktadır.

Sadece hak sahibi tarafından kullanılabilir olması nedeniyle kişilik hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır³⁴⁸. Kişilik hakkından vazgeçilemez veya başkalarına devredilemez³⁴⁹. Devredilemeyen hak mirasçılara da geçemez. Diğer bir ifadeyle kişilik hakkında külli, cüz'î halefiyet olmaz. Ancak kişilik hakkı kapsamındaki bir değeri/unsuru kullanmaktan vazgeçmek veya kullanımını bir başkasına devretmek mümkündür. Kişiye ait özel bir resmin kullanımını başkasına devretmek gibi.

Kişilik hakkına ilişkin temel sorunlardan biri de kapsamıdır. Kapsamındaki kişilik değerlerinin belirlenmesi hakkın korunmasında çerçeveyi de çizecektir. Kanunda kapsama giren değerlerin/unsurların tek tek sayılmaması, genel olarak kişilik hakkından bahsedilmesi esnek bir yaklaşımın ifadesidir. Bu tür bir yaklaşım gelişmeler doğrultusunda ortaya çıkacak yeni ihtiyaçlara cevap verilebilmesine de olanak sağlamaktadır³⁵⁰. Bu bağlamda özel kişilik değerlerinin ve içeriklerinin belirlenmesi kişilik hakkının mutlak niteliğinin bir sonucudur ve hukuk güvenliğinin gereğidir. Bu durum muhtemel hak kayıplarının ortadan kaldırılmasına hizmet eder. Dolayısıyla kişilik hakkı kapsamındaki değerlerin tek tek belirlenmesine gerek yoktur.

³⁴⁸Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar üst kavramdır, kişilik hakkını da içine alır. Her ikisi de kişiliği korumaya hizmet ederler. Hakkın ihlali halinde ortaya çıkan malvarlıksal talepler dışında kişilik hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Bkz. F. T. Karakaş. (2015), *Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 26. Her hakkın öznesi hukukun kişi olarak kabul ettiği varlıklardır. Bunlar da gerçek ve tüzel kişilerdir. Ancak bazı hakların sahiplerini belirlemede bir bağa ihtiyaç vardır ve bunlara bağlı hak denir. Bağlı haklarda hak sahipliğinin bir sıfatla bağlı vardır, sıfatı taşıyan kişi hakkın sahibidir. Eşyaya, alacağa bağlı haklarda olduğu gibi. Kişilik hakkı ise kaynağından doğduktan sonra bir bağı takip etmez. Bkz. Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 132 vd; Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 161 vd; İkişler ve Tüzüner/Şen Doğramacı, 2021, **a.g.k.**, s. 172. Aynı kavramın bağımlı hak olarak ifadesi için bkz. Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, s. 29.

³⁴⁹Anayasa'daki hükümlerle "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" (m. 12).

³⁵⁰Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 178.

Aşağıda ana hatları ile ele aldığımız kişilik değerleri, kişilik hakkının önemli bir bölümünü oluşturmaktadır; içerikleri de her geçen gün değişmektedir³⁵¹.

3.1.2.1.2.1. *Hayat, sağlık ve vücut tamlığı*

Hayat, sağlık ve vücut tamlığı hakları fiziksel (maddi) bütünlüğe ilişkin kişilik hakkı olarak kabul edilir ve Anayasa tarafından da güvence altına alınmıştır³⁵².

Kişilik hakkı içerisinde en önemli değerdir hayat hakkı. Bu hak olmadan sağlık, vücut bütünlüğü, saygınlık, onur gibi diğer değerlerin anlamından bahsetmek de olanaksızdır. En temel ve kutsal kişilik hakkı olan hayat hakkı, *kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, sürdürebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi* olarak tanımlanabilir³⁵³. Kişinin bu tür bir hakka sahip olması onun hayatı üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunabilmesi veya başkalarının bu yöndeki tasarruflarına izin vermesi anlamına gelmez³⁵⁴. Aksine hukuk düzeni kişinin hayatı üzerinde yapacağı bu nevi tasarrufları yasaklamaktadır. Kişinin kendi yaşamı üzerinde karar verme hakkı bulunmadığı için, kendi ölümüne rıza göstermesi de hukuka aykırıdır³⁵⁵. Tartışmalı olmakla birlikte kişinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalık sebebiyle çektiği acılara son vermek üzere isteğiyle ölümünün gerçekleştirilmesi

³⁵¹Örneğin kişilik değerlerinden olan vücut tamlığı içinde ele alınan psikolojik taciz (mobbing) kavramı son yıllarda gerek öğretiyi gerek uygulamayı hayli meşgul etmektedir. Öyle ki kavram kişiliğin korunması çerçevesinde kanun koyucuyu da harekete geçirmiş, Türk Hukukunda ilk olarak TBK’de (m. 417) düzenlenmiştir (Bkz. Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 113 vd). İşçinin kişiliğinin korunması başlıklı hükmüne göre: ‘İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.’

³⁵²Anayasa m. 17 “herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” ifadesiyle hayat hakkını, “tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz” ifadesiyle vücut tamlığını en üst düzeyde korumaya tabi tutmuştur.

³⁵³K. Bayraktar (1972). *Hekimin tedavi nedeniyle cezâi sorumluluğu*. İstanbul: İÜHFY.

³⁵⁴Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 111.

³⁵⁵Özsunay, 1979, **a.g.k.**, s. 99. Ancak kişinin yaşamına son vermek amacıyla intihar etmesi hukuka aykırı olarak nitelendirilmediği için suç olarak da kabul görmemiştir. Bu hayat hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilme imkânı olarak değil, hayat hakkına duyulan saygının bir ifadesi olarak da yorumlanmaktadır. Eğer intihar suç olarak kabul edilir ve cezaya tabi tutulursa, intihar etmeyi başaramayan kimsenin de ölüme teşvik edildiği kabul edilecektir. Bkz. Arpacı (2000). *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*. İstanbul: Beta, s. 10.

durumunda (ötenazi) dahi hayat hakkına bir müdahale vardır ve (birçok) hukuk düzeni³⁵⁶ kişinin rızasına karşın bu durumu makul karşılamamaktadır³⁵⁷.

Hayat hakkının tamamlayıcısı olan sağlık ve vücut tamlığı hakları kişinin sağlığı ve vücut tamlığı üzerinde tasarrufta bulunmayı da yasaklar. Kişinin vücut tamlığı üzerindeki hakkı özellikle tıbbî müdahalelerde önem arz etmektedir. Kişinin rızası halinde bu tür müdahalelerin hukuka aykırı olmadığı kabul edilmektedir³⁵⁸.

Kişinin kendi vücut tamlığı üzerinde başkalarına sağlık kazandırmak amacıyla çeşitli tasarruflarda bulunması da mümkündür. Tasarruf (mesela organ naklinde hayati organların nakledilmesinde olduğu gibi) vericinin vücudunda sürekli bir eksikliğe neden olacak, yaşama şansı ve biçimini etkileyecekse müdahale kişilik hakkına aykırı olacaktır (2238 sayılı Kanun m. 8)³⁵⁹. Yine bu nakil işlemi sağlık kazandırmadan başka bir amaçla, özellikle kazanç sağlama amacıyla gerçekleştirildiğinde, bu eylem bir tür ticarete dönüştürüldüğünde, naklin hukuka ve ahlâka aykırılığından söz edilmelidir (m. 3).

3.1.2.1.2.2. Onur ve saygınlık

Onur ve saygınlık, insan olma nedeniyle, *bulunduğu toplumun gerekli saydığı ahlâkî niteliklere sahip olduğu veya böyle kabul edildiği için kişiye verilen değerdir*³⁶⁰. Kişinin toplum içindeki yeri ile ilgili kişilik değerlerinden onur ve saygınlık göreceli kavramlardır, içinde bulunulan çevre, mesleki konum, sosyal hayat gibi durumlara

³⁵⁶Ötenazi Hollanda, Belçika, Lüksemburg ve Amerika'nın bazı eyaletlerinde yasaldır. Ancak doktorun tedaviden kaçınarak hastayı ölüme terk etme olarak ifade edilebilecek şekli olan (pasif ötenazi) biçimi daha yaygındır Bkz. M. Özen ve M. E. Şahin. (2010). Ötenazi. *ABD*. 68 (4), s. 27 vd.

³⁵⁷Ötenazinin yaşama imkânı kalmamış, acılar içinde kıvranan bir hastaya daha fazla acı çektirmemek amacıyla yapılmasının daha insani olduğu inancı kabul edilmektedir ve Türk Hukukunda ötenazi yasağı açıkça Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13'de açıklanmaktadır. (RG 01.08.1998 s. 23420. Yönetmelikle açıkça hayat hakkından vazgeçilemeyeceği ortaya konulmaktadır (f.2). Bunun yanı sıra ötenazi suç kabul edilip, cezaya tabi tutulmaktadır. Her ne kadar TCK'de ötenazi hakkında açık bir düzenleme olmasa da burada çoğunluk kasden adam öldürme suçunun (TCK m. 81) varlığını kabul etmektedir (Özen ve Şahin, 2010, **a.g.k.**, s. 29). Yazarlar (acılar içinde) iyileşme imkânı bulunmayan bir hasta için söz konusu olacak aktif ötenazi halinde şartların sağlanması durumunda kasten adam öldürme suçuna verilen cezadan daha hafif bir cezanın verilmesi görüşündedirler. Azınlıkta kalan görüş ise intihara yönlendirme suçunun (TCK m. 84) gerçekleştiğini kabul eder. Türk Hukukunda ötenazi -iki farklı nitelikte olsa da- suç olarak kabul edilmektedir (s. 33). Helvacı ötenazide kişinin rızasının bulunmasını TBK m. 52 gereğince tazminatın indirim veya ortadan kalkması sebebi olacağını kabul etmektedir (Bkz. Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 111).

³⁵⁸Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 112.

³⁵⁹Bkz. 2238 sayılı *Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun* (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2238.pdf>).

³⁶⁰Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 120.

bağlıdır, kişiden kişiye değişir³⁶¹. Bu nedenle bunlara yönelik bir saldırı olup olmadığının tespitinde o yer ve zamandaki hâkim şartların ve özellikle ahlâki değerlerin ele alınması gerekir. Ancak her kişinin asgari de olsa bir insanlık onurunun bulunduğu ve mutlaka korunmasının gerektiği, başka deyişle şartlara göre değişmeyen temel, çekirdek bir kavramın varlığı yadsınmamalıdır³⁶². Bu temel, çekirdek kavram etrafında kişinin bulunduğu yer ve zamandaki şartlarla birlikte konunun ele alınmasına ihtiyaç vardır³⁶³.

Onur ve saygınlık, temel haklar arasında yer alır ve Anayasayla da korunur: Anayasanın somut hükmüyle ‘kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz’ (m. 17/ c. 3).

3.1.2.1.2.3. *Hayat alanı*

Kişilik hakkının bir diğer görünüm şekli hayat alanıdır ve üçe ayrılarak ele alınmaktadır³⁶⁴. Kamuya açık alan, özel alan ve gizli alan. Bunlardan ilki kişinin başkalarının bilinmesi halinde rahatsızlık duymayacağı, herkese açık olaylar ve durumları kapsar³⁶⁵. Özel alan kişinin ailesi, yakınları, dostları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği, kamunun bilmesini istemediği alandır³⁶⁶. Gizli alan ise özelden daha dar kapsamda kişinin güven duyduğu kişilerle paylaştığı, bunların dışındaki kişilerle paylaşmak istemediği ya da tamamen kendine ayırdığı alanı kapsar³⁶⁷.

Türk Medeni Kanunu kişinin özel ve gizli alanını koruyarak, kişilik hakkına dâhil eder. Korunmasında kural olarak kişiler arasında fark gözetilmez. Ancak kamuya mal

³⁶¹Arpacı, 2000, **a.g.k.**, s. 123; S. Helvacı (2001). *Türk ve İsviçre Hukuklarında kişilik haklarını koruyan davalar*. İstanbul: Beta, s. 69.

³⁶²Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 131.

³⁶³Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 131. Arpacı onur ve saygınlığın ihlal edilip edilmediğinin tespitinde kişinin bulunduğu yer ve zamana göre bir değerlendirme yapılmaması gerektiği, keza bunların zaman ve yere göre değişmeyecek en üstün değerlerden olduğunu dile getirmektedir (Arpacı, 2000, **a.g.k.**, s. 127). Bizim de kabul ettiğimiz her insanın asgaride bir temel/çekirdek onur ve saygınlık hakkı olduğu, bunun dışında kalan kısma dair değerlendirmede yer, zaman veya kişinin durumunun göz önünde tutulması, ihlalin olup olmadığının tespitinde yeterlidir. Bu değerlendirme de sonuçta Arpacı'nın aradığı gibi objektif bir değerlendirme olacaktır. Dural ve Ögüz'ün de ifade ettiği gibi kişinin kendisine çok değer vermesi, kişiliğinin çok hassas olup, hassas bir onur ve saygınlık duygusuna sahip olması gibi subjektif değerlendirmeler dikkate alınmamalıdır.

³⁶⁴Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 137.

³⁶⁵Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 124.

³⁶⁶Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 124, Dural/Öz, 2021, **a.g.k.**, s. 138.

³⁶⁷Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 138. Kişinin gizli alanına dahil en önemli unsurlardan biri de sırlarıdır. Hatta kişinin gizli tutulmasında menfaati bulunduğu sırlar gizli alan olarak ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s.177.

olmuş (politikacı, sporcu, sanatçı vb.) kişilerin özel ve gizli alanlarına yönelik müdahalelerin hukuka aykırı olmayacağı kabul edilmektedir³⁶⁸. Anılanların diğer kişilere kıyasla daha kapsamlı kamuya açık alanlarının olduğunu kabul edilerek, koruma alanı daraltılmıştır. Öyle ki bu kişilerin özel ve gizli alanlarına ilişkin durumlarının bilinmesinde zaman zaman kamu yararının bulunduğu bile kabul edilmektedir³⁶⁹.

3.1.2.1.2.4. Resim ve ses

Resim ve ses kişiliğin özelliklerini gösteren, kişiyi dış dünyaya tanıtan araçlardan olup kişilik hakkının koruması altındadır. Kişinin resminin bir başkası tarafından hukuka aykırı şekilde çekilmesi, yapılması, sesinin veya görüntüsünün yayınlanması, kaydedilmesi, kullanılması kişilik hakkına müdahale niteliği taşır ve temel norm TMK m. 24 kapsamında korunur. Resim üzerindeki hak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile de korunur. Kanununun 86. maddesi uyarınca eser niteliği taşımasa dahi resim ve portreler korunmaktadır³⁷⁰.

Bir kimsenin resmini veya sesini hukuka aykırı müdahale oluşturacak şekilde yayımlama, aynı zamanda özel ve gizli alanın/onur ve saygınlığın ihlali olarak da kabul edilmektedir³⁷¹. Öyle ki resmin veya sesin yayımlanmasının bunlardan soyutlanarak daha fazla oranda kişiliği ihlal ettiği belirtilmektedir³⁷².

3.1.2.1.2.5. Ad

Kişiyi diğerlerinden ayırt etmeye yarayan, onu bireyselleştiren ve toplumdaki konumunu belirginleştiren kelime veya işaretler ad olarak tanımlanmaktadır³⁷³.

Aslında kişinin adı sadece genel hükümlerle değil, TMK öngörülen özel koruma kalkaniyle da sağlanmaktadır (m. 26). Koruma kalkani özellikle adın başkası tarafından haksız kullanımı alanına ilişkindir. Adın dışında müstear (takma) adlar, lakaplar,

³⁶⁸Dural ve Ögüz,2021, **a.g.k.**, s. 139.

³⁶⁹Helvacı (2021), **a.g.k.**, s. 129.

³⁷⁰FSEK m. 86'ya göre; 'Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez.'

³⁷¹Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s.142; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 137.

³⁷²Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 142. Yazarlar resmin yasaklanmış olmasına rağmen çekilmiş olması, izin verilmeden daha geniş bir çevreye yayılmış olması veya başkasının resmi olarak ortaya konulması hallerinde resim üzerindeki kişilik hakkının ihlalinden söz edileceğini belirtirler.

³⁷³Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 169; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 138.

unvanlar, logolar, kısaltılmış veya temsili adlar hatta e- posta adresleri de korunur³⁷⁴. Ayrıca bunlar için TTK ve FSEK de koruma imkânları öngörmektedir³⁷⁵.

3.1.2.1.2.6. Özgürlükler

Özgürlükler kişilik hakkına ait değerlerdendir³⁷⁶. Kişiye öncelik tanıyan liberal hukuk sisteminde özgürlükler, maddi/bedensel, manevi/düşünsel ve ekonomik özgürlükler şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır³⁷⁷. Sosyal hukuk sistemi topluma öncelik verir ve toplumsal özgürlükleri ele almaktadır³⁷⁸. Liberal hukuk sisteminin yarattığı eşitsizliği sosyal hukuk sistemi kamusal özgürlükleri yaratma, ekonomik özgürlükleri sınırlandırma gibi önlemlerle gidermeye çalışır³⁷⁹. Liberal sistem, kişilerin beden ve yetenek yönünden eşit olmadıklarını, yetenek/zeka farklılıkları bulunduğunu, yeteneklerin/becerilerin özgürce sergilenmesi gerektiğini, serbestçe mülk edinerek yatırım yapmalarını öğretir, bu serbest faaliyet/girişim sayesinde de toplumların gelişebildiklerini vurgular³⁸⁰.

Özgürlüğün sözlükteki karşılığı, ‘herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu /her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu’dur³⁸¹. Tanımda, özgürlüğe ilişkin iki faaliyetten bahsedilmektedir: ‘düşünme ve davranma (harekete geçme)’.

³⁷⁴Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 475; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s.138.

³⁷⁵Örneğin TTK m. 52 ticaret unvanını ve işletme adını koruyan bir hükümdür.

³⁷⁶TMK m. 23/2 de bunun açık ifadesidir. ‘Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez, onları hukuka ve ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz’. Türk hukuk öğretisi mülga MK döneminde ilgili fıkrayı dar yorumlayarak, fıkranın sadece özgürlüklerle ilgili olduğunu, diğer kişilik hakkı değerlerinin ihlalinin mülga BK 19/2 ile çözüme kavuşturulacağını kabul etmekteydi. Bu tartışma kapsamında ileri sürülen görüşlerin yeni TMK ve TBK açısından da devam ettiğini söylemek mümkündür. Çünkü yeni kanunların ilgili hükümlerinde yapılan değişikliklerin önemli bir kısmı ifadelerin türkçeleştirilmesi şeklinde olmuştur. Mülga BK m. 19/2 ye denk gelen ve ilgili maddede ifade edilen ‘şahsi hükümlere müteallik haklar’ ibaresi TBK m. 27’de kişilik hakları şeklinde türkçeleştirilmiştir. İsviçre öğretisi ise (İBK m.27) daha geniş bir çerçeve çizerek kişinin karar verme özgürlüğü kapsamında tüm kişilik hakkı değerleri üzerinde bu özgürlükten vazgeçilmesi veya aşırı sayılacak ölçüde bağımlılık altına girilmesinin yasaklandığını kabul etmektedir. Tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2008, **a.g.k.**, s. 566-567.

³⁷⁷D. Özlem (2014). Ahlâkta, hukukta ve siyasette özgürlük kavramı üstüne. *İÜHFİM*, LXXII (1), s.92.

³⁷⁸Özlem, 2014, **a.g.k.**, s. 92.

³⁷⁹Özlem, 2014, **a.g.k.**, s. 92.

³⁸⁰Doğan, 2014, **a.g.k.**, s. 93.

³⁸¹Bkz. TDK Sözlüğü (<https://sozluk.gov.tr/>)

Özgürlük medeni hukukta ise ‘herkesin bir başkasıyla hukuki işlem kurmakta, haklara sahip olma ve borç altına girmekte özgür olduğu’ şeklinde ifade bulur³⁸². Bunu sağlayan aslen sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü bir taraftan hukuki işlemlerin serbestçe kurulmasını sağlamaktadır, diğer taraftan kendisi de bir kişilik hakkıdır, medeni hukuka (m. 23/2’ye) göre korunmaktadır. Gerek sözleşme özgürlüğü gerek diğer özgürlüklerde düşünme ve harekete geçme faaliyetleri mevcuttur. Bu faaliyetler hukuki işlemlerde, işlemi kurmaya yönelik irade faaliyetleri, yerine getirilmesindeki ifa faaliyetleri şeklinde kendini göstermektedir. Görüldüğü üzere, özgürlük hukuki işlemin başından sona erdiği ana kadar varlık gösterir³⁸³. Bunun karar verme ve faaliyet özgürlüğü şeklinde ikili ayrımla ifade edilmesi de mümkündür.

3.1.2.1.2.6.1. *Karar (verme) özgürlüğü*

Karar (verme) özgürlüğü hiçbir baskı, zorlama olmadan, kişinin kendi iradesiyle hareket edebilmesi olarak tanımlanmaktadır³⁸⁴. Hukuki işlem yoluyla gerçekleştirilen sınırlandırmaların önemli bir bölümü karar verme özgürlüğünü sınırlandırabilmektedir. Bu özgürlüğün etki ve sonuçlarının geleceğe yönelik olduğu söylenebilir ki genelde bu şekilde tanımlandığı görülmektedir³⁸⁵. Ancak geçmişe yönelik olma halinin de gözden kaçmaması gerekir. Örneğin ani edimli sözleşmelerde dönme hakkının kullanılmasına yönelik karar etki/sonuçlarını geçmişe doğru götürecektir. Dönme hakkının kullanılmayacağına kararlaştırılması veya kullanımın fahiş cezai şarta tabi kılınması gibi örnekler de karar verme özgürlüğünün sınırlanması anlamına gelebilecektir. Dolayısıyla karar verme özgürlüğünü geniş anlamıyla kullanmayı tercih etmekteyiz. Konumuz kapsamında tüm kişilik değerleri üzerinde geçmişe etkili ve/veya geleceğe yönelik karar verme özgürlüğünden vazgeçilmesi veya aşırı sayılabilecek ölçüde sınırlanması şeklinde

³⁸²Bucher, 2009, **a.g.k.**, s. 94.

³⁸³Herkes özgürdür, ancak bu özgürlük kullanıldığı veya ihlal edildiği ana kadar varlığını hissettirmeyebilir. Çünkü, soyut bir kavramdır, onu somutlaştıran kişinin düşünme/davranışta bulunma faaliyetleridir. Kişi bazen özgür olduğu bilincine sahip olmadan eylemlerde bulunabilir. O bilincin olmaması özgür olmadığı anlamına gelmez. Yine özgürdür ve hukuk düzeni her durumda özgürlüğü (ve dolayısıyla kişiliği) korumaktadır. Amerikalı nörobiyolog Benjamin Libet bir deneyine dayanarak eylemlerimizin özgür irade kararının sonucu olmadığı, eylemin bilinçten önce geldiği tezini savundu. Bunun üzerine beyne yönelik araştırma yapanlar irade özgürlüğünü incelemek istediler. Bkz. <https://www.sosyalbilimler.org/ozgur-irade/>

³⁸⁴Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 249, dn. 718.

³⁸⁵J.K. Kostkiewicz, S. Wolf, M. Amstutz und R. Fankhauser (2021). *ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (FüssliK/Andrea Büchler)*. 4. aktualisierte Auflage. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, s. 146.

ele almaktayız. Ancak geçmişe yönelik kararların geleceğe etkisinin bulunacağını da gözden kaçırılmaması gerekir.

Pozitif hukukta karar verme özgürlüğüne farklı bakılabilmektedir. Karar verme özgürlüğü medeni hukukta kişilik hakkı değeridir, korunmaktadır. İlk etapta kararın içeriğinden ziyade serbest irade ürünü olup olmadığına bakılıp, irade bozuklukları (yanılma, aldatma ve korkutma) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Sonrasında ise bu özgürlüğün içeriğine getirilen sınırlama ve vazgeçme durumlarının geçerliliği sorgulanmaktadır. Oysaki ceza hukukunun bu konuya yaklaşımı biraz daha farklıdır, kusuru merkeze alıp (öncelikle irade özgürlüğüne ve) karar verme özgürlüğüne bu noktadan bakmaktadır³⁸⁶. Kişinin hukuka uygun olanı seçme/karar verme olanağı varken, hukuka aykırı olana karar vermesi kusurlu davranıştır, sonucu ise ceza yaptırımıdır. Medeni hukuktaki haksız fiil sorumluluğunu çağrışırsa da kusura atfedilen anlamın ceza hukukuna göre daha katı olduğu, burada zarar verenin davranışında subjektif durumunun dikkate alınmadığı belirtilmektedir³⁸⁷. Ceza hukukundaki kusurlu davranışın yaptırımı çoğunlukla (hapis cezası gibi) kişisel özgürlüğün kısıtlanması şeklinde tezahür ederken, sorumluluk hukukunda özellikle bir miktar paranın ödenmesi, diğer bir ifadeyle zararın tazmin edilmesi şeklindedir. Bu iki alandaki kusura yönelik bakışın farklılığı, hukuk hakiminin ceza hakiminin (kusura yönelik değerlendirilmesine ilişkin) kararıyla bağlı olmadığına ilişkin hükümde kendini ortaya koymaktadır (TBK m. 74)³⁸⁸.

Kişi serbest iradesiyle eyleme/işleme yönelik karar verdikten sonra bunu davranışa/harekete dönüştürmektedir. Davranışta da iradesinin serbest/özgür olması elbette önem arz edecektir. Normalde davranışın altında bir kararın bulunmasını bekleriz. Ancak öyle haller vardır ki karar olmadan kişi o davranışa yönel(til)mektedir. Bu da kişinin o davranışa mecbur bırakıldığı hallerdir. Örneğin sanat sergisini ziyarete giden bir kişinin, orada yapılan açık artırmaya görevli tarafından yönlendirilmesi/mecbur

³⁸⁶Ceza hukukunda norma aykırılık nedeniyle ceza yaptırımına hükmedilebilmesi için, kişinin bu normu ihlal etme iradesinin bulunması gerekmektedir. Ceza sorumluluğunun temelinde kişinin normu ihlal etme iradesi vardır. Bu iradenin davranıştan anlaşılabilmesi için ise, kişinin kusurlu sayılması gerekmektedir. Kusur sorumluluğun merkezinde yer alan, ceza yaptırımını meşru hale getiren bir unsurdur. Ceza hukukunda irade özgürlüğüne de kusur penceresinden bakıldığı görülmektedir. Hukuka uygun olana karar verebilecekken, hukuka aykırı olana/haksızlığa karar vermesi nedeniyle fail kınanmaktadır. Kınanan bir davranış olarak kusur, kişinin haklı/haksızlığa karar vermede, özgür, sorumlu, ahlaki olarak kendi davranışını tayin edebilmeye yönelik yaratılmış olmasına dayanır. Bkz. M. E. Yıldız (2021). Ceza hukukunda failin irade özgürlüğü tartışmaları. *AÜHFĐD*. 70 (4), s. 1441 ve 1471.

³⁸⁷Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 945.

³⁸⁸Kılıçoğlu, 2021a, **a.g.k.**, s. 591.

birakılması gibi. Burada da davranışa yönelik karar vermekten alıkoyması, böylece karar (verme) özgürlüğü sınırlandırılmaktadır.

Karar (verme) özgürlüğünde, kararlar tamamen bilinçli ya da (arkasında yatan duyguların) güdülerin etkisiyle alınmış olabilir. Kararlara etki edecek bu hususları da saik, sebep gibi kavramlarla açıklayabiliriz. Dolayısıyla bu kavramların hukuki işleme etkisini karar (verme) özgürlüğü çerçevesinde de değerlendirmek gerekecektir.

Bir hukuki işlemde tarafların sahip olduğu karar (verme) özgürlüğünün iki yönü bulunmaktadır. Her iki yönünde de kişinin serbest bir iradeye sahip olduğundan hareket edilmektedir. Aksi durum öncelikle irade bozukluklarını gündeme getirecektir. Serbest iradeyle ortaya konan karar (verme) özgürlüğünde kişi kendi geleceği üzerinde tasarrufta bulunabilmekte, bu doğrultuda ilk olarak hukuki işlem(ler) kurabilmekte, sonrasında da hukuki işlem(ler)in içeriğini belirleyebilmektedir.

Öğretide m. 23/2 hükmünün sadece kişilere ait karar (verme) özgürlüğünü koruduğu yönünde bir görüş vardır. Görüş, kişinin istediği gibi karar (verme) özgürlüğünü hukuki işlemle sınırladığını savunmaktadır³⁸⁹. Sınırlama hukuka veya ahlâka aykırı ise m.23/2 gereğince kişilik hakkına aykırı olacağına hükmedilecektir.

3.1.2.1.2.6.2. Faaliyet özgürlüğü

Faaliyet sözlükte canlılık, hareket, işler durumda olma, etkinlik biçiminde tanımlanmaktadır³⁹⁰. Faaliyet özgürlüğü de kişinin istediği alanda istediği biçimde işler/etkin durumda olması, faaliyette bulunması olarak ifade edilir³⁹¹. Kapsamı oldukça geniştir. Kapsama, bir yerde çalışma, bir derneğe/vakfa üye olma, ticari veya mesleki iş yapma bağlamında olumlu eylemler girdiği gibi, işten ayrılma vb olumsuz eylemler de dahildir³⁹². Söz konusu faaliyetlerin faaliyette bulunan açısından ekonomik olması,

³⁸⁹M. Pedrazzini und N. Oberholzer (1993). *Grundriss des Personenrechts*, 4. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, sh.121. Ateş TMK m.23/2 kapsamını geniş değerlendirmekte, konuyu ele aldığı her iki eserinde de aynı cümlelerle karar (verme) özgürlüğünün manevi özgürlüklerden olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla yazar hükmün özgürlükler kapsamını (maddi, manevi, ekonomik özgürlükler şeklinde) geniş tutmuş, karar verme özgürlüğünün kapsamını ise daraltmıştır. Bkz. D. Ateş (2007c). İrade özerkliği kapsamında MK. m. 23/II hükmü ve karar özgürlüğü. *ABD*. 2 (7), s. 140 ; Ateş, 2007a **a.g.k.**, s. 251.

³⁹⁰Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>

³⁹¹Bu özgürlük kişilik hakkının dinamik kişilik kısmına ilişkindir. Bununla fikri ve bedeni yetenekler, iş gücü, eylemlerle kişinin topluma katılımı, toplum içindeki varlığı belirlenir. Vücut tamlığı, onur ve saygınlık gibi statik kişilik hakkının beraberinde dinamik haklara sağlanan koruma ile kişilik hakkının tam olarak korunduğu kabul edilmelidir. Bkz. Dural ve Ögüz, **a.g.k.**, s. 144.

³⁹²Öğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 193-194.

bundan bir ekonomik yarar elde etmesi şart değildir. Bir sivil toplum kuruluşunun faaliyetlerine gönüllü olarak katılan bir kişinin bu faaliyetlerden ekonomik yarar elde etmesi beklenmez. O bu faaliyetleri maddi bir beklenti olmaksızın, gönüllülük esasına göre gerçekleştirir. Ancak faaliyet özgürlüğünün önemli bir bölümünü ekonomik faaliyetlerin oluşturduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Çalışmamızın temelini oluşturan ekonomik faaliyet özgürlüğü burada kendini gösterir ve kişilik hakkının ekonomik yönünü ilgilendirir.

3.1.2.1.2.6.2.1. Ekonomik faaliyet özgürlüğü

Ekonomik özgürlükler özünde temel bir insan hakkıdır. Esasen anayasa tarafından korunur. Kişilik hakkı olarak içeriğinin belirlenmesinde anayasa çerçevesinde bir değerlendirme yapma zorunluluğu da bulunur. Bu noktada konuyla ilgili anayasa hukukçularının (tarihsel ve düşünsel bazda da felsefecilerin) bakış açısını ortaya koymakta yarar vardır. Bu kapsamda bir görüş ekonomik özgürlükleri kişinin başkalarıyla veya tek başına isteği doğrultusunda ticaret yapma, meslek veya iş seçme özgürlüğü, serbestçe ticari girişim başlatma, kurma, işletme ile mal-hizmet üretme, dağıtma şeklinde sıralamaktadır³⁹³. Diğer bir görüş ise ekonomik özgürlükleri mülkiyet hakkı, özel teşebbüs, sözleşme ve çalışma özgürlüğü şeklinde ele almaktadır³⁹⁴.

Ekonomik özgürlüklerin genel olarak negatif anlamda tanımlandığı, dolayısıyla bu alana müdahale etmeden, devlet/muhatabın kişiye negatif karakterde yükümlülükler getirdiği ifade edilmektedir³⁹⁵. Ekonomik hakların ise pozitif özgürlüklerden olduğu kabul edilmekte ve devletin bu alanda belirlenen amaçlara ulaşması için gerekli düzenlemeleri yapması şart koşulmaktadır³⁹⁶. Negatif-pozitif ayrımının bazı hak/özgürlük hallerinde çakıştığını, doğru bir yaklaşım olmadığını savunan bir görüş ise insan doğasından kaynaklandığı kabul edilecek hak/özgürlüklerin neler olduğunun belirlenmesi gerektiğini dile getirmektedir³⁹⁷.

³⁹³Tiryaki, 2008, **a.g.k.**, s. 47, dn. 34

³⁹⁴Tiryaki, 2008, **a.g.k.**, s. 50-51-52, dn 55 ve 58'deki yazarlar.

³⁹⁵M. Taşar (2007). Ekonomik özgürlük kavramı ve Türkiye'de özgürlüklerin gelişimi. *SÜHFD.* (15), s. 146.

³⁹⁶Taşar, ekonomik özgürlükler ile ekonomik haklar arasında ters yönlü bir ilişkinin de bulunduğunu, kişiler devletten kendilerine ne kadar çok ekonomik hak vermesini isterlerse, devletin de ekonomiye müdahalesinin o denli arttığını, sonuç olarak kişilerin bireyin ekonomik ve hatta siyasi özgürlükleri sınırlandığını ifade etmektedir (2007, **a.g.k.**, s. 146).

³⁹⁷Tiryaki, 2008, **a.g.k.**, s. 41-42.

Kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünün içeriği tarihsel açıdan değişkenlik göstermiştir. Yeni iş kollarının ortaya çıkması ve yaşanan sorunlar ekonomik hayatı aynı yönde etkilemiş, normlar da ekonomik hayatın bir parçası haline gelmiş, duruma göre güncellenmiştir.

Ekonomik kişilik kavramı ile bağlantısı olan ekonomik faaliyet özgürlüğü kavramı kişinin herhangi bir alanda serbestçe faaliyette bulunabilmesi ve bundan ekonomik yarar elde edebilmesini içermektedir. Bu faaliyet mesleki veya ticari nitelikte olabilir. Ekonomik faaliyette bulunabilme özgürlüğü, öncelikle faaliyeti belirleme/faaliyete karar verme özgürlüğünü barındırır ve özgürce aldığı kararlarla ekonomik olarak gelişimde bulunabilme, geleceğini belirleme, ona yön verebilme imkânı sağlamaktadır³⁹⁸.

3.1.2.2. Kişilik hakkının korunması

Kişilik hakkı hem kamu hem özel hukuk tarafından çeşitli yasal düzenlemelerle korunmuştur. Kamu hukuku alanlarından Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlarda ceza hukukuna dair yasal düzenlemeler de kişilik hakkını koruyan hükümler içermektedir³⁹⁹. Ceza Hukuku'nda koruma dendiği zaman ilk akla gelen, kişinin kendi imkânları ile hakkını savunmasıdır. Özellikle olağanüstü hal olarak adlandırılabilir ıztırrar hali veya haklı savunmada kişi kendi gücüyle hakkını korumaya çalışmaktadır.

Teknoloji ve bilişim dünyasında hızına yetişemediğimiz gelişmeler/yenilikler kişilik hakkının diğer kamu hukuku kuralları ve alana özgü yaptırımlarıyla korunması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Son zamanlarda kişilik hakkına yönelik sınırları kesin olarak belirlenemeyen yerel ve evrensel ihlallerin çığ gibi arttığı Bilişim Hukuku alanı bunlardan en önemlilerindedir⁴⁰⁰. Alanı düzenleyen kanunların cezai

³⁹⁸Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 194.

³⁹⁹O. Sancakdar (2017). Kamu hukukunda kişiliğin korunması. *İKÜHFD*, 16 (1), s. 40-41, dn. 1. Türk Ceza Kanunu "ceza kanununun amacı" üst başlığında kişi hak ve özgürlüklerini de sayar (m.1). Bu kapsamda örneğin bir kimsenin onuruna, şerefine ve saygınlığına karşı suç işlenmesi halinde (m.125 vd), yine bir kişilik hakkı olduğu tartışmasız kabul edilen özel hayata karşı suç işlenmesi halinde ceza yaptırımlarıyla da (m. 132 vd) karşı karşıya kalınabilecektir.

⁴⁰⁰Sancakdar, 2017, a.g.k., s. 40-41, dn. 1. Hukuk sistemimizde Bilişim Hukuku alanına özgü en kapsamlı düzenleme yine TCK'de yer almaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun da bu alana özgüdür. Kanunun 9. maddesi internet yoluyla kişilik hakkı ihlal edilen gerçek veya tüzel kişiler içerik sağlayıcısı, yer sağlayıcısı gibi ilgili kurumlara başvurarak ihlal oluşturan içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilecek ya da doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini sağlayabileceklerdir. Bkz. A. S. Doğan (2020). Kişilik hakkının 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında korunması. *Bilişim Hukuku Dergisi*. (2), s. 145 vd.

sorumlulukla ilgili düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Hukuki sorumluluk açısından ise TMK ve TBK'deki kişilik hakkını koruyan genel nitelikteki hükümlere atıf yapılmaktadır.

3.1.2.2.1. Anayasal koruma

Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasa hukuku kuşkusuz kişilik hakkıyla yakından ilgilidir. Malum, kişilik hakkı temel bir haktır/özgürlüktür. Normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan Anayasa 'herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir' hükmüyle daimi gerçeği gözler önüne sermektedir (m.12).

Öte yandan Anayasa Hukuku, devletin kuruluşu, işleyişi, yönetimiyle birlikte yönetilenlerin/kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kamu hukuku dalıdır. Anayasaca tanınan, devletin işleyişinde evleviyetle gözetilmesi gereken temel hak ve özgürlükler, ihlal durumunda bir kamu/anayasa hukuku sorunu olduğu düşüncesine götürebilecektir. Ancak ihlalin kaynağının kişilik hakkı, sözleşme özgürlüğü gibi özel hukuk kökenli hak ve özgürlükler olması içerik açısından ibrenin bu alana kaymasına, Anayasanın alanı etkisi altına almasına neden olmaktadır. Bu konu özel hukuka etki görüşüyle de açıklanmaktadır. Etkinin dört başlıkta ele alındığı görülmektedir⁴⁰¹. Bunlar, özel hukuk kurallarının Anayasaya uygun yorumlanması, aykırı özel hukuk kurallarının Anayasa Mahkemesince iptali, özel hukuktaki boşlukların Anayasaya uygun doldurulması ve Anayasa kurallarının özel hukuka doğrudan uygulanmasıdır.

Anayasanın özel hukuka *dolaylı* etkisi görüşüyle kişilik hakkı ihlallerine karşı anayasal korumanın sağlanacağı kabul edilmektedir⁴⁰². Bu etkinin konumuz çerçevesinde iki yönlü olduğunu söylemek mümkündür: İlki, Anayasanın güvenceye bağladığı (kişilik hakkı, sözleşme özgürlüğü gibi) temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk kuralları ile somutlaşması, uygulama gücü bulması⁴⁰³; ikincisi, özel hukukun genel kurallarının,

⁴⁰¹Bkz. S. Kaneti. (2017). Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Anayasa'nın özel hukuka etkileri, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale*. Ankara, s. 584.

⁴⁰²Anayasada düzenlenen temel hakların, özel hukuku doğrudan etkilediğinin kabulü, alana özgü birtakım özelliklerin göz ardı edilmesine, kişi özgürlüğü ve özerkliğinin aşırı ölçüde sınırlanmasına yol açacaktır. Bkz. Z. Gören (2001). Temel hakların özel hukuk düzenine etkisi-Temel hakların yatay (üçüncü kişilere) etkisi. Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları. s. 3.

⁴⁰³Kaneti,2017, **a.g.k.**, s. 583-584.

kavramlarının Anayasaya uygun olarak yorumlanması gerekliliğidir⁴⁰⁴. Yorum faaliyeti dışında, özel hukuk kurallarında boşluk olması halinde hâkim boşluğu Anayasaya uygun olarak dolduracaktır⁴⁰⁵.

Temel hak ve özgürlüklerin hem devlet hem kişilerce ihlâli mümkündür⁴⁰⁶. Devlet harici ihlallerde korumanın sağlanması devletin görev ve yükümlülüklerindedir. Bunu da öncelikle Anayasa çatısı altında gerçekleştirecektir.

Çalışmamız kapsamında Anayasal korumanın iki durumu karşımıza çıkardığını söyleyebiliriz: Bunlardan ilki TMK m. 23 /2 bağlamında sınırlandırılan veya ortadan kaldırılan ekonomik faaliyet özgürlüğünün (ve dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesi olarak değerlendirilen bir hukuki işlemin) anayasaya aykırılık ihtiva edip etmediğidir. Yanıtın olumlu olması halinde, hakkı ihlal edilen kişinin anayasal korumayı ne şekilde talep edebileceği, ikinci olarak kelepçeleme sözleşmesinde varlığını kabul ettiğimiz ahlâka aykırılık hallerinin Anayasa kapsamında nasıl ele alınacağı, alınması gerektiği hususları çalışmamızın üçüncü bölümünde değerlendirilecektir.

3.1.2.2.2. Özel hukuk koruması

Özel hukukta kişilik hakkının koruması başlığında, öncelikle genel ve özel hükümleri ele almak gerekir. Genel hükümlerde TMK (m. 23-24-25) ve TBK (m. 58) düzenlemeleri göz önünde tutulur. Alanın diğer kanunlarında ise konu özel hükümlerle ele alınmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin (m. 54 vd), 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun manevi haklar (m. 14-19), açılacak davalar (m. 70 -71), 4857 sayılı İş Kanununun işçinin kişisel verilerinin korunması (m. 75 vd.) hükümleri örnek gösterilebilir. Bununla birlikte TBK’de de (işçinin kişilik hakkını koruyan m. 417 gibi) özel hükümler mevcuttur.

Kişilik hakkını koruyan genel hükümleriyle Medeni Kanunun korumasının iki yönlü olduğu ifade edilmektedir. Kişiliğin korunması başlığında, içe karşı koruma şeklinde ifade edilen m. 23 hükmü, dışa karşı korumanın vücut bulduğu kabul edilen m.

⁴⁰⁴Gören, 2001, **a.g.k.**, s. 13.

⁴⁰⁵Özel hukuk alanında hâkimin hukuk yaratarak boşluk doldurması halinde Anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi’nin görev alanında değildir. Dolayısıyla denetimi Yargıtay yapacaktır. Bkz. Kaneti, 2017, **a.g.k.**, s. 594).

⁴⁰⁶Gören, 2001, **a.g.k.**, s. 3. Yazar ‘temel hakların 3. kişilere etkisi’ olarak ifade edilen durumun kabulü halinde, temel hakların sadece özel kişilerle devlet arasındaki ilişkilerde değil, kişilerin kendi aralarındaki ilişkide de geçerli olacağını belirtmektedir.

24 ve 25 diğer hükümlerdir. İçer karşı korumanın hakkın, hak sahibinin kendi eylemleriyle (yaptığı hukuki işlemlerle) ihlaline, dışa karşı korumanın ise dışarıdan, üçüncü kişilerden gelen saldırılara yönelik olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁷. Adın korunması, (m. 26 ve 27) dışa karşı korumaya yönelik kaleme alınan özel hükümlerdir.

Öğretide içe ve dışa karşı koruma ayrımını kabul etmeyip, gerek m. 23'te gerek m. 24'de dışarıdan gelen saldırılarla kişilik hakkına müdahale edildiğini, m. 23'te söz edilen hukuki işlem kişinin kendi iradesinden kaynaklansa da müdahalenin dışarıdan geldiğini kabul eden yazarlar da mevcuttur⁴⁰⁸. İki hüküm arasındaki temel farkın müdahalenin hukuki işlemlerle yapılıp yapılmadığı noktasında olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce m. 23'te ihlal ister kişinin bizzat rızasıyla ortaya koyduğu hukuki işlemle ister karşı tarafça gerçekleştirmiş olsun, m. 24'de olduğu gibi (üçüncü kişi olarak ifade edemeyeceğimiz) diğer kişinin gerçekleştirdiği, dışarıdan gelen bir ihlal vardır.

Borçlar hukukunun kişilik hakkını koruyan genel hükmü m. 58'de, kişilik hakkı ihlalinde manevi tazminat düzenlenmiştir. Hükümlerle, kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz yüzünden duyulan acı, elem, ızdırabın giderilmesi amacıyla manevi tazminata hükmedileceği kabul edilmektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 449; Hatemi, 2021, **a.g.k.**, s. 66; Akipek, Akıntürk ve Ateş, 2021, **a.g.k.**, s. 356; Kılıçoğlu, 2021a, **a.g.k.**, s. 327; N. Ayiter (1968), Şahsiyet hakları açısından organ nakli. *AÜHF*. 25 (1), s. 138-139; Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo, 2015, **a.g.k.**, s. 101; H. Hausheer, und R.E. Aebi Müller (2020). *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*. 3. Auflage. Bern: Stämpfli, s. 136; Pedrazzini ve Oberholzer, 1993, **a.g.k.**, s. 111.

⁴⁰⁸Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 216; Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 567; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 143; Öztan, 2021, **a.g.k.**, s. 268; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 72, dn. 220; Karabağ-Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 86; A. Bucher (2009). *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*. 4. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 93; P. Jäggi (1960). Fragen des Privatlichen Schutzes der Persönlichkeit. *ZSR*. (79). s. 179; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 240- dn 6 ve E. Bucher (1993). *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung, Die Natürlichen Personen, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB*. 3. Auflage. Bern: Verlag Stämpfli, s. 5. Bucher, m. 23'ün (İMK m. 27) öngördüğü korumanın temelinde aşırı bağımlılık yaratan sözleşmeler olduğunu, m. 24 (İMK m. 28) ile de üçüncü kişilerin *fiili eylemlerine* karşı bir koruma ihtiyacının karşılandığını belirtir (Bkz. BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 5).

⁴⁰⁹Bununla manevi zararın niteliğine ilişkin subjektif teori ifade edilmektedir. Objektif teori ise manevi zararı kişilik hakkında meydana gelen objektif eksilme olarak kabul etmektedir (Bkz. N. Kocayusufpaşaoğlu (1980). Kişilik hakkını koruyan manevi tazminat davasına ilişkin yeni gelişmeler. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*. İstanbul, s. 145). Manevi tazminatın niteliği konusunda da öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş bunun maddi tazminat gibi gerçek bir giderim şekli olmadığını (Bkz. A. Kılıçoğlu. (1984) Manevi tazminatın hukuksal niteliği. *ABD*. (1), s. 15 vd.), diğer bir görüş kişilik değerlerindeki objektif azalmanın para karşılığı değerinin ortaya konduğu gerekçesiyle gerçek bir zararın telafisi olduğunu ileri sürmektedir (Bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 899). Manevi tazminatın zarar vereni cezalandırmak için kabul edildiğini ifade eden görüş hakkında bilgi için bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 899; Kılıçoğlu, 1984, **a.g.k.**, s. 15. Bahsi geçen görüşlerin manevi zararın niteliğini açıklayan subjektif-objektif teori tartışmalarında takınılacak tavırla ilgisi bulunduğu da ifade edilmektedir (bkz. Oğuzman, 2021, **a.g.k.**, s. 267, dn. 8).

3.1.2.2.2.1. *Kişilik hakkı sahibinin hukuki işlemlere karşı korunması (TMK m. 23)*

‘Kişiliğin korunması’ (B) harf(i) başlığında, TMK m. 23’ün hukuki işlemlerden doğan ihlallere karşı koruma olduğunu kabul etmiştik. Hükümün iki farklı konuyu ele aldığı görülmektedir. Madde başlığıyla ifade edecek olursak, hüküm kişiliğin vazgeçme ve aşırı sınırlanmaya karşı korunmasını amaçlamaktadır. Ancak ilk fıkra hak ve fiil ehliyetinden, ikincisi kişi özgürlüklerinden söz etmektedir. Bu iki fıkranın birbirini tamamladığı, aynı hukuki sonuçlara yol açtığı, yapılan ayırımın yapay olduğu ileri sürülmektedir⁴¹⁰. Kanaatimizce ilk fıkrada yaptırımın açıkça belirtilmediği bir *mutlak yasaklılık* mevcuttur, hak ve fiil ehliyetinden kısmen dahi vazgeçilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Aksi halde yaptırımın ne olacağı ise tartışmaya açıktır. İkinci fıkrada ise özgürlüklerden vazgeçmenin mümkün olmadığı, ardından özgürlüklerin sınırlanabileceği, ancak bu sınırlamanın hukuka veya ahlâka aykırı olamayacağı kaleme alınmıştır.

3.1.2.2.2.2.1. *Hak ve fiil ehliyetinden vazgeçme*

Hak ve fiil ehliyetine ilişkin hükümler emredici niteliktedir (TMK m. 8 vd). Madde 23/1 ile emredici bir düzenlemeye yönelik bir yasak getirilmiştir. Emredici hükümlerin aksi kararlaştırılmayacağı gibi, emredici hükümlerin içeriğine ilişkin bir düzenleme yapılmasının kanun yapma tekniğine ne kadar uygun olduğu da tartışılmalıdır. Dolayısıyla m. 23/1 içeriğinde bir düzenlemeye ihtiyaç var mıdır sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Bu minvalde öğretilerde birinci fıkranın kapsamı tartışılmaktadır.

Görüşlerden ilki, fiil ehliyeti konusuna açıklık getirilmeden, fıkra çerçevesinde hak ehliyetinden anlaşılması gerekenin, dava açma hakkı olduğu tezini ortaya atmıştır⁴¹¹. Buna göre hak ehliyeti kişi ile devlet arasındaki bir bağdan ibarettir ve kişilere de devlet karşısında birtakım haklar tanımakta, ödevler yüklemektedir. Bu kapsamda hakkı ihlal edilen kişinin dava açma hakkı vardır, ilk fıkradan anlaşılması gereken bu haktan feragat edilemeyeceğidir, edilirse ikinci fıkra gereğince sonuca gidilmelidir⁴¹². Bu görüşte dava açma hakkı olarak kast edilenin usul hukukundaki hak ehliyetinin görünüm şekli taraf

⁴¹⁰Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 449. Karşıt görüş için bkz. Karabağ-Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 93-94.

⁴¹¹Jäggi, 1960, **a.g.k.**, s. 152.

⁴¹²Jäggi, 1960, **a.g.k.**, s. 153.

ehliyeti olduğu söylenebilir (HMK m. 50). Ancak bizce burada fiil ehliyetinin usul hukukundaki karşılığı dava ehliyeti söz konusudur (HMK m. 51). Sonuç itibariyle görüş hak veya fiil ehliyetinin koruma alanını hayli daraltmaktadır. Lakin burada kastedilen Anayasadaki temel haklardan hak arama özgürlüğü ise ikinci fıkra gereğince koruma sağlanması mümkündür⁴¹³.

Bir diğer görüş burada tasarruf yetkisine yönelik bir yasak olduğunu, kişinin hukuki işlemle yükümlülük altına girmeyeceğinin, malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunamayacağını kararlaştıramayacağını savunmuştur⁴¹⁴.

Savunulan bir diğer görüş ise, kişinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklar üzerinde hukuki işlemler yapamayacağı, bu haklardan kısmen dahi vazgeçilmesinin kişiliğin devri anlamına geleceği şeklindedir⁴¹⁵. Beraberinde, ikinci fıkradan farklı olarak burada hukuki işlemin kişiliğe (değerlere) etkisine, işlemin yarattığı bağlılığın derecesine bakılmayacağı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara hukuki işlemlerle sınır getirilmesinin bizzat kendisinin kişilik hakkına ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı ileri sürülmektedir⁴¹⁶.

Öğretide hâkim görüş ise bu hususlara değinmeden, fıkranın lafzından yola çıkarak salt hak ve fiil ehliyetinin korunması biçiminde yorumlamakta, uygulama alanının dar olduğundan bahisle, bu çerçevelerde aynı/benzer örnekler sunmaktadır⁴¹⁷. Bu yönde bir hukuki işlemin TBK m. 27/1'e göre kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir⁴¹⁸.

Kanaatimizce m. 23/1' deki düzenleme (evlenme, boşanma, evlat edinme gibi) kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasını içerdiği gibi, hak sahibi olabilme, borç

⁴¹³Karabağ-Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 102. Yazarın özgürlüklerde birinci fıkra hükmünün uygulanacağını belirtmesi devamında savunduğu görüşüyle (bkz dn. 131) tezat oluşturmaktadır. Özgürlükler söz konusu olduğunda hükmün açık lafzı gereği ikinci fıkraya göre hareket edilmelidir.

⁴¹⁴Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 34-35. Karabağ Bulut, tasarruf kısıtlaması öngören bir sözleşmenin nisbilik ilkesi gereği tarafları bağlayacağını, kanun koyucunun bu durumu ayrıca kişiliğin korunması başlığı altında ifade etmesinin mümkün olmadığını belirterek görüşü eleştirmektedir (2014, **a.g.k.**, s. 101).

⁴¹⁵Karabağ-Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 102 vd; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.k.**, s. 219.

⁴¹⁶Karabağ-Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 110 vd. Yazar vücut bütünlüğünü konu alan sözleşmeleri de buraya dahil etmekte, m. 23/3'ün organ nakli, kan bağına ilişkin özel düzenleme olduğunu ifade etmektedir (**a.g.k.**, s. 104).

⁴¹⁷Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 567 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 390; Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 149-150; Öztan, 2021, **a.g.k.**, s. 230; Kılıçoğlu, 2021a, **a.g.k.**, s. 334; Akipek, Akıntürk ve Ateş, 2021, **a.g.k.**, s. 372 vd; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 144; Helvacı ve Erlüle, 2021, **a.g.k.**, s. 94. Fıkranın kapsamında fiil ehliyetine karşı korumanın bulunduğu görüşü için bkz. Hausheer und Aebi-Müller, 2020, **a.g.k.**, s. 145. Bahsi geçen eserlerde hak sahibi olma, borç altına girme, evlenme, boşanma, ölüme bağlı tasarrufta bulunmaya ilişkin örnekler verilmektedir.

⁴¹⁸Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 149; Öztan, 2021, **a.g.k.**, s. 230.

altına girmeye yönelik diğer işlemlerin korunmasına da yöneliktir. Kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların önemli bir bölümü aynı zamanda birer özgürlüktür. Hiç evlenmeyeceğini taahhüt etmede, bir taraftan kişiyeye sıkı sıkıya bağı hak kullanılmakta, diğer taraftan evlenme/evlenmeme özgürlüğü ihlal edilmektedir. İki durumda da kişiliğe bağı bir değer ihlal edilmektedir. Bu değerlerin kesişen iki kümenin ortak noktasında kaldığını, dolayısıyla ihlalin her iki fıkra gereğince korunmasının bir sakınca oluşturmayacağını belirtmek isteriz. Sonuçta her iki fıkranın yaptırımını, TBK m. 27/1'e göre kesin hükümsüzlüktür. Kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların m. 23/2 gereğince korunması ve sınırlamanın ancak hukuka ve ahlâka aykırı olmadığı sürece mümkün olması bu hakların yapısına da ters düşmeyecektir. Kanaatimizde bu hakların her türlü ihlali hukuka ve/veya ahlâka aykırıdır. Sınırlandırma bir taraftan bu hakları koruyan hükümlerin emredici niteliği gereği hukuka aykırılık teşkil edebilecek, diğer taraftan kişiliğe etkisi nedeniyle ahlâka aykırılık oluşturabilecektir⁴¹⁹.

3.1.2.2.2.2. Özgürlüklerden vazgeçme veya özgürlükleri hukuka veya ahlâka aykırı sınırlandırma

Türk Medeni Kanunu m. 23'ün uygulama kapsamı 'kişiliğin korunması' harf başlığıyla geniş tutulurken, ikinci fıkra lafzının kişiliğe ait değerlerden özgürlükleri konu alması içeriği daraltmaktadır. Nitekim fıkranın kapsamı öğretilerde tartışılmaktadır. Tartışmanın gerek fıkranın lafzından gerek mülga BK m. 19/2'den beri süregelen, TBK m. 27/1'de halen varlık gösteren kişilik hakkına aykırılık ifadesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁴²⁰.

Görüşlerden ilki (m. 19/2) m. 27/1'in kişiliğe bağı tüm/diğer değerleri koruma amacı taşıdığını, m. 23/2'nin ise yalnızca özgürlükleri koruduğunu savunmaktadır⁴²¹.

⁴¹⁹TMK m. 23'teki ahlâka aykırılığın hukuki işlemin kişiliğe etkisi yönünden rol oynadığı, TBK m. 27'de ise topluma veya başka kişilere sağlanan menfaatle ilişkilendirildiği kabul edilmektedir (Bkz. Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 109. Karşıt görüş ise TMK m. 23'de toplumun menfaatinin de dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır (Bkz. Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 450).

⁴²⁰Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 568; Karabağ-Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 114.

⁴²¹Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 393; Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 149; Kılıçoğlu, 2021a, **a.g.k.**, s. 335-336; Akipek, Akıntürk ve Ateş, 2021, **a.g.k.**, s. 375. Hukuki işlem özgürlüğünü koruduğu görüşü için bkz. Öztan, 2021, **a.g.k.**, s. 233. Öztan, m. 23/2'nin çerçeve bir hüküm olduğundan hareketle, kapsamını somutlaştırmak için öğretide ve mahkeme kararlarının olay grupları öngördüklerini, bunların da 'kişiliğin çekirdek alanının ihlali' ve ekonomik hareket serbestisini aşırı bağlayıcı sözleşmeler' şeklinde ayrıldıklarını ifade etmektedir. İlk grupta kişiliğin (ekonomik olmayan) çekirdek alanına ilişkin

Öyle ki görüşle her iki maddenin birbirini tamamlayarak kişilik hakkına aykırı hukuki işlemleri yasakladığı kabul edilmektedir⁴²². Devamında, m. 23'te bu yönde bir düzenleme olmasa dahi, m. 27 gereği kişilik hakkının korunacağı ifade edilmektedir⁴²³.

Diğer bir görüşle, 23/2 ile kişiliğe bağlı tüm değerlerin, kişiliğin bütününe korunduğu ileri sürülmektedir⁴²⁴. Ayrıca görüşle, üçüncü kişilerin saldırılarına karşı koruma sağlayan m. 24-25 hükümlerinin tüm kişilik değerlerini kapsadığı konusunda tereddüt bulunmazken, m. 23/2'de bazı kişilik değerleri şeklinde daraltıcı yoruma gitmenin kanun koyucudan beklenen makul bir davranış olmayacağı da kabul edilmektedir⁴²⁵. Bu görüşte olanların bir kısmı ise esasen tüm kişilik değerlerine ilişkin karar verme özgürlüğünün korunduğunu vurgulamaktadır⁴²⁶.

Biz de ikinci fıkranın sadece özgürlükleri koruduğu yorumunun kapsamı daralttığı, dolayısıyla bütün kişilik değerlerini içerecek şekilde karar verme özgürlüğünün korunduğu fikrine katılıyoruz. Öyle ki kişiliğin maddi, manevi, sosyal, ekonomik bütünlük alanlarına ilişkin olarak yapılacak hukuki işlemlerin karar verme özgürlüğüne dayandığını kabul etmekteyiz.

Kapsam tartışmasının sonrasında hüküm başka bir yönüyle de ele alınmaktadır. İkinci fıkradaki *özgürlüklerden vazgeçme* ile *özgürlüklerin hukuka/ahlâka aykırı olarak sınırlandırılması* arasında bir ayırım yapıldığı, ilkinde mutlak bir bağlanma yasağı olduğu, ikincisinde ise sınırlandırmanın mümkün ancak aşırı olmasına izin verilmeyeceği dile getirilmektedir⁴²⁷.

hukuki işlem yapma özgürlüğü, ikinci grupta ekonomik ve mesleki alanlardaki özgürlüğün ihlal edildiğini dile getirmektedir Bkz. Öztan, 2021, **a.g.k.**, s. 239 vd). Ateş ise fıkranın özgürlüklerle ilgili olduğunu kabul etmekte, ancak özgürlükleri farklı kategorilerde değerlendirmektedir. Yazar hareket özgürlüğü kişinin maddi, karar özgürlüğü manevi, ekonomik özgürlükler sosyal bütünlüğüne dahildir, yargısında bulunmaktadır (Bkz. Ateş 2007c, **a.g.k.**, s. 140 ve birebir aynı ifadeler için Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 239). Kanaatimizce özgürlüklerin bu şekilde sınıflandırılması uygun değildir. Örneğin konumuz kapsamında ekonomik özgürlükler kişinin maddi, sosyal bütünlüğüne ilişkin olabileceği gibi, karar (verme) özgürlüğünün de maddi, manevi ve sosyal yönleri bulunabilir. Keza bir taraftan m. 23/2'ün sınır olduğu, diğer taraftan hüküm kapsamında korunan sözleşme özgürlüğünün de çok yönlü olabileceği açıktır.

⁴²²Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 393; Arpacı, 2000, **a.g.k.**, s. 145.

⁴²³Arpacı, 2000, **a.g.k.**, s. 147; Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 149

⁴²⁴Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 218; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 73.

⁴²⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 569.

⁴²⁶Jäggi, (1960), **a.g.k.**, s. 198; Bucher, 2009, **a.g.k.**, s. 93; Koller, 2017, **a.g.k.**, s. 248; Hausheer und Aebi-Müller, 2020, **a.g.k.**, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 568-569; Karar verme özgürlüğünün varlığını da dikkate alan Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 150; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 220; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 145; Helvacı ve Erlüle, 2021, **a.g.k.**, s. 95.

⁴²⁷Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 568.

3.1.2.2.2. Kişilik hakkı sahibinin üçüncü kişinin eylemlerine karşı korunması

Kişilik hakkının mutlak hak niteliği, hak sahibine kişiliğine (dahil bütün değerlere) saldırıda bulunulmamasını talep etme imkânı da verir⁴²⁸. Mutlak hakkın ihlali hukuka aykırılık nitelik taşır. Türk Medeni Kanunu m. 24 ve 25 de üçüncü kişilerin bu türdeki saldırılarına yönelik koruma hükümleridir. Her kim kişilik hakkına saldırıda bulunursa haksız fiil işler, bu durumda hak sahibi hâkimden saldırıda bulunana karşı koruma talep edebilir (m. 24/1). Eğer saldırı (hak sahibinin rızası, üstün nitelikteki özel/kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması biçimde) hukuka uygunluk sebeplerinden birini barındırırsa eylem hukuka aykırılığı ileri sürülemez, hukuka aykırılık ortadan kalkar (m. 24/2).

Kişiliğe hukuka aykırı bir saldırı halinde, hak sahibinin açacağı davalar ise m. 25’de sayılmaktadır. Bunlar saldırıyı önleme, son verme, etkisizleştirmeye yönelik koruyucu davalarla, saldırının sonuçlarını düzeltmeyi, onarmayı amaçlayan tazminat davaları olarak iki başlık altında ele alınmaktadır⁴²⁹.

3.1.3. Ekonomik faaliyet özgürlüğünün konu bakımından sınırlandırılması

Kelepçeleme sözleşmesinde kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırıldığından veya özgürlükten vazgeçildiğini belirttik. Sınırlama veya vazgeçmeye ilişkin hususların belirlenmesi kelepçeleme sözleşmesinde hükümsüzlüğün gerçekleşip gerçekleşmediğinin ortaya konulmasını sağlayacaktır. Hükümsüzlüğün kabulüyle uygulanacak yaptırım ve türünü ortaya koymamız mümkün olacak, devamında bu çerçevede yeknesak bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna da yanıt bulunacaktır. Çünkü ilgili hususlar her somut olayda değişecek ve bu da bizi farklı sonuçlara, belki de farklı yaptırımların uygulanması sonucuna götürebilecektir. Örneğin TBK m. 430/3’e göre “Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini, on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim sürelerine uyarak feshedebilir”. Hüküm özellikle hizmet sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturan işçi açısından önemli bir koruma sağlamakta ve kanaatimizce bu konuda TMK m. 23’e ihtiyaç duymaksızın⁴³⁰ hizmet

⁴²⁸Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 229; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 149.

⁴²⁹Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 162.

⁴³⁰Karabağ Bulut TBK m. 430/3’te kişi özgürlüğüne iki halde müdahale edileceğini belirtmektedir. Bulut’a göre ilk müdahalede TBK m. 430/3 hükmü emredici hükmün ihlali olarak hukuka aykırılık oluşturur ve aynı zamanda TMK m.23’teki hukuka aykırılık unsuru gerçekleşir (2014, **a.g.k.**, s. 222).

sözleşmesine ihbara bağlı fesih imkânı sağlamaktadır⁴³¹,⁴³². Bu tür özel bir düzenlemenin olmadığı durumlarda ise genel hüküm niteliğinde olan TMK m. 23/2'nin uygulama bulup bulmayacağıının her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Bu bölümde kelepçeleme hali olarak, kelepçeleme sözleşmesinde konu ve diğer kavramlar etrafında ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılması/vazgeçilmesi ele alınmaktadır. Bu nedenle bundan sonraki bölümde söz konusu kavramlar incelenecektir.

3.1.3.1. Konu ve diğer kavramlar

3.1.3.1.1. Konu ve içerik

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki ilgili maddelerin Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki farklar nedeniyle konu ve içerik kavramlarına öğretilerde değişik anlamlar yüklendiği görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 19-20'nin Almanca metninde 'sözleşmenin içeriği', Fransızca metninde 'sözleşmenin konusu' ifadeleri kullanılmıştır. Çeviride Fransızca metnin esas alınması nedeniyle mülga BK'de 'akdin mevzuu' ifadesine yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanununu m. 26'da içerikten, m. 27'de konudan söz ederek, bu aksaklığın devam ettiği düşüncesine yol açmaktadır. Lakin kanun metninden hareketle durumun böyle olmadığı sonucuna varmak mümkündür. Kanunun 'F. Sözleşmenin içeriği' üst başlığının I ve II. kısımları m. 26 ve 27'yi kapsamaktadır. İki hükmün sözleşme içeriğini düzenlediği üst başlıktan açıkça anlaşılmaktadır. Madde

⁴³¹İlgili madde ihbara bağlı fesih ve tamamen fesih imkânlarıyla taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermektedir. Fesih niteliği itibarıyla yenilik doğuran haktır, hizmet sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerde sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmektedir. Kanaatimizce, TBK m. 430/3'te, kişilik hakkına aykırılık halinde sözleşmenin hüküm veya sonuç doğurmayacağı belirtilmemekte, taraflara sözleşmeyi hükümsüz hale getirme izni/yetkisi verilmektedir. İlgili maddeyi bir nevi yaptırım olarak değerlendirmekteyiz ve bu noktada haklı savunma veya zorunluluk hallerinde olduğu gibi istisna yaratıldığını, devlet eliyle zorlama imkânının olmayacağını söyleyebiliriz. Serozan, sözleşmeden dönme adlı eserinde Fransız hukuk çevrelerinde de dönme ve fesih yoluyla sözleşmenin hükümsüzleştiğinin belirtildiğini ifade etmektedir. Buna göre, sözleşmenin kuruluşundaki hukuksal aykırılıklar kesin hükümsüzlük ve iptale yol açarken, sonradan ortaya çıkan hukuksal aykırılıklara ise dönme veya fesih yoluyla hükümsüzlük sonucu bağlanmaktadır. Serozan, dönmenin tarihsel kökeni, görevleri ve amacı ve onun iradi bozucu şart uzantısı hak olduğu göz ardı edildiğini, bu nedenle de sözleşmenin hükümsüzleşmesi değil, ilişkinin akdi bir tasfiye ilişkisine dönüşmesinin söz konusu olduğunu belirterek görüşü eleştirmektedir. (Bkz. R. Serozan (2007). *Sözleşmeden dönme*. (Gözden geçirilmiş 2. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 67-68.

⁴³²Belirli süreli iş sözleşmelerinde süreli fesih bildirimini öngören TBK m. 430/3 taraflardan her birine bu imkânı tanımaktadır. Mülga BK bu imkân sadece zayıf konumda olan işçiye kişilik hakkını korumak amacıyla tanımıştır. Bununla işçi her zaman bir aylık ihbar süresine uymak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilmekteydi (m. 343). TBK m. 430/3 hükmünün eleştirisi için bkz. I. Bölüm 3.3.4. dn. 94.

27/1’de geçen ‘konu’ sadece ‘konusu imkânsız olan sözleşmelere’, sözleşme konusu şey/mal (edimin) imkânsızlığına ilişkindir.

Hukuki işlem (sözleşme) taraflar arasında bir borç ilişkisi doğurur, bu ilişkinin konusu da kural olarak ‘edim’dir⁴³³. Kelepçeleme sözleşmesi de hukuki işlemlerde ortaya çıkar. En sık karşılaşıldığı yerler, çoğunlukla iki taraflı hukuki işlemlerden sözleşmelerdir. Sözleşmenin konusu ise edim dışında, sözleşmenin ne ile ilgili olduğunu, ne üzerine kurulduğunu, dolayısıyla ‘şeyi’ de ifade etmektedir. Örneğin mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerde konu devredilecek şey/maldır. Uyuşturucu madde satışı içeren bir sözleşmede uyuşturucu madde konudur, bedel karşılığı maddenin mülkiyetinin alıcıya devredilmesi ise (verme) edimdir. Örnekte, satış sözleşmesi konu ve edim itibarıyla hukuka aykırıdır.

Öğretideki görüşlerden biri uyarınca içerik kavramına ise konudan daha geniş bir anlam yüklendiği görülmektedir⁴³⁴. Türk hukukunda da hâkim diğer bir görüşse, içerik ve konunun eş anlamlı kullanıldığını, kavramlar arası fark gözetilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır⁴³⁵. Devamında, TBK m. 26’daki sözleşmenin içeriğiyle kastedilenin, sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğünün bir yönü olduğu, bundan da konu ve içerik kavramlarına aynı anlamlar yüklendiği sonucunun çıkacağı belirtilmektedir⁴³⁶. Madde 27/1’de ‘akdin mevzuu’ ifadesine yer verilmemesiyle, metnin amaca daha uygun hale getirildiği ileri sürülmektedir⁴³⁷. Böylece konu (edim) hukuka/ahlaka aykırı bulunmasa dahi, içerik kavramı kapsamında tarafların ortak amaçları nedeniyle

⁴³³Edim daha geniş ve bağımsız bir kavramdır. Bununla bir kimsenin diğerinin yararına bir davranışta bulunması anlaşılır. Bu davranış, alacaklı veya (tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde olduğu gibi) üçüncü kişi yararına da olabilir. Edim, borçtan daha geniş (başka anlamları da olan) bir kavramdır, yerine getirilmiş bazı edimler borçlanılmamış olabilir. Sözleşmenin kesin hükümsüz olmasına karşın, borçlu olduğunu zannederek ifada bulunma hali. (Bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 101; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 34).

⁴³⁴Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 126; A. Kut (2016). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*. (3. Auflage). Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, s. 114; F. Dasser (2016). *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht. Art 19-20. Orell Füssli Kommentar*. (3. überarbeitete Auflage). Zürich: Orell Füssli Verlag AG, s. 154.

⁴³⁵Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 86; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 211. Kocayusufpaşaoğlu, ‘inhalt’ sözcüğünün içerik ve konu anlamına geldiğini belirtip, devamında bir sözleşmede tarafların fiilen anlaştıkları veya güven ilkesine göre anlaşmış saydıkları her şeyin hem içeriğe hem geniş anlamda konuya dahil olduğunu belirtmektedir. (Bkz. 2017, **a.g.k.**, s. 528, dn. 4). Başpınar, Yürürlükten kalkan BK m. 19’daki akdin mevzuu ifadesinin İBK m. 19’un Almanca metnine uygun olarak sözleşmenin içeriği olarak anlaşılması gerektiğini belirterek, iki farklı kavrama işaret etmektedir (Bkz. 1998, **a.g.k.**, s. 57, dn. 30).

⁴³⁶Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 86.

⁴³⁷Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 86.

aykırılığın varlığını kabul etmek mümkün olacaktır⁴³⁸. İçerik ifadesinin daha geniş bir anlama sahip olduğu aşikârdır.

Edim, teknik ve dar anlamıyla borçlunun alacaklıya borçlandığı, alacaklının da borçludan talep etme hakkına sahip olduğu (borç ilişkisinin) konu(su) şeklinde tanımlanmaktadır⁴³⁹. Borç ilişkisinin konusu (edim) bir yandan hakları diğer yandan borçları/yükümlülükleri içermektedir. Bu noktada konu ve içeriğin örtüştüğü söylenebilir. Ancak içerik konudan daha geniştir. Öğretide dar ve geniş anlamda içerik ayrımı yapılarak fark daha netlikle ortaya konulmaktadır. Dar anlamıyla içerik konu kavramıyla örtüşecek şekilde tarafların birbirine karşı sahip olduğu hak ve borç/yükümlülükleri içermektedir⁴⁴⁰. Geniş anlamda içerik ise tarafların kararlaştırdıkları (ifa yeri, zamanı, sorumsuzluk anlaşması, temsil yetkisi verilmesi vb) bütün hususları kapsar. Hukuki işlem (sözleşme) ile kararlaştırılan hükümlerin tamamıdır. Hatta tarafların ortak amaçları dahil edilerek, kavramın kapsamı daha da genişletilmektedir⁴⁴¹.

İçerik ile birlikte ele alınması gereken, onunla bir şekilde bağlantılı bir diğer husus ise güncelliğini hâlâ koruyan bir soruna da işaret eden ‘sözleşmenin kurulma tarzıdır’. Özellikle banka kredi sözleşmelerinde karşılaşılan, sayısı her geçen gün artan çeşitli sözleşme türlerinde, taraflardan biri üstün konumunu kullanarak zayıf tarafın menfaatlerine ters düşecek hükümleri hazırlamakta, karşı tarafa dayatmakta ve bu durumdan aşırı ölçüde yararlanmaktadır⁴⁴². Tekel olsun olmasın, taraflardan biri fiilî üstünlüğünü kullanarak edimler arasında aşırı dengesizlik yaratıp, bundan fahiş biçimde yararlanırsa, sözleşmenin ahlâka aykırılığına hükmedileceği kabul edilmektedir⁴⁴³. Bu görüşe karşı, bu gibi durumların ahlâka aykırılığa hükmetmek için yeterli olamayacağı,

⁴³⁸Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 86.

⁴³⁹Oysa edim her zaman borcun konusuna karşılık gelmez, ondan daha geniş ve bağımsız bir kavramdır. Borcun konusu dışındaki edimler olarak ifade edilen bu durumlarda borçlanılmamış edimler söz konusu olabilir ki bu edimler de yerine getirilebilir. Kesin hükümsüz bir sözleşmeden doğan edimin ifası gibi. (Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 99 vd.)

⁴⁴⁰R. Hürlimann (1984). *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*. Schweiz: Universitätsverlag Freiburg, s. 21; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 176-177; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 58; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 198.

⁴⁴¹Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 178; Kut, 2016, **a.g.k.**, s. 114.

⁴⁴²Kocayusfpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 559-560; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 401; Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 95.

⁴⁴³Kramer/BernK, 1991, **a.g.k.**, s. 95-96; C. Armbrüster, (2021). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProStG, AGG*. 9. Auflage. C.H. Beck.Armbrüster, N. 53 ve 144.

somut olayın aşırı yararlanma/irade bozuklukları etrafında ele alınabileceği ileri sürülmektedir⁴⁴⁴.

İçerik kavramı içinde değerlendirilemese de, bir sözleşmenin kurulma tarzı, kurulma esnasındaki hal ve şartları ortaya koymaktadır, bunlar taraflarca kabul edilmiş içeriğe bir şekilde yansımaktadır⁴⁴⁵. Eğer söz konusu hal ve şartlar, içeriğin bu şekilde düzenlenmesinin sebebini oluşturuyorsa, içerikle doğrudan ve sıkı bir bağlantı halindeyse, ahlâka aykırılık değerlendirmesinde bunların da göz önünde tutulmaları gerekmektedir⁴⁴⁶.

3.1.3.1.2. Amaç

Amaç, taraflara hukuki işlemi kurma kararı verdiren niyet şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁴⁷. Kişiler birtakım amaçlarını gerçekleştirmek üzere hukuki işlemler gerçekleştirirler⁴⁴⁸. Her iki tarafın istediği, taraf iradelerine yansıyan, hukuki işlemin (sözleşmenin) kurulmasını sağlayan, işlemin sonucunda da ulaşılmaya beklenen amaç, ortak amaçtır⁴⁴⁹. Bu amacın gerçekleştirilmesinde hukuki işlem (sözleşme) bir araçtır⁴⁵⁰. Sözleşmelerde ortak amaç hakkın kurulması, devredilmesi, değiştirilmesi, sona erdirilmesi şeklinde tezahür eder.

Bir sözleşmenin kurulmasında, tarafların iradelerinin birbirine uygun olması değil, iradeyi ortaya koyan beyanların birbirine uygun olması aranır (TBK m.1). Beyanların tarafların iradelerini de yansıtması gerekir elbette. İşte bu beyanın içeriğine, sözleşmenin esaslı noktaları kabul edilen tarafların ortak amaçlar da dâhildir ve bu noktada uyuşmanın yokluğu, sözleşmenin kurulmasını engeller. Mesela bir tarafın bir hakkı sona erdirmek

⁴⁴⁴Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 258-259; Koller, 2017, **a.g.k.**, s. 272.

⁴⁴⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 560.

⁴⁴⁶Kocayusufpaşaoğlu'nun da ifade ettiği gibi sözleşmeyi yorumlarken nasıl ki sözleşme öncesi görüşmelerin dikkate alınması gerekiyorsa, bu tür hal ve şartların da göz önünde tutulması özellikle ahlâka aykırılığın varlığının değerlendirilmesinde önem arz edecektir (2017, **a.g.k.**, s. 560-561).

⁴⁴⁷Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 220, dn. 613.

⁴⁴⁸Kocayusufpaşaoğlu, hukuki işlemlerden daha geniş bir alana sahip kazandırma kavramı altında amacı ifade ederken, kazandırma ile takip edilen amacın da başka bir amaca ulaşmak için araç olacağını, dolayısıyla kazandırmanın arkasında birbirini takip eden çeşitli amaçlar bulunacağını ifade etmektedir. Yazar buna ilişkin verdiği bağışlama örneğinde bağışlayanın bağışlanana malvarlığı menfaati kazandırma amacının arkasında onu kendisine minnettar bırakmak isteme düşüncesi taşıyabileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce minnettar bırakma razusu, amaçtan ziyade saik kavramı ile ilgilidir (2017, **a.g.k.**, s. 116-117).

⁴⁴⁹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 558; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 220; F. Canbolat (2012). Sözleşmelerde amacın gerçekleşmesi, çökmesi ve boşa çıkması. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 60.

⁴⁵⁰Canbolat, 2012, **a.g.k.**, s. 64.

amacıyla karşı tarafa yönelttiği irade beyanını, karşı taraf hakkın daraltılması olarak kabul ediyorsa, irade beyanlarının uyuşmasından söz edilemeyecektir. Hukuki işleme (sözleşmeye) yönelik taraflardan birine ait bir amaç, içeriğe dahil olduğu takdirde hukuk düzenince dikkate alınmaktadır⁴⁵¹. Aksi takdirde saikten öteye gidemez.

Hukuki işlemle (sözleşmeyle) gerçekleştirilecek ortak amacın da, başka bir amaca ulaşmak için vasıta olarak kullanılması mümkündür. Bu arka planda kalan amaç, o kişiyi sözleşme yapmaya yönelten başlıca etken olabilir ve bunu karşı tarafın bilmesi aranmaz. Diğer tarafın bilmediği bir amacın hukuka/ahlâka aykırılığından da söz edilemez. Örneğin, ruhsatlı bir silah satıcısından silah satın alma ortak amaçtır. Alıcının o silahla suç işleme amacı taşıması ise ortak amacın arkasındaki (o satış sözleşmesini yapmaya iten asıl) amacdır, satıcının bunu bilmesi aranmadığı gibi, silah satışının hukuka/ahlâka aykırılığından da bahsedilemeyecektir⁴⁵².

Sözleşmelerde amaç kavramıyla ilk ifade edilmek istenenin, söz konusu sözleşme ile ulaşılmak istenen doğrudan (vasıtasız) amaç olduğu kabul edilmektedir⁴⁵³. Doğrudan amacın da Türk ve İsviçre Hukukunda sözleşmenin sebebine işaret ettiği belirtilmektedir⁴⁵⁴. Sözleşme ilişkisi içinde tarafların ulaşmak isteyecekleri doğrudan amaç dışında onları sözleşme ilişkisi içerisine iten başka amaçlar da olabilir. Sözleşmenin hükümleri arasında yer almasa da, özellikle tarafların karşılıklı iradelerinin uyuştugu, ancak gerçekleşme ihtimalinin zayıf olduğu amaçların -ki bunlara dolaylı amaç denmektedir- dikkate alınacağı belirtilmektedir⁴⁵⁵. Ahlâka aykırılık halinde bu amaçların, ciddi olarak gerçekleşme ihtimali bulunduğu takdirde dikkate alınacağı, hukuka aykırılık halinde ise daha dar bir kapsamda değerlendirileceği de belirtilmektedir⁴⁵⁶. Öğretide bir kuyumcu örneğinde bu dolaylı amacın tartışıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre, evli bir kişinin sevgilisine hediye etmeyi düşündüğü mücevheri satın alması durumunda, kuyumcunun ahlâka aykırı amacı bilmesi halinde sözleşmenin geçerli olacağı, ancak evli

⁴⁵¹Canbolat, 2012, **a.g.k.**, s. 89.

⁴⁵²Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 127; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 29; Kocayusupaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 535-536; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s.

⁴⁵³Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 220.

⁴⁵⁴Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 221-222; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 117.

⁴⁵⁵Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 127; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 223. Ateş, dolaylı amaçların da genel ahlâk kuralları çerçevesinde ele alınmasında, etik değerleri esas alan üst ilkenin korunduğunu, dolayısıyla sadece sözleşme ilişkisini oluşturan ve çevreleyen şartların değil, aynı zamanda toplumsal vicdanda istenmeyen, benimsenmeyen sonuçların da denetlenmesi gerektiğini kabul etmektedir (Bkz. 2007a, **a.g.k.**, s. 226).

⁴⁵⁶Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 223, dn. 623'de belirtilen yazarlar.

kişiyi bu amaçla malı satın almaya ikna etmesi⁴⁵⁷ veya mücevheri normalin çok üstünde bir fiyata satması halinde⁴⁵⁸ geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. Diğer bir görüşe göre ise kuyumcunun bu amacı bilmesi ve amacı gerçekleştirmek üzere sözleşmeyi yapması halinde ahlâka aykırılık asıldır ve sözleşme geçersizdir⁴⁵⁹. Bir başka deyişle dolaylı amaç yönünden değerlendirilmede, her iki tarafın bu amacı bilmesinin tek başına yeterli olmadığı kabul edilmekte, beraberinde tarafların bu amacı gerçekleştirmeyi istemesi, bunu sözleşmenin unsurlarından biri haline getirmeleri gerektiği savunulmaktadır⁴⁶⁰.

3.1.3.1.3. *Sebepe*

Bir borç ilişkisinde bir tarafın borç altına girip karşı tarafa alacak hakkı kazandırmasında mutlaka bir sebep bulunmaktadır. Nihayetinde burada bir kazandırıcı işlem vardır ve bir sebebe ihtiyaç duymaktadır⁴⁶¹. Tarafların hukuki işlem ile doğrudan doğruya ulaşmak istedikleri, işleme karakterini veren, ona uygulanacak hukuk kurallarını belirleyen en yakın ve nihai ‘*amaç*’a hukuki sebep (causa) adı verilmektedir⁴⁶². Bu aynı zamanda hukuki işlemin doğrudan ve (tarafların) ortak amacıdır. Hukuki sebep olmaksızın bir hukukî işlem/sözleşme düşünölemeyeceği gibi, işlemin geçerliliği için tarafların hukuki sebep üzerinde mutlaka anlaşmış olmaları gerekmektedir⁴⁶³.

Tasarruf işlemlerinde sebep denildiğinde ise ona temel teşkil eden borçlanma işlemine gidilmektedir. Borçlandırıcı işlemde taahhüt edilen ifa tasarruf işlemiyle yerine getirildiğinde, borçlandırıcı işlem tasarruf işleminin sebebini oluşturmaktadır⁴⁶⁴. Bu noktada tasarruf işlemiyle, sebep ilişkisi önem taşımaktadır. Tasarruf işleminin geçerliliği borçlandırıcı işlemin geçerliğine bağlı ise sebebe bağlılık (illilik) esastır. Borçlandırıcı

⁴⁵⁷Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 400. Hatemi kuyumcunun ediminin ahlâka aykırı bir amaca tahsis edildiğini bilmesi, bir başka ifadeyle mücevheri sevgiliye aldığı bilmesinin sözleşmeyi hükümsüz kılmayacağını ifade etmektedir. Yazar özellikle kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde durumun farklı olduğunu belirtip, bu tür sözleşmelerde kullandırma biçiminin konu içerisinde yer aldığını, kullandırma biçimi süreklilik arz ederse, sözleşmenin konusunun ahlâka aykırı olacağını, bu nedenden sözleşmenin geçersiz olacağını kabul etmektedir (Bkz. 1976, **a.g.k.**, s. 194).

⁴⁵⁸Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 75.

⁴⁵⁹Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 400-401.

⁴⁶⁰Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 227-228.

⁴⁶¹İ. Sungurbey (1957). Borç ikrarı ve borç vaadi. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 5;

⁴⁶²Ö. Karlı (2008). Sebebi gösterilmeyen borç tanınması. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 21. Sungurbey, 1957, **a.g.k.**, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s.117; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 192; Aybay, 2020, **a.g.k.**, s. ;54. Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 193; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 59.

⁴⁶³Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 192; Karlı, 2008, **a.g.k.**, s. 22-23; Canbolat, 2012, **a.g.k.**, s. 85.

⁴⁶⁴Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 186.

işlemlerle bir bağ bulunmadığı, geçerliliğiyle ilgilenilmediği durumlarda ise sebebe bağlı olmamadan (soyutluk) bahsedilmektedir. Dolayısıyla borçlandırıcı işlemlerde üzerinde tam uyuşulmayan veya geçersizliğine hükmedilen bir sebep, tasarruf işlemi illilik ve soyutluk kapsamında geçerli/geçersiz kılacaktır.

Türk ve İsviçre Hukukunda sebep geçerlilik koşullarından değildir. İrade beyanlarının hukuki sebepte de birbirine uygun olması gereklidir⁴⁶⁵. Bu sonuca sebepten bahseden TBK m. 18 ve m. 77 ile dolaylı olarak ulaşıldığı belirtilmektedir⁴⁶⁶. Kanaatimizce hukuki sebep hukuki işlemin/sözleşmenin objektif esaslı noktası olarak kabul edilmeli, (ortak-doğrudan amaç) mutlak bir uyuşma aranmalıdır.

Hukuki sebebin hukuki işlemin temeli, olmazsa olmaz unsur olduğu kabulü, irade beyanlarında tam uyuşma olması zorunluluğu yanında, TBK m. 26, 27'deki içerik özgürlüğü sınırlarına uygunluk da gerekir⁴⁶⁷.

Açıklanan bu hususlar kazandırıcı işlemlerden borçlandırıcı işlemler açısından geçerlidir. Borçlandırıcı işlemlerde sebep vardır, hukuki sebep açıkça zikredilmiş olmasa da işlemin içinde/kendisinde varlık göstermektedir⁴⁶⁸. Sebebi gösterilmeden borç tanınması halleri, kanunun lafzıyla 'borcun sebebi gösterilmemiş olsa bile' geçerlidir, ancak istisnadır (TBK m. 18). Sebebin gösterilmemesi, bulunmadığı anlamına gelmemektedir⁴⁶⁹, özellik sebebin varlığının/geçersizliğinin tespitinin ispat konusu haline getirilmesidir.

Roma Hukukundan beri devam eden üçlü ayırımla hukukî sebepler alacak sebebi (causa credendi), ifa sebebi (causa solvendi), bağışlama sebebi (causa donandi) olarak üç tanedir. İşlemlerin teminat, yenileme gibi başka sebepleri de bulunabilecektir. Hatta kazandırma karma bağışlama sözleşmesinde olduğu gibi birden fazla /karma sebebe dayanabilecektir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 271. Karlı'nın da ifade ettiği üzere, sebebi açıklanan/ortaya konulan hukuki işlemlerde olduğu gibi, sebebi gösterilmeyen borç işlemlerinde sebep gösterilmese de, işlemin bir sebebi vardır ve burada güven teorisinden yararlanılması gerekir. Teori, borçlanma sebebinin belirlenmesine imkân verebilecektir (Bkz. 2008, **a.g.k.**, s. 23).

⁴⁶⁶Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 271.

⁴⁶⁷Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 193.

⁴⁶⁸Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 119.

⁴⁶⁹Sebebi gösterilmeden borç tanınmasında da bu sebepler klasik ayırımdaki gibi ifa/alacak/bağışlama sebebi olarak tezahür edebilir (Bkz. Sungurbey, 1957, **a.g.k.**, s. 57; Karlı, 2008, **a.g.k.**, s. 34).

⁴⁷⁰Sungurbey, 1957, **a.g.k.**, s. 5-6; Karlı, 2008, **a.g.k.**, s. 26.

3.1.3.1.4. Saik

Saik taraflardan her birini hukukî işlem yapmaya sevk eden olay ve durumlar hakkındaki düşünce, tasavvur ve beklentilerdir. Bunları karşı tarafın bilmesi mümkün olmayacağı gibi, bilmesine ihtiyaç da yoktur⁴⁷¹. Saik, tek tarafa ilişkindir, muhatabının hukuki işlemi hangi düşüncelerle, beklentilerle yaptığı karşı tarafı ilgilendirmez, bunun hukuki işleme bir etkisi de yoktur.

Saik tek taraflı, kişisel amaç olarak da ifade edilmekte⁴⁷², (kazandırmada) amaç kavramı ile ilişkilendirilmeye çalışılmaktadır. Amaç ‘hukuki işlemi kurmaya yönelik niyet’ olarak nitelendirildiğinde, taraflar açısından bir duygunun, ihtiyacın, güdünün onları hukuki işleme yönelttiği de görülür⁴⁷³. Bu, iki tarafın da ortak amacı haline gelip, tam bir uyuşma sağlandığında hukuki işleme etkisi başlar.

Kişiler hukukî işlemi gerçekleştirmek için birçok itici güce, duyguya, düşünceye sahip olabilirler. Saikler kişiseldir, içseldir, duruma göre değişmektedir. Hukuki sebep ise belirli tip kazandırmalarda hep aynı kalan, hukuki işleme karakterini veren tipik amaçtır⁴⁷⁴. En çok karşılaşılanlar klasik ayırmadaki ifa/alacak/bağışlama sebepleridir.

Hukuk düzenimizde saik kural olarak dikkate alınmaz⁴⁷⁵. Diğer bir ifadeyle hukuk saiklerle pek ilgilenmez, saiklere istisnaen sonuç bağlanır. Sözleşmelerde irade sakatlıklarından yanılma bunlardan biridir. Türk Borçlar Kanunu saiki bir kimseyi sözleşme yapmaya iten güç olarak kabul etmiş, bir kimsenin saikte yanılmış olması halinde yanılmanın gerçekleşmeyeceği çözümünü benimsemiştir (m. 32/c.1). Devamında bu durumun istisnalarını saymıştır. Bunlardan ilki, karşı tarafça bilinebilir biçimde, saik yanılan açısından sözleşmenin temeli sayılır ve bu iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygunsa, saikte yanılmanın esaslı yanılma sayılacağıdır (c. 2,3). Diğer istisna ise ölüme bağlı tasarrufların yanılma sebebiyle iptalinde ele alınmakta ve saikte yanılmanın iptale yol açtığı kabul edilmektedir⁴⁷⁶. Öyle ki iptal için -özellikle

⁴⁷¹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 394; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 439.

⁴⁷²Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 118.

⁴⁷³Saik, dış dünyaya yansiyacak davranışın temelini oluşturan iradenin harekete geçmesini sağlayan, onu teşvik ve tahrik eden güçtür, amaçla birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturur (Bkz. Canbolat, 2012, **a.g.k.**, s. 80-81).

⁴⁷⁴Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 118.

⁴⁷⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 118; Canbolat, 2012, **a.g.k.**, s. 82; Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 193.

⁴⁷⁶Saikte yanılmanın vasiyetnamelerin iptaline yol açması hususu öğretilerde tereddütsüz kabul edilirken, miras sözleşmeleri açısından tartışmalıdır. Bkz. Z. İmre ve H. Erman (2021). *Miras hukuku*. (15. Basım).

vasiyetnamelerde- temel hatası niteliği taşımayan adi saikte hata dahi yeterli görülmektedir⁴⁷⁷.

Yanılma veya ölüme bağlı tasarrufların iptalinde (iptaldeki sebepte yanılmada) olduğu gibi hukuki bir düzenleme olmamasına karşın, taraflardan birinin işlem yapmasına sebep olan saik, taraflarca hukuki işlemin şartı haline getirilmiş ise bu durumda saikin dikkate alınacağı da kabul edilmektedir⁴⁷⁸. Taraflardan birinin saiki diğer tarafça bilindiğinde ve kabul edildiğinde saikin tek taraflı ve bilin(e)meme özelliği ortadan kalkmış olup, sözleşmedeki ortak amaca dahil edileceği de belirtilmektedir⁴⁷⁹. Saikin hukuki işlemin şartı haline gelmesi veya ortak amaca dahil edilmesi durumunda ise sözleşmenin saikinin değil, konuya dahil edilen ortak amacın hukuka veya ahlâka aykırı olmasından, sonuç olarak da sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilecektir⁴⁸⁰.

3.1.3.1.5. Kelepçeleme sözleşmesinde konu ve diğer kavramlar

Türk Medeni Kanununun m. 23/2 başlığı altında ele alınan kelepçeleme sözleşmesi kişi özgürlüklerinden ekonomik faaliyet özgürlüğüyle ilgilidir. Ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme ve bu özgürlüğün aşırı sınırlanmasına neden olan unsurların başında hukuki işlemin (sözleşmenin) konusu ve amaç, sebep gibi diğer kavramlar gelmektedir. Dar anlamıyla konunun TBK m. 27/1 gereğince ‘konusu imkânsız olan sözleşmelere’, sözleşme konusu şeyin/malın (edimin) imkânsızlığına ilişkin olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesinde konu kavramını ‘şey/mal’ itibariyle ele almaya da olanak yoktur.

Konu kavramını hukuki işlemde (sözleşmeden) doğan borç ilişkisinin ‘konusu’ edim olarak ele aldığımızda ise karşımıza edim türleri çıkmaktadır. Kelepçeleme sözleşmesinin de hukuki işlemlerde ortaya çıktığı bilgisini yineleyerek, olumlu/olumsuz,

İstanbul: Der Yayınları, s. 198; N. Kocayusufpaşaoğlu (1987). *Miras hukuku*. (3. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 330; H. Belen (2021). *Miras hukuku -Şema kitap*. (2. Baskı). İstanbul: Beta, s. 163. Miras sözleşmesinde saik hatasının kabul edilmeyeceği görüşü için bkz. M. Dural ve T. Öz (2022). *Türk Özel Hukuku Cilt IV- Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 226 vd. Özellikle miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarruflarda bulunmayan tarafın genel hükümlere tabi olması gerekçesiyle, TBK m. 32’ye dayanarak ancak esaslı yanılma halinde iptalin söz konusu olduğu, saikte yanılma temelde yanılma niteliği taşıdığına miras sözleşmesinin iptaline imkân vereceği kabul edilmektedir. Bkz. Dural ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 226 vd.

⁴⁷⁷Kocayusufpaşaoğlu, 1987, **a.g.k.**, s. 330; Dural ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 226; Belen, 2021, **a.g.k.**, s. 163. Karşıt görüş için bkz. İmre ve Erman, 2021, **a.g.k.**, s. 198.

⁴⁷⁸Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 118.

⁴⁷⁹Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 223.

⁴⁸⁰Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 194-195, dn. 75.

kişisel/maddi edim türlerini ele alacağız. Süre açısından edim türlerini ise süre bahsinde incelemekteyiz.

Olumlu edim, bir şey vermek/yapmak, bir faaliyette bulunmaktır, verme ve yapma edimi şeklinde ifade edilir⁴⁸¹. Borçlu, edimi bedeni/fikri gücü ile yerine getiriyorsa edim kişiseldir; edim bir şeyin verilmesi şeklindeyse maddidir⁴⁸². Olumsuz edimde ise aslolan yapmama edimidir, bir işi yapmamak, bir faaliyeti yürütmemektir. Yapmama edimi borçlunun davranışa katlanması veya davranıştan kaçınması şeklinde tezahür eder⁴⁸³.

Verme edimlerinden, para veya malvarlığı değerinin zilyetliğinin veya mülkiyetinin karşı tarafa nakledilmesini içeren (maddi) edimlerin, kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünü vazgeçme veya sınırlama biçiminde doğrudan etkilediğinden bahsedemeyiz. Verme edimlerinin yerine getirilmesi, kişinin malvarlığını, ekonomik varlığını etkiler, bazen tehlikeye düşürebilir⁴⁸⁴. Tehlike, edim borçlunun ifa kabiliyetini aştığında ortaya çıkar. Borçlunun ifa kabiliyetinin olmaması/aşılması TMK m. 23/2'nin kapsamı dışındadır⁴⁸⁵. Ayrıca verme edimi içeren sözleşmeler zaman yönünden bir defada yerine getirildiği için özgürlüğün zaman boyutuna, süreklilik haline de uygun düşmemektedir⁴⁸⁶. Verme (teslim) ediminin yapma/kişisel (üretme) edimiyle birlikte ifasının taahhüt edildiği hallerde ise özgürlüğün sınırlanabileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁷.

Öğretide diğer bir görüş, verme edimleri arasındaki dengenin sözleşmenin zayıf tarafı aleyhine bozulduğu, aşırı oransızlık bulunan haller verme ediminin ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme veya özgürlük sınırlaması oluşturabileceği

⁴⁸¹Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 7; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 105-106; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner, 2021, **a.g.k.**, s. 23; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 66; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 162.

⁴⁸²Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 7; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 106; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner, 2021, **a.g.k.**, s. 23; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 66; Tercier, Pichonnaz und Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 318 vd.

⁴⁸³Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 66; Tercier, Pichonnaz und Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 320; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 162.

⁴⁸⁴Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 181.

⁴⁸⁵Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 181-182; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 252. Borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye sokan her yükümlülüğün ahlâka aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin karar için bkz. BGE 95 II 55, 57 vd. <https://www.swisslex.ch/de/>.

⁴⁸⁶Jäggi, 1960, **a.g.k.**, s. 222-223; Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 78. Bucher ani edimli olarak kabul ettiği kefalet ve alım hakkı sözleşmesinden yola çıkarak, TMK m. 23/2'nin borçlunun bir süre belli bir riske katlanması sonucu doğuran ani edimli sözleşmelerde de istisnaen uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 62 ve 73 vd. ve Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 183 vd. Ünal ise, ani edimli sözleşmelerde ifa için ileri tarihli vade belirlenmesinin sözleşmeyi uzun süreli haline getirebileceğini, ancak bu uzun sürenin ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlanması anlamına gelmediğini dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesi oluşturmayacağını belirtmektedir (2017, **a.g.k.**, s. 136).

⁴⁸⁷Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 79; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 184.

şeklindedir⁴⁸⁸. Görüş uyarınca, yeterli gelir ve malvarlığından yoksun aile bireylerinin gerçekleştirdikleri kefalet sözleşmesi örneğinde, karşı taraf bankanın üstün konumundan yararlanarak, kefilin belki de bütün hayatı boyunca devam edecek (verme edimi) ödemelerle ekonomik geleceğini tehlikeye attığı hallerde kelepçeleme sözleşmesi gündeme gelecektir⁴⁸⁹. Aynı konu tacirler arası belirlenen fahiş bedelli (verme edimli) ceza koşulu örneklerinde de ele alınmaktadır. Burada edimler arası dengeyin zayıf taraf aleyhine ölçsüz olduğu⁴⁹⁰ ve/veya tacirin ekonomik özgürlüğün(ün) aşırı sınırlandırıldığı kabul edilmiş, ceza koşulunun indirime tabi tutulması da ekonomik özgürlükle açıklanmıştır^{491, 492}.

Ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçmeye ve özgürlüğün sınırlandırılmasına yol açan edimin olumsuz; yapmama (katlanma ve kaçınma) edimi şeklinde ortaya çıkması da mümkündür. Olumlu edimlerle kıyaslandığında, olumsuz edimlerin kişi özgürlüğünü daha fazla sınırladığı, borçluyu ekonomik açıdan daha çok risk altına sokup, bu doğrultuda yarattığı bağımlılığın da arttığı ifade edilmektedir⁴⁹³. Edimin olumlu-olumsuz niteliği yanında, kaynağını oluşturan hukuki işlemlerin ekonomik faaliyet alanını ihlal

⁴⁸⁸Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 578-579.

⁴⁸⁹Alman hukukunda sıklıkla karşılaşılan bu olay örgüsüne ilişkin kararları inceleyen, konuyu içerik kontrolü etrafında ele alan A. B. Kocaman (1988). Gelirden ve malvarlığından yoksun aile fertlerinin, kredi alan eş veya ebeveyn lehine akdettikleri kefalet sözleşmelerinin ahlâka aykırılığı sorunu. *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 385-386 ve Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 579.

⁴⁹⁰Aşırı yararlanma (TBK m. 28) hükmünün de göz önünde bulunduracağı fikri için bkz. Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 201.

⁴⁹¹Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 186 ve 200; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 172. Bkz. Yargıtay HGK, 20.0.1974, E. 1970/1053, K. 1974/222; Yargıtay 19. HD, 19.04. 2007, E. 2006/11401, K. 2007/ 3998 (<https://www.sinerjias.com.tr/>) ; BGE 84 II 266, 277 (<https://www.swisslex.ch/de/>). Ceza koşulu, borçlunun edimini hiç/gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği bir edimdir. Sözleşme cezası şeklinde de ifade edilen kurumun amacı sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlamak, teminat altına almaktır. Bkz. K. Tunçomağ (1963). *Türk hukukunda cezai şart*. İstanbul: Baha Matbaası, s. 6, 149; K. Kocağa (2018). *Ceza koşulu (Sözleşme cezası)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 25, 238; B. Yağcıoğlu. (2019). *Türk ve İsviçre hukukunda ceza koşulu (cezai şart)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 20, 240 vd; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 169; Oğuzman ve Öz, 2021, **a.g.k.**, s. 547; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1338, 1347.

⁴⁹²Hukuki işlemle kararlaştırılan ceza koşulu tacirin ekonomik faaliyet özgürlüğünü aşırı oranda sınırlar, yok eder ve karşı tarafa bağımlı hale getirirse genel ahlâka aykırılığın oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bu noktada kelepçeleme sözleşmesinin varlığını kabul etmek ve TMK m. 23/2 ve TBK m. 27'e göre hareket etmek gerekecektir. Ancak ceza koşulunun fahiş olması tek başına kelepçeleme sözleşmesi niteliği için yetmeyecektir, yetmez de. Burada da hukuki işlem bütünüyle bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır. Aynı görüş için bkz. Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 171-172. Fahiş ceza koşulunun ekonomik faaliyet özgürlüğünü aşırı sınırladığı ve genel ahlâka aykırı bulunduğu ilişkin kararlar için bkz. Yargıtay HGK, 20.03.1974, E. 1970/1053, K. 1974/222; Yargıtay 15 HD, 11.05. 2000, E. 1999/4655, K. 2000/2324; Yargıtay 13 HD, 17.02.2003, E. 2002/14711, K. 2003/1355; Yargıtay 11 HD, 01.07.2014, E. 2014/6520, K. 2014/12577, Yargıtay 11 HD, 13.05. 2013, E. 2012/17736, K. 2013/9814 (<https://www.sinerjias.com.tr/>).

⁴⁹³Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 126-127.

ölçüsü de ayrıca değerlendirilmelidir⁴⁹⁴. Taşınır/taşınmaz eşyanın belli bir süre kullanılmasını içeren kira sözleşmesi ile işgörme borcu doğuran eser, hizmet sözleşmeleri karşılaştırıldığında, işgörme faaliyetinin sınırlanması ekonomik kişilik hakkını daha çok etkileyecektir. Bir tarafta sözleşme süresi boyunca kiralananın kullanıma katlanma borcu (pasif tutum), diğer tarafta aktif bir şekilde faaliyette bulunmayı ifade eden işgörme edimi vardır. Kira sözleşmesi tarafı (kiraya veren) diğer ekonomik faaliyetlerine devam edebilecekken, eser/hizmet sözleşmesi tarafı belki de tüm zamanını alan işgörme faaliyetten başka bir faaliyette bulunamayacaktır. İşgörme ediminin içeriği ekonomik faaliyet alanını daha çok işgal eder, bu oranda da ekonomik faaliyet özgürlüğünü daha fazla etkiler.

Olumsuz nitelikteki yapmama ediminin en sık karşılaşılan örneği ise rekabet yasağıdır^{495, 496}. Hizmet sözleşmesi içinde/sonrasında kararlaştırılan rekabet yasağı, kanunun ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin en açık düzenlemesidir⁴⁹⁷. Yasağın, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde

⁴⁹⁴Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 126.

⁴⁹⁵Rekabet yasağı ile bir kimse sözleşme süresi içinde veya sonrasında diğer bir kimsenin yürüttüğü meslek/ticari alanda faaliyette bulunmayacağını taahhüt etmektedir, bedelli/bedelsiz yapılabilir. Yasağın, bağımsız bir sözleşmeyle ya da bağlı bulunduğu sözleşmenin bir şartı olarak kararlaştırılması mümkündür. Açıkça düzenlendiği hizmet sözleşmesi dışında tür sözleşmeler için de kararlaştırılmaktadır. Hizmet sözleşmesi içinde veya ondan bağımsız bir şekilde düzenlenen rekabet yasağının geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TBK m. 444/1), aksi takdirde geçerli olmayacaktır. Hizmet sözleşmesinde işçinin işverenle sözleşme süresi içinde rekabet etmemesi sadakat borcunun bir uzantısı olarak görülmektedir, bu kapsamda da incelenmektedir. Sözleşme sonrası rekabet yasağının ise bağımsız bir borç olduğu kabul edilmektedir. Rekabet yasağı taahhüt altına giren kişinin rekabet özgürlüğünü ve ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlamakta, dolayısıyla ekonomik geleceğini tehlikeye sokmaktadır. Bkz. Eren, 2021b, **a.g.k.**, s. 580 vd; C. Yavuz, F. Acar ve B. Özen (2021). *Borçlar hukuku dersleri özel hükümler*. (17. Baskı). İstanbul: Beta, s. 449 vd; A. Kılıçoğlu, A. (2021c). *Borçlar hukuku özel hükümler*. (Gözden geçirilmiş güncellenmiş 3. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 433 vd; S. Süzek (2021). *İş hukuku*. (Yenilenmiş 21. Baskı). İstanbul: Beta, s. 362 vd; N. Çelik, N. Caniklioğlu, T. Canbolat ve E. Özkaraca (2021). *İş hukuku dersleri*. (Yenilenmiş 34. Bası) İstanbul: Beta, s. 335 vd; S. Süzek (2014). Yeni Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde işçinin rekabet etmeme borcu. *İÜHF*. 72 (2), s. 457 vd.

Uygulamadaki tip sözleşme örneklerinin çoğunda rekabet yasağına yer verildiği, bağımsız bir sözleşme olarak kararlaştırılması mümkün olsa da, iş hukukunda genelde işe girişte iş sözleşmesi içinde kararlaştırıldığı hakkında bkz. S. Taşkent- M. Kabakçı, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, *Sicil Dergisi*. (16), 2009, s. 21.

⁴⁹⁶Karabağ Bulut, rekabet yasağını kaçınma edim yükümlülüğü olarak kabul etmektedir (2014, **a.g.k.**, s. 287 vd). Rekabet yasağında yükümlü, kararlaştırılan süre içinde rekabet etmemeyi taahhüt ederek, rekabet etmekten kaçınmalıdır, kaçınma borcuna da işaret eder. Yapmama borcunun bir türüdür. Rekabet yasağı, yükümlünün rekabet sözleşmesiyle kararlaştırılan faaliyeti yapmaması üzerinedir. Dolayısıyla iki kavramın kullanımı da yanlış olmayacaktır.

⁴⁹⁷Rekabet yasağına ilişkin açık bir düzenleme de TTK'nin acentelik sözleşmesindedir (m. 123). Hükümle, rekabet yasağının konu, yer ve iki yıllık süre sınırlandırılması ve beraberinde müşterinin tazminat ödeme yükümlülüğü, taraflardan birinin kusuruyla haklı fesih halinde fesih sonrası sonraki bir ay içinde rekabet yasağıyla bağlı olmadığı bildirime şeklinde farklı ve kapsamlı bir düzenleme öngörülmektedir (m. 123).

tehlikeye düşürecek yer, zaman, konuya yönelik sınırlamaları içermeyeceği hükme bağlanmış, iki yıllık (azami) süre sınırı getirilmiştir (TBK m. 444). Böyle açık düzenleme bulunmayan hallerde de işin özelliği gereği, kişiliği korunacak tarafa ilişkin (yaşı, eğitimi ve hatta yasak harici kendisine bırakılan faaliyet alanı vb) sübjektif unsurlar göz önünde tutulacak, özgürlüğün sınırlanıp sınırlanmadığına karar verilecektir⁴⁹⁸.

Edimin (ve türlerinin) sözleşme içeriğinin önemli bir parçası olduğunu, hatta bazen içerikle örtüştüğünü daha önce belirtmiştik. Ancak içeriğe yüklenen anlamın daha geniş olduğunu bir kez daha vurgulayıp ekleyelim: Kelepçeleme sözleşmesinde içerik, dolayısıyla tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları hükümler, ortak amaçları, hukuki sebep de içeriğe dahildir, dikkate alınmaktadır, alınmalıdır⁴⁹⁹.

Hukuk düzeninin kural olarak dikkate almadığı saik, kelepçeleme sözleşmesinde de hesaba katılmaz⁵⁰⁰. Saik nedeniyle sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Kişiseldir, içseldir, bir tarafa ait amaçtır. Sonuç olarak, saikin dikkate alınacağını ifade eden kararlardaki yaklaşım doğru değildir⁵⁰¹.

⁴⁹⁸Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 126-127.

⁴⁹⁹İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında ahlâka aykırılık değerlendirmesinde sadece içeriğin dikkate alınacağını belirtmiştir. Bkz. BGE 84 II 13, 22 vd. Sözleşmenin içeriğiyle, dolaylı ortak amacı dikkate alan karar için bkz FZR 2013 S. 322, 323 (<https://www.swisslex.ch/de/>).

⁵⁰⁰Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 131. Böhme, amaç ve saikin kelepçeleme sözleşmesinde dikkate alınması gerektiğini benimsemektedir. Yazar, kelepçeleme sözleşmesinde aşırılığın tespitinde objektif ve sübjektif unsurlara bakılması gerektiğini, objektifle kastedilenin süre, edimler arası dengesizlik gibi hukuki ilişkiye ilişkin hususlar olduğunu, tarafların saik ve amaçlarının ise sübjektif unsurlar olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Böhme, 1931, **a.g.k.**, s. 13 vd.

⁵⁰¹Alman hukukunda ahlâka aykırılık değerlendirilmesinde saikin de dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bkz. Armbrüster/MüKoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 8; Mansel/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 11 vd; Dörner, H. (2021). *Bürgerliches Gesetzbuch- Hand Kommentar*. (11. Auflage). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Rn. 4. 'Hukuki işlemin ahlaka aykırı olup olmadığı sorusu, her bir olayda, içerik, saik ve amacın genel niteliğine göre değerlendirilmelidir. Değerlendirmede, hukuki işlemin nesnel içeriğine ek olarak, geçersizliğe neden olan tüm unsurlar; tarafların niyetleri, saikleri ve sözleşmenin akdedildiği zamandaki nesnel koşullar da dikkate alınmalıdır. Düsseldorf Bölge Mahkemesinin bu kararı için bkz. BGH GRUR 1970, 196 (<https://beck-online.beck.de/>)

3.1.4. Ekonomik faaliyet özgürlüğünün süre bakımından sınırlandırılması

3.1.4.1. Sözleşmelerde süre

Sözleşmelerde süre⁵⁰², bir taraftan sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin devam edeceği süreyi, bir taraftan da edimin ifa edilmesi gereken zaman aralığını ifade eder⁵⁰³. Aslında sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin devam edeceği süreye ifa süresi de dâhildir, hatta birçok sözleşmede bu süreler eşittir.

Süre bahsinde öncelikle ele alınması gereken husus, ifa süresinin hukuki ilişkinin süresinden farklı olduğu durumlarda hangi süreyi dikkate alarak kişilik hakkının sınırlanmış olduğu kanaatine varılacağıdır. Kişilik hakkının sözleşmelerle sınırlandırılmasında salt sözleşmenin yapılmış olması yeterli bulunmayıp, kişilik hakkı sınırlandırılan kişinin borcu ifaya başlamış olması gerekir⁵⁰⁴. İfa sürecine başlanmayıp, tabiri caizse bir köşede bekleyen bir sözleşme ile de kişilik hakkının sınırlandırıldığından bahsedilebilir elbette. Çünkü her sözleşme az çok kişilik hakkını sınırlar. Ancak ifa sürecine başlandığında kişilik hakkının ne ölçüde sınırlandırıldığı tespit edilir ve bu doğrultuda bir karara varılabilir. Aşırı bağımlılık yaratan sözleşmelerde de ifa süresine bakılarak bu değerlendirme yapılacaktır, borçlunun rızasıyla ifa süresinin uzatıldığı haller de göz önünde tutulacaktır⁵⁰⁵. Borçlu sürenin uzatılmasına razı değilse veya rıza göstermek zorunda kalmışsa, sözleşmenin yürürlükte kalacağını kararlaştırıldığı ilk süre dikkate alınmalıdır⁵⁰⁶.

Sözleşmelerde süre konusunu öğretilerdeki klasik ayırım çerçevesinde ele alacağız. Ayrıca kelepçeleme sözleşmesindeki önemi nedeniyle belirli/belirsiz süreli sözleşme konusunu da irdeleyeceğiz.

⁵⁰²Sözleşmelerde süre konusunda klasik ayırım ani-süreklilik ve dönemli edimli sözleşmeler şeklindedir. Ancak bu ayırımın, sürenin sözleşmeler üzerindeki etkisini açıklamada ve uygulanması gereken hükümlerin belirlenmesinde yetersiz kaldığı düşüncesi başka ayırımların da yapılmasına neden olmuştur. Özellikle İsviçre Hukukunda sözleşmelerin zamanla olan ilişkileri açısından sözleşmeler ani edimli ve diğer sözleşmeler olarak ele alınmaktadır. Ani edimli sözleşmeler içinde değerlendirilmeyen diğer sözleşmelerde zaman faktörünün az veya çok önemi bulunduğu belirtilmektedir. Bu grup içinde geniş anlamda sürekli borç ilişkileri ve geniş anlamda sürekli sözleşme benzeri borç ilişkileri yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. P. Altınok Ormancı (2011). *Süreklilik borç ilişkilerinin haklı nedenlerle feshi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 22 vd.

⁵⁰³P. Gauch (1968). *System der Beendigung von Dauerverträgen*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg, s.16; S. Oktay (1997). Uzun süreli sözleşmelerin geçerliliği ve sona erme düzeni. *İÜHFİM*. LV (3). s. 210.

⁵⁰⁴Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 229, 266.

⁵⁰⁵Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 267-268. Alman Federal Mahkemesi ekonomik faaliyet özgürlüğünün aşırı sınırlandırıldığına hükmettiği akaryakıt temin sözleşmesinde ise sözleşmenin başlangıç süresini göz önünde tutarak değerlendirmede bulunmuştur. BGH NJW 1982, 1962 vd. (<https://beck-online.beck.de/>)

⁵⁰⁶Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 125.

3.1.4.1.1. Ani edimli sözleşmeler

Asli edim yükümünün zaman içinde bir defada yerine getirildiği, başka bir ifadeyle alacaklının ifaya olan menfaatinin tek seferde gerçekleştiği sözleşmeler ani edimlidir⁵⁰⁷. Ani edimli sözleşmede edimin zamana yayılarak her seferinde bir defada yerine getirilmesi onu sürekli bir sözleşme haline getirmez. Önemli olan alacaklının edime olan menfaatinin bir seferinde, zamanla ölçülemeyecek bir an içinde yerine getirilmiş olmasıdır⁵⁰⁸. Burada zaman faktörü önem arz etmez⁵⁰⁹. Sözleşmenin kurulması ile edimin ifasının farklı zamanlarda yerine getirilmesinin de bir önemi yoktur. Mesela, ani edimli bir sözleşme olan satış sözleşmesinde satış konusunun karşı tarafa verilmesinden sonra, karşı taraf bedel borcunu kısmî ödemelerle gerçekleştirebilir ve bu durum satış sözleşmesini sürekli bir sözleşme haline getirmez⁵¹⁰.

3.1.4.1.2. Sürekli edimli sözleşmeler

Asli edim yükümünün yerine getirilmesinin zamana yayıldığı, dolayısıyla alacaklının edime olan menfaatinin bir defada değil de, birden çok kez ama süre gelen bir davranışla yerine getirildiği sözleşmeler sürekli nitelik arz eder⁵¹¹. Burada süre unsurunun az veya çok, ama belirli bir önemi vardır⁵¹².

Bir borç ilişkisinde tarafların ifayla yükümlü oldukları edimlerin süre yönünden farklı olması mümkündür. Bu tür bir ilişkide asli borçlardan en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa, sürekli borç ilişkisi olduğu kabul edilmektedir⁵¹³. Kira sözleşmesinde kiralayanın kira konusu şeyi sürekli olarak kiracının kullanımına sunması, hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme borcu bu duruma örnek gösterilebilir.

⁵⁰⁷Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 11.

⁵⁰⁸Ö. Seliçi (1977). *Borçlar Kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 15.

⁵⁰⁹Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 24.

⁵¹⁰Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 5.

⁵¹¹Gauch, 1968, **a.g.k.**, s. 16 vd. Doktrinde sürekli borç ilişkilerini belirleyebilmek için, borç ilişkisindeki süre unsuru, alacaklı veya borçlu açısından ya da edimin kapsamı yönünden değerlendirilmektedir. Bu farklılıklar, bir borç ilişkisinin sürekliliğinin tespitinde farklı sonuçlara yol açmaktadır. (Bkz. Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 9 vd). Antalya, sürekli borç ilişkisinin de tespitinde edim çokluğuna bakılmasını önererek, borç ilişkisinin süresi içinde borçlunun birden çok ifa faaliyetinde bulunup bulunmadığının önemli olduğunu ileri sürmektedir. Bu doğrultuda edimlerin zamana yayıldığı kabul ediliyorsa sürekli borç ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Bkz. G. Antalya, (2019c). *Borçlar hukuku genel hükümler (Cilt V/1.3) Borçların ifası- Borçların ifa edilmemesinin sonuçları- Borcun ifa edilmemesi- Borçlunun temerrüdü- Marmara Hukuk yorumu*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin, s. 601.

⁵¹²Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 24; Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 211.

⁵¹³Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 13; Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 162.

3.1.4.1.3. *Dönemli (aralıklı-art arda ifalı) edimli sözleşmeler*

Dönemli edimli sözleşmelerde, borçlu tarafın düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlanan davranışlarda bulunma yükümlülüğü mevcuttur⁵¹⁴. Burada, belirli zamanlarda tekrarlanan ani edimler yerine getirilmektedir⁵¹⁵. Zaman içinde ifa edilmesi gereken birden fazla edim vardır ve bunların tamamı, tek bir borcun konusunu oluşturmaktadır⁵¹⁶. Borçlu veya alacaklı imkânları nedeniyle ifayı tek bir seferde yerine getiremiyorlarsa, o zaman bir edimin bölünerek ifasından bahsetmek gerekecektir⁵¹⁷.

3.1.4.1.4. *Belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler*

Sözleşmelerde süre bahsinde bir başka ayırım ise belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler şeklindedir. Belirli süreli sözleşmelerde ifanın başlangıcı ile sona erme zamanı kararlaştırılmıştır, bellidir. Bu belirli bir tarih olabileceği gibi, kesin olarak saptanabilecek bir tarih (önümüzdeki yıl Cumhuriyet Bayramı gibi) veya gerçekleşmesi kesin ama ne zaman olacağı belli olmayan bir olay (ölüm gibi) olabilir.

Belirli süreli sözleşmelerde taraflar sözleşme süresini en çok/azami, en az/asgari şeklinde de belirlemiş olabilirler. En çok/azami otuz yıl, en az/asgari on yıl gibi. Azami süre kararlaştırılmışsa, aksi anlaşılmadığı sürece, tarafların o süreden önce de sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip oldukları kabul edilmektedir⁵¹⁸. Asgari sürede ise, belirli olma halinden bahsedilemez, çünkü asgari sürenin dolmasından sonraki sona erme zamanı/süreci belli değildir⁵¹⁹. Bu durumda taraflara olağan fesih imkânı tanınarak sözleşme süresine bir sınır getirilebilecektir⁵²⁰. Sözleşmede en az bir yıl, en çok üç yıl gibi asgari ve azami süreler birlikte belirtilmişse, sözleşmesel ilişki asgari süre kadar devam edecek, azami sürenin bitmesiyle de sona erecektir.

Sözleşmede sona erme tarihi açıkça ortaya konmamış, sona erme bir şartın/nedenin gerçekleşmesine bağlı kılınmış olabilir. Tayinin başka şehre çıkması halinde kira sözleşmesinin sona ereceğinin kararlaştırılmasında olduğu gibi. Burada sona erme zamanı belli olmamasına karşın, sona ermenin gerçekleşmesi açısından da belirlilik vardır.

⁵¹⁴Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 38; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 226.

⁵¹⁵Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 13; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 38.

⁵¹⁶Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 12; Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 17.

⁵¹⁷Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 17.

⁵¹⁸Gauch, 1968, **a.g.k.**, s. 19; Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 213.

⁵¹⁹Gauch, 1968, **a.g.k.**, s. 19; Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 213.

⁵²⁰Gauch, 1968, **a.g.k.**, s. 23.

Dolayısıyla bunların da belirli süreli sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁵²¹. Keza, sözleşmenin hiçbir şekilde sona ermeyeceğinin, herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın yürürlükte kalacağına kararlaştırıldığı ‘sonsuz (ebedi) süreli sözleşmeler’ de sona ermeye ilişkin durumun taraflarca kararlaştırıldığı gerekçesiyle belirli süreli sözleşme şeklinde nitelendirilmektedir⁵²².

Belirsiz süreli sözleşmelerde ise sadece başlangıç zamanı bellidir, taraflar herhangi bir sözleşme süresi kararlaştırmış değillerdir ya da sözleşmenin ne zaman sona ereceği hiçbir şekilde bilinmemektedir⁵²³. 01.01.2022 tarihinde akdedilen kira sözleşmesinde süre konusunun kararlaştırılmaması gibi.

Ani edimli borç ilişkilerinde sözleşme süresi ile ifa zamanı genel olarak aynı anlama gelmekte, TBK’nin ifa zamanına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁵²⁴. Bu minvalde, derhal ifa kuralı, ani edimli borç ilişkilerinde belirsiz süreye imkân bırakmamaktadır (TBK m. 90). Meğer ki ifa zamanını *sonradan* taraflardan birinin/üçüncü bir kişinin belirleyeceği kararlaştırılmış veya sözleşmede şarta bağlı bir vade öngörülmüş olsun. Tarafların/üçüncü kişinin ifa zamanını dile getirdiği ana veya şartın gerçekleşeceği ana kadar sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu söylemek mümkündür. O anda ifa derhal gerçekleşmelidir.

Belirli/belirsiz süre ayrımı özellikle sürekli borç ilişkilerinde, ilişkinin sona ermesinde önem taşımaktadır. Belirsiz süreli, sürekli edimli sözleşmelerde taraflara tanınan *olağan* fesih hakkı sona erme süresine getirilen bir sınır olarak görülmektedir⁵²⁵. Bu tür sözleşmelerde olağanüstü fesih de mümkündür⁵²⁶. Belirli süreli sürekli borç ilişkilerinde ise sürenin belirliliği olağan fesih yolunu kapatmaktadır, izlenecek yol olağanüstü fesihtir⁵²⁷. Lakin taraflarca kararlaştırılan süre kişilik hakkını ihlal edecek kadar uzun ise TMK m. 23 gereğince sözleşmenin olağan feshi gündeme gelebilecektir⁵²⁸.

Belirsiz süreli sözleşmelerde belirsizliğin olağan ve olağanüstü fesih haklarıyla bertaraf edilebilir olması ve böylece süreye bir sınır getirildiği düşüncesi, kişilik hakkına

⁵²¹Gauch, 1968, **a.g.k.**, s. 20; Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 137; Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 213.

⁵²²Gauch, 1968, **a.g.k.**, s. 22; Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 139; Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 213-214.

⁵²³Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 214.

⁵²⁴Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 215.

⁵²⁵Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 233.

⁵²⁶Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 156.

⁵²⁷Gauch, 1968, **a.g.k.**, s. 39; Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 81; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 234.

⁵²⁸Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 84.

aykırılığın tartışılmasına engeldir⁵²⁹. Olağan fesih hakkının kural olarak tanınmadığı belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresi kişilik hakkına, kişi özgürlüğüne etkiye bulunabilecektir, sözleşme aşırı uzun süreli ise TMK m. 23/2 gereğince müdahale etmek gerekecektir⁵³⁰.

3.1.4.2. Kelepçeleme sözleşmesinde süre

Kelepçeleme sözleşmesine ilişkin somut olaylara bakıldığında süre unsurunun oldukça önemli olduğunu görmekteyiz⁵³¹. Ancak bu unsurun geçersizliğin takdir edilmesinde her zaman tek başına yeterli bir ölçüt olmadığı, olmayacağı öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir⁵³². Bu durumda sürenin diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁵³³.

Diğer bir görüşe göre ise sözleşme süresi bazen tek başına yeterli bir kriter olabilecektir⁵³⁴. Ancak görüş taraftarlarınca, sözleşme süresinin görece makul olduğu durumlarda dahi, kişilik hakkının ve dolayısıyla ekonomik özgürlüklerin sınırlandırılmasında bütünüyle bir değerlendirilme yapılması gereklidir⁵³⁵. Burada da

⁵²⁹Olağan fesih belirsiz süreli sözleşmelerde taraflara, hiçbir sebebe dayanmadan ilişkiye son verebilme imkânı tanır. Bu imkânın belirsiz süreli borç ilişkilerinde kullanımın kabulü gerekir. Aksi takdirde, belirsiz süreli bir sözleşme ile bağlanan tarafın bu sözleşmeden kurtulması mümkün olmayacak ve bu durum TMK m. 23 gereğince kişilik hakkının ihlali anlamına gelecektir (Bkz. Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 93).

⁵³⁰Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 235; Altınok Ormancı, 2011, **a.g.k.**, s. 81.

⁵³¹Scheuing, 1930, **a.g.k.**, s. 1; Böhme, 1931, **a.g.k.**, s. 16; Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 65; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 135; Başpınar, 1999, **a.g.k.**, s. 25.

⁵³²Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 135, 137; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 243; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 254; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 578; Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 125; İ. Akın ve Z. B. Kayaözü (2020). Telif hakları ve kelepçeleme sözleşmesi. *TAÜHFD*. 2(1), s. 39.

⁵³³Süre unsurunun ekonomik bağımlılık unsuru ile tamamlanması gerektiği görüşü için bkz. Böhme, 1931, **a.g.k.**, s. 18; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 140. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında sözleşme süresinin (uzunluğunun) ekonomik (faaliyet) özgürlüğü tehlike girdiğinde, ekonomik bağımlılığa yol açtığı takdirde dikkate alınacağını belirtmektedir. BGE 114 II 159; BGE 104 II 6; BGE 111 II 330; BGE 102 II 218 (<https://www.swisslex.ch/de/>)

⁵³⁴K. Spiro. (1975). Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band II, Bern: Stämpfli, s. 1179; Kramer/BernK, 1990, **a.g.k.**, s. 104.

⁵³⁵Kramer/BernK, 1990, **a.g.k.**, s. 104-105. Alman hukukunda konunun ele alındığı başlıca ilişkiler bira temin sözleşmeleridir. Genellikle bira temin sözleşmelerinin süresi bira fabrikası tarafından verilen kredinin süresine eş tutulmaktadır. Bu süre de en çok yirmi yıldır. Ancak yirmi yıllık bir sözleşme süre aşırı bağımlılık yaratmaması halinde göz ardı edilebilmektedir. Ancak bazı durumlarda yirmi yıldan kısa süreli bir sözleşme, diğer unsurların da birlikte değerlendirilmesiyle ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olabilecek ve hükümsüzlüğe yol açabilecektir. Yirmi yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde, her halükarda hükümsüzlüğe hükmedilemeyeceği, hâkimin süreyi istenen düzeye indirebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Armbrüster, 2021, MüKoBGB, **a.g.k.**, Rn. 118. Alman Federal Mahkemesi de süre unsurunu sözleşmenin diğer unsurlarıyla birlikte değerlendirerek ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırıldığına hükmetmiştir. Bu yöndeki bir kararda, akaryakıt şirketi ile bayi arasındaki akaryakıt temin sözleşmesindeki yirmi beş yıllık süre için niteliği gereği makul bulunmuş, taraflara belirli

sözleşmenin bir tarafa yüklediği yükümlülükler ve özellikle bunların içerik/yoğunluğu ekonomik özgürlüklere etkisi dikkate alınarak karara varılmalıdır⁵³⁶.

Kelepçeleme sözleşmesinde süre, özellikle de uzun süre, kişilik hakkı kapsamında ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlandırabilecek, hakkın kullanılmasını da engelleyebilecektir. Sözleşme süresinin TMK m. 23/2'ye aykırılık taşıyan yönü, bir tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlandırarak, diğer tarafa aşırı bağımlı hale getirmesidir⁵³⁷. Dolayısıyla sürenin çok uzun olduğu hallerde aşırı bağımlılıktan söz edilemezse, aykırılığa da hükmedilemez, hükmedilmemelidir⁵³⁸. Değerlendirmede sözleşme süresi hesabına sadece tarafların kararlaştırdığı ilk süre değil, varsa tarafların uzlaştığı uzatılmış ifa süresi de dahil edilmelidir⁵³⁹.

Uzun süreli sözleşmelerin, bu tür sözleşmelerin yarattığı aşırı bağımlılığın kelepçeleme sözleşmesi oluşturacağı açıktır. Öte yandan kısa süreli sözleşmeler de diğer tarafı, diğerinin iradesine tabi kılabilecek, bağımlılık oluşturabilecektir⁵⁴⁰. Bu tür durumlarda, ifa hazırlığı aşamasında yüksek masraflar, yatırımlar yapan tarafın sürenin kısa olması nedeniyle bunları amorti/telafi edemeyecek hale gelmesi örnek verilmektedir⁵⁴¹. Sözleşmenin kurulma aşamasında ekonomik açıdan kendinden güçlü olan diğer tarafın şartlarını müzakere dahi edemeyen taraf, sözleşmenin uzun süreceğine ve dolayısıyla yaptığı yatırımların telafi edileceğine inancıyla kısa süreyi kabul etmek

sürelere uymak koşuluyla fesih imkânı tanımakla birlikte, bayiye yapılacak tekliflerde akaryakıt şirketine müdahale hakkı tanıyan sözleşme hükmü, sonraki iş/teklifler açısından bayiye önemli ölçüde şirketin iradesine tabi kıldığı için sözleşmede ahlâka aykırılık bulunduğu hükmedilmiştir. BGH NJW 1982, 1692 vd. (<https://beck-online.beck.de/>)

⁵³⁶Kramer/BernK, 1990, **a.g.k.**, s. 105.

⁵³⁷Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 137; S. Oktay (1996). Federal Mahkemenin 21 Haziran 1988 tarihli kararının çevirisi ve incelenmesi. İÜHFİM. LV (1-2), s. 499.

⁵³⁸Armbrüster/MüKoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 118. BGE 114 II 159; BGE 111 II 330; BGE 104 II 6 (<https://www.swisslex.ch/de/>).

⁵³⁹BGH NJW 2000, 1110 vd. (<https://beck-online.beck.de/>). Alman Federal Mahkemesinin bu kararında

⁵⁴⁰Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 261; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 453; Spiro, 1975, **a.g.k.**, s. 1180. Tek satıcılık sözleşmesi açısından kısa süreyi ele alan ve kabul eden Ünal, 2012, **a.g.k.**, s. 202. Tek satıcılık sözleşmesi ve kısa sürenin etkisi için ayrıca bkz. H. İşgüzar (1989). *Tek satıcılık sözleşmesi*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 104,108. Kanaatimizce somut olay adaleti (hakkaniyet) kısa sürenin diğer sözleşme türlerinde de değerlendirilmesine olanak tanır.

⁵⁴¹Karabağ Bulut bayilik sözleşmesi örneği üzerinden konuyu ele almaktadır (Bkz. 2014, **a.g.k.**, s. 308-309). Bayilik sözleşmesi üretici ile bayi arasında, üreticinin, mallarının tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede satmak üzere bayiye göndermeyi; bayinin de, üreticinin dağıtım ağındaki sözleşme konusu mal veya hizmeti kendi adına ve hesabına satmak, bu mal ile hizmetlerin sürümünü arttıracak faaliyetlerde bulunmak yükümlülüğünü üstlendiği sürekli edimli bir sözleşmedir, uygulamada bayilik sözleşmelerinin çoğunlukla birer yıllık kısa süreler için kurulduğu belirtilmektedir (Bkz. N. Şenol (2011). *Bayilik sözleşmesi, sona ermesi ve sonuçları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 3, 123, 139).

çaresizliğindedir, aksi takdirde sözleşme kurulmayacaktır⁵⁴². Sözleşme kurulduktan sonra ise zayıf tarafın faaliyetlerinden tatmin olmayan diğer taraf kısa sürenin sonunda sözleşmeye son verebilecektir. Bu tür durumlarda sürenin kısa olması diğer tarafın iradesine tabi olma, ona bağımlı hale gelme unsurunu değiştirmemektedir. Aksine kısa sürenin belirlenmesinde olduğu gibi üstün tarafın zayıf tarafın ekonomik geleceği üzerinde sahip olduğu yetkiler/haklar, onun ekonomik faaliyet özgürlüğünü tehdit etmektedir⁵⁴³. Sonuç itibariyle sözleşme süresinin kısa olması da kelepçeleme sözleşmesine yol açabilmektedir.

Sözleşmenin hiçbir şekilde sona ermeyeceği, herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın yürürlükte kalacağını kararlaştırıldığı, bu nedenle belirli süreli niteliğe büründüğü kabul edilen sözleşmeler sonsuz (ebedi) sözleşmelerdir. Süre sınırlaması içermeyen bu sözleşmelerin gerek varlığı gerek TMK m. 23/2 çerçevesindeki durumu tartışmalıdır⁵⁴⁴. Öğretide borç ilişkilerinin sonsuza kadar sürmesinin olanak dışı olduğu, sonsuz süreli sözleşmelere borçlar hukuku alanında cevaz verilmemesi gerektiği, aksinin kabulü halinde bu türde sözleşmelere TMK m. 2 ve 23/2 hükümleri çerçevesinde müdahale edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁴⁵. Bir diğer görüş ise şahsi edim yükümlülüğünün en geç borçlunun ölümü ile son bulacağını, edim yükümlülüğü borçlunun mirasçılara geçse dahi, TMK m. 23/2'nin borçlunun kişilik hakkını koruduğu, mirasçılardan bu korumadan yararlanamayacağı gerekçeleriyle gerçek kişilerin akdettiği hukuki işlemlerde sonsuz sürenin bir anlam ifade etmeyeceğini kabul etmektedir⁵⁴⁶. Sonsuz sürenin tüzel kişilerin akdettiği sözleşmelerde mümkün olduğunu ve bu doğrultuda anlam kazanacağını da eklemektedir.

Kanaatimizce gerek borçlunun yaşam süresine bağlı kılınan (kesin olmayan vadeye bağlanmış), gerek sonsuz süreli sözleşmeler, kelepçeleme sözleşmesi oluşturabilecektir⁵⁴⁷. Ancak burada da süre tek başına ölçüt olmaya yetmeyebilir. Bu

⁵⁴²Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 309 vd.

⁵⁴³Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 312; Şenol, 2011, **a.g.k.**, s. 139.

⁵⁴⁴Sonsuz süreli bir sözleşme tarafların sözleşmenin sona ermesini şarta bağladıkları ve bu şart gerçekleşmedikçe sözleşmenin sona ermeyeceğinin anlaşıldığı veya sona erme yolunu kapattıkları durumlarda ortaya çıkabilir. Bkz. Oktay, 1996, **a.g.k.**, s. 212 vd.

⁵⁴⁵Oktay, 1996, **a.g.k.**, s. 216; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 244; Bucher/BernK (1993), **a.g.k.**, s. 157.

⁵⁴⁶Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 261 vd.

⁵⁴⁷Bira temin sözleşmesi kapsamında sonsuz süreli sözleşmeleri ekonomik faaliyet özgürlüğünün ahlâka aykırı sınırlandırılması olarak gören karar için bkz. BGH GRUR 1970, 195 vd (<https://beck-online.beck.de/>).

nedenle sözleşmenin bütünüyle değerlendirilmesi, aşırı bağımlılığın ve ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırıldığına kanaat getirildiği takdirde geçersizliği hükmedilmesi gerekmektedir.

Sözleşme süresi kadar, zayıf tarafın ekonomik faaliyeti ne kadar süreyle sürdüreceği, yaşı itibarıyla ne kadar süreyle bu faaliyette bulunacağını da dikkate alınması gerekmektedir⁵⁴⁸. Ancak bunlar yükümlülük altına giren tarafın kişisel durumuna ilişkin unsurlar olup⁵⁴⁹, sözleşmenin süresinden ayrı değerlendirilmelidir.

Sözleşme süresi ile ilgili diğer bir nokta, fesih imkânına getirilen sınırlamalardır⁵⁵⁰. Karşı tarafa ekonomik olarak bağımlı hale gelen, ekonomik faaliyet özgürlüğü aşırı derecede sınırlanan tarafın fesih imkânı varsa, bunda herhangi bir sınırlama yoksa, sözleşme bağından kurtulabilmesi mümkündür, kelepçeleme sözleşmesinin tartışılmasına pek ihtiyaç duyulmayacaktır⁵⁵¹. Ancak kelepçeleme sözleşmesinin diğer bütün unsurlarını taşıyan bir sözleşmede zayıf taraf lehine sınırlandırılmamış bir fesih hakkının tanınması, hatta hakkın tanınacağına inanmak yaşamın olağan akışına aykırıdır.

Belirsiz süreli sözleşmelerde olağan/olağanüstü, belirli sürelielerde olağanüstü fesih imkânlarının tanınmaması veya sınırlandırılması alacaklıya bağımlı olma ve dolayısıyla ekonomik faaliyet özgürlüğünün tehlikeye girmesi olarak kabul edilebilmektedir⁵⁵².

Kanunlarda, zayıf tarafı korumak amacıyla (kira ve hizmet gibi) bazı sözleşme türleri için getirilmiş emredici nitelikteki feshe ilişkin düzenlemeler bu tartışmanın dışındadır. Tartışma hakkında emredici hüküm olmayan varsa da emredici hükme aykırı olmayan sözleşme hükümlerinin, kelepçeleme sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımayacağı noktasındadır. Yine bu kapsamda güçlü tarafın kullanacağı sınırsız, derhal fesih yetkisinin de aynı etkiyi doğuracağını söylemek mümkündür, burada da bağımlılığın

⁵⁴⁸Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 146; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 248, 261. Bucher, bunu korunması gereken taraftaki (öznel) unsurlar şeklinde ifade etmektedir. Bu doğrultuda, ahlâka aykırılığa hükmedilmesinde iki farklı değerlendirme yapılmasını önermektedir. İlki, sözleşmenin içeriğinin, tarafların taahhüt ettikleri davranışın ahlâk kurallarına göre objektif değerlendirilmesi, ikincisi yalnızca ilgili kişinin kişisel çıkarlarını/durumunu kapsayan, sübjektif değerlendirmedir (bkz. Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 84). Uzun süreli kira sözleşmesinde kiracının yaşını da dikkate alan karar için bkz. Yargıtay 13. HD, 03.10.1995, E. 1995/6697, K. 1995/8386 (<https://www.sinerjias.com.tr/>).

⁵⁴⁹Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 73; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 146; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 249.

⁵⁵⁰Fesih sınırlamaların hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/2'deki çelişkili davranış yasağı) kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. Örneğin bayilik sözleşmesinde üretici, bayide uyandırdığı güvene aykırı ve çelişkili davranarak hakkı sınırlandırır veya iki tarafın yarar-zarar dengesi arasında aşırı oransızlık oluşturursa, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Bkz. Şenol, 2011, **a.g.k.**, s. 172.

⁵⁵¹Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 140; Akın ve Kayaözü, 2020, **a.g.k.**, s. 40.

⁵⁵²Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 81; T. Mayer-Mally (1994). Was leisten die gute Sitten?'. *AcP.* (194). s. 167; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 140.

varlığına işaret eden bir durum vardır. O sözleşmeyi istediği gibi, derhal feshedebilirken, zayıf tarafın elinden fesih imkânı alınmış veya fesih hakkı (belirli şartlar dahilinde kullanacağını kararlaştırılmasında olduğu gibi) sınırlandırılmıştır. Bu da zayıf tarafın diğer tarafa bağımlı olduğunun bir göstergesi olabilecektir.

Fesih hakkına getirilen sınırlamanın bir başka boyutunu ise ihbar (bildirim) sürelerinde görmekteyiz. İhbar süresi karşı tarafın sözleşmenin sona ermesine yönelik hazırlıkları yapabilmesine ve ilişkinin sorunsuz bir biçimde sona ermesine olanak tanır, zayıf tarafın lehinedir⁵⁵³. İhbar süresi tanınma nedenlerini/işlevini bu imkânları bertaraf edecek biçimde kısa tutulmuşsa, güçlü tarafın iradesine tabi olma, aşırı bağımlılık unsurunun kabulüyle, zayıf tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğünün zarar göreceği ortadadır. Bu tür sözleşme hükümlerinin, kelepçeleme sözleşmesi şeklinde nitelendirmesi gerekmektedir.

Feshe ilişkin bu hususların süre haricinde, kelepçeleme sözleşmesindeki edim karşı edim arasındaki dengenin kaybıyla da bağlantısı bulunmaktadır.

Uzun veya kısa süreli sözleşmeleri TMK m. 23/2 gereğince değerlendirirken, edimin ifa süresini göz önünde bulundurma fikrini benimsemiştik. Ancak bazı durumlarda ifa süresi dışında sözleşmenin başlangıç ve sona erme tarihlerinin belirlendiği zaman diliminin de etkili olabileceği savunulmaktadır⁵⁵⁴. Bir yıllık bir eser sözleşmesinde taraflara beş yıllık (fahiş miktardaki ceza koşullu) rekabet yasağı getirildiğini düşünelim. Eser sözleşmesinden doğan işgörme edimi bir yılın sonunda sona erecek, ancak rekabet etmeme yükümü beş yıllık süreyle devam edecektir, bir başka deyişle beş yılın sonunda sözleşme tamamen sona ermiş olacaktır. Rekabet yasağını içeren bu sürelerin de ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılması niteliğinde olduğu açıktır. Örnekte, eser sözleşmesinden doğan işgörme edimi ile rekabet etmeme (yapmama) ediminin kaynağı aynı sözleşmedir. İşgörme edimi bir yılın, rekabet etmeme beş yılın sonunda sona erecektir. Dolayısıyla TMK m. 23/2'e göre değerlendirmede iki farklı edim ve ifa süresi olduğu da kabul edilmelidir.

⁵⁵³Şenol, 2011, **a.g.k.**, s. 191.

⁵⁵⁴Karabağ Bulut, burada başlangıç ve sona erme tarihinin taraflar açısından özel bir anlam taşıyabileceğini, dolayısıyla sübjektif önemi olduğunu, TMK m. 23/2 değerlendirmesinde göz önünde bulundurmasını önermektedir (Bkz. 2014, **a.g.k.**, s. 269-270).

3.1.5. Ekonomik faaliyet özgürlüğünün edim-karşı edim dengesi bakımından sınırlandırılması

3.1.5.1. Edimin tek taraflı belirlenmesi

Sözleşmeyi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının meydana getirdiği hukukî işlem olarak açıkladığımızda, tarafların ifa edilecek edim(ler)i, kapsam(lar)ını da birlikte belirledikleri sonucu çıkmaktadır. Oysa günümüzdeki anlayış bunun aksini göstermekte, çoğu hukuki işlemde (sözleşmede) edim/kapsam vb unsurlar bir tarafça belirlenmektedir. Bu taraf da sözleşmenin güçlü tarafıdır. Edim tek taraflı belirlenmesine karşın, diğer taraf rızasını ortaya koyarak kabul beyanında bulunabilir. İradesi sakatlanmamış, iradenin oluşumunda baskı, zorlama vb durumlar yoksa, irade serbesttir. Bu irade sözleşmenin kurulmasına rıza şeklinde ortaya konmuşsa beyanlar arasında uyuşma vardır ve tamdır. Bunun aksi ise güçlü tarafın önerisini kabul etme zorunluluğudur. İlk etapta beyanlar arasında uyuşma var görünse de, sonrasında yapılacak bir değerlendirmeye sözleşmenin geçersizliğine hükmedilebilecektir.

Sözleşmenin kurulamaması, dolayısıyla sözleşme ile arzulanan sonuca ulaşamama riski zayıf tarafı, karşı tarafın sunduğu/dayattığı şartları kabul etmek zorunda bırakmaktadır. Bu istediği faaliyete karar verebilme, faaliyeti icra etme özgürlüğüne getirilen sınırlama olarak tezahür edebilmektedir. Kişilik hakkı ihlalidir. Bu ihlal, somut olay değerlendirmesine göre ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme, özgürlüğün sınırlanması anlamına gelirse, kelepçeleme sözleşmesinin varlığından söz edilebilecek, hukuki işlemin (sözleşmenin) geçersizliği tartışılabilecektir.

3.1.5.2. Edim-karşı edim dengesi

Edimin tek taraflı belirlenmesinin yarattığı önemli bir sonuç/sorun edim-karşı edim arasındaki dengenin kaybı da olabilmektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimlerin dengede olduğu düşünülmektedir. Burada dengeyle kastedilen edimlerin bütün yönleri ile eşit olması değil, aynı değerde olduğunun kabul edilmesidir⁵⁵⁵. Edimlerin aynı değerde kabul edilmesi iki yönlüdür. Bunlar her bir tarafın kendi edimi için uygun miktarda karşı edimi elde etmesi anlamında, adil fiyat, piyasa

⁵⁵⁵S. Topuz (2009). *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda denge bozulması ve güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 49.

fiyatı kavramları ile şekillenen objektif denge ile edimlerin tarafların kendi düşüncelerine ve değer yargılarına göre aynı değerde kabul edildiği sübjektif dengedir⁵⁵⁶.

Sözleşme kurulduğu sırada edimlerin dengede olması zorunluluğu bulunmadığı gibi buna ilişkin bir düzenleme de mevcut değildir⁵⁵⁷. Dengenin nasıl olacağı sözleşme özgürlüğü ilkesine, içeriğin serbestçe belirlenmesine bağlıdır. Taraflar edimler arası dengeyi belirlemede de özgürdürler. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede sözleşme kurulduğu anda edimlerin objektif/sübjektif açıdan dengede olup olmadığı, bu çerçevede kararlaştırılan fiyatın adil olup olmadığı, kural olarak sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir⁵⁵⁸. Sözleşmenin kuruluşu aşamasında edimler arası dengesizliğin (objektif) unsur olarak değerlendirildiği, geçersizliğin tartışıldığı tek hüküm aşırı yararlanmadır⁵⁵⁹. Ancak dengesizlik tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Dengesizlik (oransızlık) bir tarafın diğerinin belirli durumlarından aşırı yararlanmış olması sonucu ortaya çıkmalıdır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan dengesizlik ise işlem temelinin çökmesi/aşırı ifa güçlüğü başlığı altında değerlendirilmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede tarafların edimleri arasında az çok bir dengesizlik vardır, bu kaçınılmazdır da. Hukukun tartıştığı ve geçersizliğe hükmedilen dengesizlik/oransızlık bundan daha fazlasıdır. Bu dengesizlik, edimler arası dengenin değişen şartlar nedeniyle sonradan bozulduğu, borçludan edimin ifasını beklemenin sözleşme adaletine aykırı olduğu durumdan da ayrı değerlendirilmelidir. Burada adaletsizlik sözleşmenin uyarlanması yoluyla giderilmeye çalışılır. Diğerinde ise

⁵⁵⁶Topuz, 2009, **a.g.k.**, s. 50.

⁵⁵⁷Topuz, 2009, **a.g.k.**, s. 50.

⁵⁵⁸Topuz, 2009, **a.g.k.**, s. 50.

⁵⁵⁹Aşırı yararlanmaya ilişkin düzenlemenin çıkış noktası edimler arası dengesizliktir. Ancak hükümle edimler arasında denklik şartı koşulmadığı gibi, hükmün amacı da bir tarafın ediminin diğer tarafın ediminden az/çok olduğunu kontrol etmek değildir. Aşırı yararlanmayla güçlü tarafın zayıfı istismar etmesi sonucu edimler arasında oluşan dengesizliğin yarattığı sonuçları ortadan kaldırmak, böylece sözleşme özgürlüğü ilkesine sınır konulması amaçlanmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 480; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 101; Topuz, 2009, **a.g.k.**, s. 50. Değişik iş kollarındaki asgari ücret tarifeleri, bazı sözleşmelerde para edimine ilişkin asgari (zam) tutarın belirlenmesi edimler arası dengenin sağlanmasına yönelik olabilmektedir. Örneğin, 8.6.2022 tarihli 7409 sayılı kanunla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na geçici madde eklenmiştir (m.4). Buna göre, '*konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344. maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır*'. (Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220611.pdf>)

sözleşme kurulurken edimler arası bariz oransızlık yaratılmıştır. Bu da sözleşmenin zayıf tarafı için daha fazla yük, yükümlülük anlamına gelmektedir. Sonuç da ekonomik faaliyet özgürlüğünün tehlikeye girmesi, sınırlandırılması olabilecektir.

3.1.5.3. Kelepçeleme sözleşmesinde edim-karşı edimin dengesizliği

Edim karşı edim dengesi kelepçeleme sözleşmesi açısından diğer önemli bir unsurdur⁵⁶⁰. Ancak edimler arası dengesizlik ölçütü tek başına yeterli olmayıp, diğer ölçütlerle birlikte ele alınması gerekmektedir⁵⁶¹.

Kelepçeleme sözleşmesinde edim-karşı edim dengesizliği unsur olarak ele alınmaktadır. Dengesizliğin boyutu ise değerlendirmeye muhtaçtır. Kelepçeleme sözleşmesinde, her sözleşmede mevcut olabilecek ve sözleşmenin tarafları açısından makul, daha doğru bir ifadeyle taraflarca ifa edilebilecek ölçüdeki olan edim-karşı edim dengesizliğinin dikkate alınmayacağı aşikârdır. Tarafların hukuken eşit varsayıldıkları, eşit söz hakkına sahip oldukları sözleşme görüşmelerinde belirlenen makul oransızlık sözleşme özgürlüğüne dairdir.

Kelepçeleme sözleşmesinde edim- karşı edim dengesizliğinin ölçüsünün ne olması gerektiği, aşırı yararlanma hükmü etrafında değerlendirilmektedir⁵⁶². Hüküm açıktır, aşırı yararlanmada edimler arası oransızlık *açık* olmalıdır (TBK m. 28). Açık ifadesinin de dışardan görülebilir, herkes tarafından derhal göze çarpan anlamına geldiği belirtilmektedir⁵⁶³. Kanaatimizce kelepçeleme sözleşmesinde daha fazlasının aranması gerekmektedir. Bunun iki nedeni vardır. İlki aşırı yararlanmayla farkını ortaya koymaktır. İkincisi içeriğindeki kişilik hakkı ihlâli, ihlâlin ahlâka aykırılık taşınması ve belki de en önemlisi hukuki işlemin (sözleşmenin) m. 27 gereğince kural olarak kesin hükümsüz kılınacak olmasıdır. Çünkü kesin hükümsüz bir sözleşmede taraflar arası ilişki, kurulduğu andan başlayarak geleceğe yönelik olarak hükümsüzdür. Oysa aşırı yararlanmada seçenekler tam/kısmi iptal şeklindedir. Sömürülen taraf isterse sözleşmeyi iptal edecek isterse edimler arası oransızlığın giderilmesi talebiyle ayakta tutacaktır. Dolayısıyla

⁵⁶⁰Scheuing, 1930, **a.g.k.**, s. 2; Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 78; Böhme, 1931, **a.g.k.**, s. 23-24; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 141.

⁵⁶¹Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 78; Böhme, 1931, **a.g.k.**, s. 23-24; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 142; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 247.

⁵⁶²Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 144.

⁵⁶³Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 485.

kelepçeleme sözleşmesinde aşırı yararlanmadaki açık oransızlıktan daha fazla/ötede oransızlık aranmalıdır⁵⁶⁴. Kelepçeleme sözleşmesinde edim-karşı edim dengesizliği aşırı ve hatta olağanüstü olmalıdır.

Bu noktada şu hususları vurgulamakta yarar görmekteyiz. Hukuki işlemin hükmünü/hükümlerini kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelerken başvurduğumuz konu, süre gibi unsurlar, nitelendirmede ve geçersizliğe hükmetmede tek başına yetmemektedir. Hukuki işlemin bu unsurları da kapsayacak şekilde genel ve bütünüyle bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Böylelikle ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme veya özgürlüğün aşırı sınırlandırılması sonucuna varıldığı takdirde kelepçeleme sözleşmesine hükmedilir ve sonrasında geçersizlik halleri tartışılır. Dengesizliğin aşırı/olağanüstü olmadığı durumlarda dahi diğer unsurların birlikte değerlendirilmesiyle kelepçeleme sözleşmesinin varlığına, geçersizliğine hükmedilebilir⁵⁶⁵. Ancak öncelikle diğer unsurları değerlendirdiğimizde kelepçeleme sözleşmesinin varlığını kabul edemediğimiz, kabul etmekte tereddütte kaldığımız takdirde edim karşı edim dengesizliğin açık olması yetmeyecek, aşırı/olağanüstü olmasını aramak gerekecektir.

Vardığımız bu sonuca Alman hukukunda ahlâka aykırılığı düzenleyen genel hüküm BGB § 138 çerçevesinde yapılan değerlendirmeyle de ulaşıldığı görülmektedir. Bu kapsamda ileri sürülen görüşler edim-karşı edim dengesizliğinin ve ölçütünün ahlâka aykırılık oluşturup oluşturmadığına yöneliktir. Kelepçeleme sözleşmesi de ahlâka aykırılığın bir görünüşüdür, aynı hükmün altında ele alınmaktadır. Söz konusu görüşlerin edim-karşı edim dengesizliğini göz önünde tuttuğumuz kelepçeleme sözleşmesi için de geçerli olacağı ortadadır. Anılan görüş edim karşı edim arasındaki dengesizliğinin ahlâka aykırı olacağını kabul etmektedir. Devamında ahlâka aykırı hukuki işlemde (sözleşmede) edimler arası oransızlığın, ahlâka aykırılığın özel hali olarak düzenlenen aşırı yararlanma halinden farklı olacağını ileri sürmektedir. Bu farklılık da edimler arası dengesizliğin aşırı olması şeklindedir⁵⁶⁶.

Kelepçeleme sözleşmesinde edim karşı edim arasındaki aşırı/olağanüstü dengesizliğin belirlenmesinde dikkate alınması gereken kıstaslar ise ana hatlarıyla şu

⁵⁶⁴Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 144.

⁵⁶⁵Armbrüster/MükoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 118.

⁵⁶⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. 5.2. Aşırı Yararlanma (TBK m. 28) başlığı.

şekilde olacaktır. Öncelikle bu dengesizlikte karşılıklı edimlerin objektif değeri esastır. Edimin taraflar için ne değerde olduğu, edime atfettikleri anlamlar göz önünde tutulamaz, tutulmamalıdır. Bir başka deyişle sübjektif değer hiçbir önemi yoktur. Edim karşı edim arasındaki dengesizliğin tespitinde dikkate alınması gereken an ise sözleşmenin kurulma anıdır. Dengesizliğin tespitinde asli ve yan edimlerin değerine bakılıp, bütünüyle değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Edim türlerine göre yapılacak değerlendirmeye gelince: Para dışındaki verme edimlerinde piyasa rayici belirleyicidir. Para ediminde ise ülke parasıyla ifa edilecek paranın değeri bellidir. Değer takdirine gerek yoktur. Ülke parası dışındaki (yabancı) para edimlerinde ise TBK m. 99/2 doğrultusunda sözleşmenin kurulduğu andaki borsa ve cari fiyat göz önünde tutularak edimin değeri hesaplanacaktır. Verme edimi dışındaki edim türlerinde cari fiyatının bulunup bulunmadığı veya borsaya kayıtlı olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

3.1.7. Kelepçeleme sözleşmesinde diğer unsurlar

Kelepçeleme sözleşmesinde dikkate alınan diğer unsurları objektif ve sübjektif olarak incelemekteyiz. Objektif unsurlar hukuki işlemle ilgili, özellikle içeriğine/hükümlerine ilişkin unsurlardır. İçeriğin/yaptırımın belirsizliği, yaptırımın hafifliği bu unsurlardandır⁵⁶⁷.

Subjektif unsurlar ise taraflara ilişkindir, onların kişisel durumlarına özgüdür, bazıları maddi ve manevi kişilik değerleridir⁵⁶⁸. Yaş, yetenek, bilgi düzeyi, tecrübe, mali durum, meslek gibi unsurlar bu kapsamdadır⁵⁶⁹. Kelepçeleme sözleşmesinde öncelikle ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkını koruduğumuz zayıf tarafın kişisel

⁵⁶⁷ Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 249. Edimin belli veya belirlenebilir olması nedeniyle belirsizliğin özgürlüklerin aşırı ihlale neden olacağı belirtilmekte, TMK m. 23/2'nin titizlikle uygulanması önerilmektedir. Bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 249, dn. 716'daki yazarlar.

⁵⁶⁸ Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 71-72; Böhme, 1931, **a.g.k.**, s. 33. Ünal, eserinde önce sözleşmedeki sübjektif unsurların kelepçeleme sözleşmesinde dikkate alınmayacağını savunmakta, örnek olarak karşı tarafa zarar verme kastını vermektedir. Yazar devamında ise somut olayların özelliğine göre tarafların yaşı, bilgisi gibi sübjektif unsurların hakkaniyet ve adalet duygusu gereği göz önünde bulundurulmasını kabul etmektedir. Bkz. (2017, **a.g.k.**, s. 147-148).

⁵⁶⁹ Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 146; Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 71-72; Böhme, 1931, **a.g.k.**, s. 33. Alman ilk derece mahkemesi kararında '*alanında uzman ve iktisatçı kimliğiyle üstlendiği riski öngörebilir olma*' şeklinde ifade edilen mesleki tecrübe halini göz önünde tutmuştur. Bu çerçevede ahlâka aykırılık şartlarının daha sert kıstaslarla göz önünde tutulması gereklidir. (İlgili karar için bkz. Ç. M. Yılmaz ve G. Dönmez (2019). Alman Federal Mahkemesinin 28.11. 1975 I ZR 127/73 sayılı kararı ışığında kelepçeleme sözleşmesinde dair bir değerlendirme. *LHD*. 17 (199). s. 2904-2905).

durumunu dikkate almak gerekecektir. Ancak somut olay adaleti çerçevesinde zaman zaman karşı tarafın kişisel durumunu göz önünde tutmak da gerekecektir.

Kelepçeleme sözleşmesinde daha önce ele aldığımız konu, süre vb. unsurları asli unsurlarmış gibi değerlendirmedığımız gibi, bu başlık altındakileri de yan unsurlar olarak nitelendirmemekteyiz. Dolayısıyla bunların kelepçeleme sözleşmesinin oluşumuna doğrudan etkisinin bulunmadığı görüşüne de katılmamaktayız⁵⁷⁰. Bazı sözleşme ilişkilerinde bu (diğer) unsurların asli unsur olması da olanak dahilindedir. Konuyu bir örnekle somutlaştıralım⁵⁷¹: Menajerlik sözleşmesinin tarafları genellikle hayat ve iş tecrübesi olan (güçlü) taraf ve karşısında duruma göre tam fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte, yaşından (hukuken de) beklenen bilince sahip olmayan, deneyimsiz zayıf taraf vardır. Çoğu vakada zayıf tarafın durumu (şöhrete ve şöhretin getirilerine kavuşmanın verdiği heyecanla, arzuya) düşünemezlik ve hatta işlemin sonuçlarını tasavvur edememe (öngöremezlik) şekilde tezahür edebilir. İçinde bulunduğu bu hallerle akdettiği sözleşmeyle zayıf tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğü tehlikeye girebilmekte, işlem ekonomik geleceğinin mahvına yol açabilmektedir. Sözünü ettiğimiz diğer unsurlar konu, süre gibi tek başına kelepçeleme sözleşmesi nitelemesine yetmeyebilir, yetmeyecektir de. İçinde bulunduğu veya sahip olduğu kişisel durumla, sözleşmeyi akdeden zayıf tarafın, aşırı bağımlılık oluşturacak şekilde karşı sözleşsenine tabi olmasıdır aslen aranacak olan.

⁵⁷⁰Bkz. Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 146. Ayrıca Ünal, bu unsurların kişinin ekonomik (faaliyet) özgürlüğünün veya varlığının aşırı derecede tehlikeye girmesi kriterinin oluşumuna etki ettiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce konu (içerik), süre, edim-karşı edim arasındaki aşırı dengesizlik gibi unsurlar da aynı etkiyi sağlamaktadır. Bütün unsurların sebep olduğu sonuç ekonomik faaliyet özgürlüğünün tehlikeye girmesi, sınırlandırılmasıdır, son tahlilde kelepçeleme sözleşmesinin varlığı ve geçersizliğidir. Dolayısıyla (objektif ve sübjektif) diğer unsurlar olarak ele aldığımız unsurların da kelepçeleme sözleşmesine yol açtığını kabul etmekteyiz. (**a.g.k.**, s. 147).

⁵⁷¹Söz konusu örnek İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği, çoğu eserde kelepçeleme sözleşmesinin bir örneğini teşkil eden, ayrıntılı ele alınması nedeniyle burada bahsettiğimiz unsur çerçevesinde kısaca inceleyeceğimiz (ünlü) karara da atıf oluşturmaktadır (*BGE 104 II 108 s. 117* (<https://www.swisslex.ch/de/>)). Kararda da ifade edildiği üzere 22 yaşındaki davalı, şarkıcı olarak *kariyer yapma beklentisiyle* kendisini tamamen davacıya teslim etmiş, iş, hatta özel hayatındaki karar verme yetkisinden feragat etmiştir. Davacının davalıya ne zaman ihtiyaç duyarsa derhal ve her zaman hazır olması zorunluluğu, gerek iş (sanatsal faaliyet alanını) gerek özel alanındaki kişisel özgürlüğüne getirilen aşırı sınırlandırma şeklinde tezahür etmiştir. Bu durum ayrıca davalının başka bir mesleki faaliyete veya eğitime başlayabilmesini de imkânsız kılmaya da çok zorlaştırmıştır. Yaş vurgusunu net olarak gördüğümüz kararda, kanaatimizce 22 yaşındaki bir şahsın deneyimsizliği, kariyer yapma beklentisinin/arzusunun beraberinde sonuçlarını öngöremeyerek akdettiği bir menajerlik sözleşmesi vardır. Bu sözleşmeyle ekonomik faaliyet özgürlüğü de aşırı şekilde sınırlanmış, dolayısıyla davalı zayıf tarafın sübjektif kişisel durumunun da dikkate alındığı bir kelepçeleme sözleşmesi varlık göstermiştir. Kararın ayrıntılı incelemesi için Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 576-577.

Yaşı, deneyimin yokluğu/azlığı, biliş düzeyinin yeterli olmaması gibi kişisel durumların doğal sonucu da (karşı taraf) sözleşmesine (aşırı) bağlanmak olacaktır.

3.1.8. Kelepçeleme sözleşmesinde aşırı bağımlılık unsuru

Her hukuki işlem (sözleşme) taraflar arasında az çok bağımlılık ilişkisi yaratır. Hizmet sözleşmesinde (TBK m. 393) ‘işçinin işverene bağımlı olması’ ibaresiyle açıkça ortaya konan bağımlılık⁵⁷² unsuru, işçi için asli edim yükümlülüğüdür, işçi işverene bağımlı olarak işgörmek yükümlüğüdür⁵⁷³. Edimin bir kez ifa edilmekle borcun sona ereceği hukuki işlemlerde bu bağımlılığı ortaya koymak mümkün görünmeyebilir (Gazeteyi alıp ücretini ödedik, borç ilişkisi [(elden satış) birkaç saniye sürdü ve bitti]). Ancak bunun dışındaki verme, yapma hatta yapmama edimlerini içeren hukuki işlemlerde bağımlılık hali (az/çok) görünürdür/ gözlemlenebilir. Hizmet sözleşmesinde dışarıdan da görülen/fark edilen bağımlılık bir tarafın (işçinin) diğer tarafa (işverene) tabi olarak, onun emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi, işveren lehine faaliyette bulunması şeklinde ifade edilmektedir⁵⁷⁴.

Hukuki işlem (sözleşmeden) doğan bağımlılık ilişkisi bir tarafın hareket sahasını daraltır, ekonomik geleceği için faaliyette bulunmasına engel olursa veya faaliyeti yapamaz duruma getirirse bu noktada (ekonomik) özgürlüklerden vazgeçme, özgürlüklerin sınırlandırılması tartışılmaya başlanacaktır. Ancak buradaki bağımlılık ilişkisi de her hukuki işlemde (sözleşmede) az/çok görülen/fark edilenden farklıdır. Bağımlılığın genel ahlâka aykırı olması aranacaktır⁵⁷⁵. Genel ahlâka aykırılığı ele alırken

⁵⁷²Bu noktada bağımlılık ve bağımlılık kelimelerine değinmek iyi olur. Bazı eserlerde kelepçeleme sözleşmesi kavramı tanımlanırken, bağımlılık kelimesine de yer verildiği veya her iki sözcüğün birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir (Bkz. Başpınar, 1999, **a.g.k.**, s. 22; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 11, 12 ve 130; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 278. Hem bağımlılık hem bağımlılık ifadesini kullanımı için bkz. Yılmaz ve Dönmez, 2019, **a.g.k.**, s. 2883 vd). Sözlükte bağımlılık, ‘bağlı olma durumu (merbutiyet)’ ve ‘birine karşı, sevgi, saygı ile yakınlık duyma ve gösterme, sadakat’, bağımlılık ise bağımlı olma durumu, tabiiyet şeklinde tanımlanmaktadır (Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>). Bağımlılığa olumlu anlam, bağımlılığa olumsuz anlam verildiğine dikkat edilmelidir. Kelepçeleme sözleşmesinde de bağımlılığın olduğunu, öyle ki bunun (ekonomik faaliyet) özgürlüğün(ün) kaybedilmesi, sınırlandırılması anlamına gelecek şekilde ortaya çıktığını belirtmek isteriz. Bu nedenle çalışmamızda doğru terim olduğu düşüncesiyle bağımlılığın kullanılmaktadır.

⁵⁷³Eren, 2021b, **a.g.k.**, s. 552; Yavuz, Acar ve Özen, 2021, **a.g.k.**, s. 481-482; Kılıçoğlu, 2021b, **a.g.k.**, s. 392.

⁵⁷⁴Eren, 2021b, **a.g.k.**, s. 552; Yavuz, Acar ve Özen, 2021, **a.g.k.**, s. 481-482; Kılıçoğlu, 2021b, **a.g.k.**, s. 392.

⁵⁷⁵Scheuing, 1930, **a.g.k.**, s. 25 vd; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 13. Bağımlılığın (kendi ifadeleriyle bağımlılığın) aşırı yararlanmadaki edimler arası açık oransızlık halinden daha fazla olması görüşü için bkz. Yılmaz ve Dönmez, 2019, **a.g.k.**, s. 2888.

objektif bir bakışa sahip olma zorunluluğuyla bağımlılık kıstasında da makul, açık, az/çok vb. oranların yetmeyeceğini kabul etmekteyiz. Bu noktada söz konusu oranların yeterli olmayacağını söylemek mümkündür. Genel ahlâka aykırı bağımlılığın aşırı olması aranmalıdır. Aşırı bağımlılık unsuru (zayıf) tarafın gerek karar (verme) özgürlüğünü gerek (ekonomik) faaliyet özgürlüğünü doğrudan ve önemli ölçüde etkiler. Aşırı bağımlılık özgürlüklerden vazgeçme, özgürlüklerin sınırlandırılmasının tespitini, sonuç itibarıyla kelepçeleme sözleşmenin varlığının ispatını kolaylaştırmaktadır.

Ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme, özgürlüğün sınırlandırılması sonucu ortaya çıkan kelepçeleme sözleşmesinde aşırı bağımlılık unsurunun ayrı bir önemi de vardır. Konu, süre, edim-karşı edim dengesizliği ve diğer unsurların tek başına kelepçeleme sözleşmesi oluşturmadığını, hukuki işlemin bütününe/genelinin değerlendirilmesine ihtiyaç bulunduğunu belirtmiştik. Gerek bütünün değerlendirilmesinde gerek sayılan bu unsurların beraberinde hukuki işlem (sözleşme) tarafları arasında aşırı bağımlılık varsa, kelepçeleme sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir^{576,577}. O nedenle aşırı bağımlılığı kelepçeleme sözleşmesi için ‘olmazsa olmaz unsur’ olarak ifade edebiliriz.

Kelepçeleme sözleşmesindeki aşırı bağımlılık ekonomik faaliyet alanına ilişkindir. Ekonomik olarak karşı sözleşmesine aşırı bağımlı hale gelmek, ekonomik faaliyet alanını daraltmak/ortadan kaldırmak sonucuna yol açacaktır⁵⁷⁸. Aşırı bağımlılığın tespitinde de sözleşmenin konusu, içeriği, süresi vb. bütün içeriği birlikte dikkate alınmaktadır⁵⁷⁹. Bir

⁵⁷⁶Türk ve İsviçre hukukunda bazı kararlarda ‘diğer unsurların varlığına karşın eğer zayıf taraf, güçlü tarafa ekonomik olarak bağımlı değilse kelepçeleme sözleşmesi varlığının tartışılmayacağı’ bazen açıkça bazen üstü kapalı bir şekilde ifade edilmektedir. Aşırı bağımlılık unsuru ile ilgili kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 01.07.2014, E. 2014/6520, K. 2014//12577; Yargıtay 11 HD, 13.05.2013, E. 2012/17736, K. 2013/9814 (<https://www.sinerjias.com.tr/>); BGE 114 II 159 (Sınırsız bir bira teslim sözleşmesi bir tarafın iradesini karşı tarafa bağımlı hale getirir, bu da ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olur); BGE 111 II 330 (Müşterek mülkiyete tabi bir konutta kat maliklerine getirilen kısıtlamaların yükümlüyü bir başkasının insafına bırakması, bağımlı hale getirmesi halinde ekonomik faaliyet özgürlüğü sınırlanmıştır); BGE 102 II 218 (Futbolcuyla kulübü arasındaki iş sözleşmesi sona erdikten sonra, kulübün talep edilen ibranameyi vermeyerek başka bir takımında oynama hakkının elinde alınması, futbolcunun kulübünün iradesine tabi olması aşırı bağımlılığa işaretler); BGE 123 III 345 (<https://www.swisslex.ch/de/>); 104 II 6 (www.bger.ch).

⁵⁷⁷Scheuing, 1930, a.g.k., s. 13 vd; Bauer-Mengelberg, 1931, a.g.k., s. 42; Böhme, 1931, a.g.k., s. 14; Ünal, 2017, a.g.k., s. 133 vd.

⁵⁷⁸Ünal, 2017, a.g.k., s. 130 vd.

⁵⁷⁹Ünal, 2017, a.g.k., s. 132; Başpınar, 1999, a.g.k., 29. Bayilik sözleşmesinde bütün hükümlerin değerlendirilmesi sonucunda, akaryakıt bayii ile petrol şirketi arasında ekonomik bağımlılık bulunduğu kararı için bkz. Ünal, 2017, a.g.k., s. 132.

başka deyişle hukuki işlemin (sözleşmenin) bir hükmü veya bazı hükümleriyle ekonomik aşırı bağımlılığın oluştuğu kanaatine varmak mümkün olmayacaktır⁵⁸⁰.

Kelepçeleme sözleşmesinde sadece aşırı bağımlılığın tespitinde değil, geçersizliğe hükmedilebilmek için de hukuki işlem (sözleşme) bütün hükümleriyle ele alınmalıdır.

4. TÜZEL KİŞİLERDE KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİ

Hukuk her şeyden çok irade ile uğraşır, doğuştan iradeye sahip olan (olma potansiyeli taşıyan) canlı da insandır⁵⁸¹. Dolayısıyla kişi türlerinden gerçek olanı insanlardır. Tarihsel gelişimde de önce gerçek kişiler kişi ve kişilik olarak tanınmış, ihlallere karşı hukuk düzenince korunmuştur⁵⁸². Zamanla bazı kişi ve mal toplulukları da hakkın süjesi olarak kabul edilmiş, bunlara da kişilik tanınmıştır. Topluluğu oluşturan kişilerden bağımsız, ortak bir amacın gerçekleştirilmesi için ortaya çıkan bu topluluklara tüzel kişi denmiştir. Lakin her kişi veya mal topluluğunun tüzel kişi olarak varlık göstermesi hukuk düzeni tarafından kabul edilmemiş, bazı unsurların gerçekleşmesi aranmıştır⁵⁸³. Bunlar, kişi veya mal topluluğunun sürekli amaca sahip olacak şekilde örgütlenmesi ve bu örgütlenmeye hukuk düzeninin tüzel kişilik tanınmasıdır⁵⁸⁴.

Türk Medeni Kanunu (ve İMK) tüzel kişilerin cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü nitelikler dışında hak ve borçlara ehil olduğunu belirtmiştir (m. 48/ m. 53). Böylece tüzel kişilerin kişilik hakkına sahip olduğunu da kabul etmektedir⁵⁸⁵. Ancak

⁵⁸⁰Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 132.

⁵⁸¹Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 15.

⁵⁸²Ius civile insanlara özgüdür. Bu nedenle eski Roma hukukunda tüzel kişilik kavramına yer verilmemiş, kavram da pek tanınmamış. Zamanla tek bir kişinin gerçekleştiremeyeceği amaçlara ulaşmak üzere birlikte faaliyetlerde bulunma zorunluluğu doğmuş. Öte yandan mal topluluklarının da arzulanan amaca hizmet için tahsisinin yapılması ve topluluğun onu kuran kişiden daha uzun ve kapsamlı faaliyette bulunması toplumun menfaatine uygun görülmüş. Böylece ortaya çıkan topluluklara hukuken kişilik tanınması gerekliliği doğmuş. Sistem haline getirilmemiş olmasına karşın, tüzel kişi kavramı ilk kez imparatorluk döneminde ortaya çıkmış. Bkz. A. Ö. Güvel (2020), Roma Hukukunda tüzel kişiler. *AÜHFD*, 69 (2), s. 485.486.

⁵⁸³Akünel, 1995, **a.g.k.**, s. 3; Gönen (2011), **a.g.k.**, s. 5 vd.

⁵⁸⁴Akünel, 1995, **a.g.k.**, s. 10 vd.

⁵⁸⁵E. Bucher und R. E. Aebi-Müller. (2017). *Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB (Berner Kommentar)*. Bern: Stämpfli Verlag, s. 62. İsviçre Medeni Kanunu 'herkesin hak ehliyeti vardır' derken, TMK 'her insanın hak ehliyeti vardır' ifadesini kullanır. Kanatimizce iki kanunda iki farklı ifadenin kullanılması farklı sonuçlara da yol açmaktadır. Herkes (jedermann) ifadesi tüzel kişileri kapsayacak biçimde geniş bir uygulama alanına işaret ederken, her insan ifadesi sadece gerçek kişileri konu etmektedir. (TMK m. 8/İMK m. 11). Bu nedenle Bucher ve Aebi Müller'in tüzel kişilerde hak ehliyetinde m. 11'e atıf yapıldığını belirtmesi yerindedir (**a.g.k.**, s. 62). Oysaki Türk hukukunda böyle bir atıf yapılamayacaktır. Keza gerek Türk hukukunda gerek İsviçre hukukunda bu atıf olmadan da doğrudan tüzel kişilerde hak ehliyetini düzenleyen hükümler mevcuttur. Bkz. TMK m. 48 ve İMK m. 53.

bu kişilik hakkının yapılarına, niteliklerine uygun olması gerekir⁵⁸⁶. Bu noktada gerçek kişi ile tüzel kişilerin yapısal farklılıkları kadar, tüzel kişi türleri ve faaliyetlerinin içeriği de önem arz etmektedir.

Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de kişilik hakkına hak ehliyetini kazandıkları andan sona erdiği ana kadar sahiptirler. Tüzel kişilerde kişilik kuruluştan sona erme anına kadar mevcuttur⁵⁸⁷. Burada tüzel kişiliğin başlangıç, kuruluş anının ne zaman olduğu önem arz eder. Türk Hukukunda tüzel kişiler için farklı kuruluş sistemleri kabul edilmiştir, her birinde kişiliğin başlangıcı farklıdır. Serbest kuruluş sisteminde kanunda öngörülen asgari şartların yerine getirildiği an tüzel kişilik kazanılırken, izin sisteminde yetkili makamın verdiği izin, tescil sisteminde genel itibariyle sicile kayıt anıdır.

Hukuk düzeninin süje niteliği tanıdığı özel ve kamu hukuk tüzel kişileri kişilik hakkına sahiptir ve bu kapsamda korunacaktır⁵⁸⁸. Tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket, kat malikleri kurulu gibi toplulukların ise hak ehliyeti, dolayısıyla kişilik hakkı yoktur⁵⁸⁹.

Öğreti ve uygulamada tüzel kişilerde hangi kişisel değerlerin kabul edileceği sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır⁵⁹⁰. Kanundaki tek ölçüt yaradılış gereği insana özgü olan nitelikler dışındakilerdir. Kanaatimizce anılan niteliklerin belirlenmesi yukarıdaki sorunun yanıtına ulaşmayı da kolaylaştıracaktır. Bu bağlamda gerçek kişilere özgü olan hayat, sağlık, vücut tamlığı gibi kişisel değerlere tüzel kişiler sahip olamazlar, buna yapıları olanak tanımaz⁵⁹¹. Bunlar dışında gerçek kişilerdeki (ad, onur gibi) manevi, (ekonomik varlık gibi) maddi kişilik değerlerine tüzel kişilerin de sahip olduğu kabul

⁵⁸⁶Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 308; Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 198.

⁵⁸⁷Tüzel kişilerde, gerçek kişilerdeki ana rahmine düşme anına denk gelecek şekilde bir an yoktur. Ceninin ana rahmindeyken kişiliğine yönelik saldırılarda yasal temsilcileri vasıtasıyla korunmasının talep edilmesi kabul edilirken, tüzel kişilerde böyle bir anın belirlenebilmesi güçlük arz eder. Dolayısıyla tüzel kişinin hak ehliyetini, kişiliğini kazandığı kuruluş ânından önceki zaman diliminde korumanın nasıl olacağı da belirsizdir. Gönen bu noktada ikili bir ayrıma giderek sorunu ele almaktadır. Yazara göre kuruluş aşamasını tamamlayamamış tüzel kişinin varlığından söz edilemez, **kuruluşuyla bağlantılı kişiler** -kanaatimizce yazar burada üyeler veya ortakları kastetmektedir, Bunun dışındaki kişilerin tüzel kişilikle bir bağlantısı yoktur- olduğu kişilik hakkının ihlali halinde kendi adlarına koruma talep edebilirler. Eğer kuruluş aşaması tamamlanmış, ihlal kuruluş süresinde meydana gelmiş ve bu anda koruma talep edilmişse, yine kuruluşla bağlantılı kişiler kendi kişilik hakkı ihlal edildiği oranda koruma talep edebilirler. Bu tüzel kişiliğin kurulmasından sonra ileri sürülmüşse, tüzel kişinin kendisi korumayı talep edecektir. Bkz. (2011, **a.g.k.**, s. 42 vd. Gerçek kişinin ölümünden sonra (post mortem) kişilik hakkının korunmasına ilişkin görüşün tüzel kişiler için de kabul edilebileceği hakkında bkz. Gönen, 2011, **a.g.k.**, s. 44 vd.

⁵⁸⁸Gönen, 2011, **a.g.k.**, s. 47; Bucher und Aebi-Müller, 2017, **a.g.k.**, s. 218.

⁵⁸⁹Gönen, 2011, **a.g.k.**, s. 52.

⁵⁹⁰Öğretideki görüşler için bkz. Gönen, 2011, **a.g.k.**, s. 55 vd.

⁵⁹¹Göne, 2011, **a.g.k.**, s. 204; A. Taşkın (1991-1992). Tüzel kişilerin kişilik hakkının korunması. *AÜHFĐ*. 42(1-4), s. 215-216; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 103-104.

edilmektedir⁵⁹². Bu iki değerin statik ve dinamik şeklinde ifade edildiğini gormekteyiz⁵⁹³. Kişiliğin korunması bu değerlerinin tümünü kapsar, aksinin kabulü korumanın tam olmadığı sonucuna goturecektir⁵⁹⁴.

Maddi-dinamik kişilik kişinin mesleki, ticari ve sanatsal faaliyetlerini kapsar ve bunlarla toplum içindeki yeri, varlığı anlaşılır. Bunun önemli bir yönünü de ekonomik kişilik oluřturur⁵⁹⁵. Tüzel kişilerin de ekonomik kişilikleri bulunur. Öyle ki bunun (özellikle ticari şirketler başta olmakuzere) yapısı itibariyle baskın bir kişilik değeri olduğunu da söyleyebiliriz. Dolayısıyla ekonomik kişiliğe yönelik ihlallere karşı tüzel kişiler de korunacaktır⁵⁹⁶.

Öğreti, tüzel kişilerin de TMK m. 23’ün (IMK m. 27) sağladığı korumadan yararlanacağını kabul etmektedir⁵⁹⁷. Anılan korumadan yararlanabilmesi ise farklı biçimlerde değerlendirilmektedir. Bir goruşe göre ozgurluğu sınırlandıran sözleşme, tuyelerin ya da tucuncu kişilerin kişilik hakkını ihlal ediyorsa tüzel kişi de korumadan yararlanır⁵⁹⁸. Diğer bir goruş, tüzel kişilerin sosyal fonksiyonunu ve faaliyet alanını dikkate almakta ve o ölçüde korumadan yararlanmanın mumunkunu olduğunu belirtmektedir⁵⁹⁹.

Hukuki bir işlemlle tüzel kişi de özgürlüklerinden vazgeecer veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlandırsa, TMK m. 23/2 (IMK m. 27/2) atısı altında korunacaktır⁶⁰⁰. Bu bağlamda ekonomik ozgurluğunu, kişiliğini tehlikeye sokan, aşırı ölçüde sınırlandıran sözleşmeler gecersizdir⁶⁰¹. Kelepeleme sözleşmesi de bu gruba girer

⁵⁹²Akunal, 1995, **a.g.k.**, s. 29; Gönen, 2011, **a.g.k.**, s. 58; Taşkın, 1991-1992, **a.g.k.**, s. 230.

⁵⁹³Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 144.

⁵⁹⁴Dural ve Oğuz, 2021, **a.g.k.**, s. 144.

⁵⁹⁵Dural ve Oğuz, 2021, **a.g.k.**, s. 144.

⁵⁹⁶Gonen, 2011, **a.g.k.**, s. 102.

⁵⁹⁷Peter Nobel (1990). Gedanken zum Personlichkeitschutz juristischer Personen. Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini. Bern: Stämpfli, s. 417; Künzler (1951), **a.g.k.**, s. 142; Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 195; Bucher und Aebi-Müller, 2017, **a.g.k.**, s. 69; Honsell, Vogt und Geiser, 2007, **a.g.k.**, s. 238; Hausheer und Aebi Müller, 2020, **a.g.k.**, s. 119. Maddenin uygulanacağını ancak özgürlüklerle ilgili uygulamanın gerçek kişilerdeki kadar geniş olmayacağı yönünde bcz. Riemer, 2002, **a.g.k.**, s. 202 ve Helvacı (2021), **a.g.k.**, s. 147.

⁵⁹⁸Bucher tüzel kişilerle bağlantılı olan girişimcileri (Unternehmer) esas almaktadır (1993, **a.g.k.**, s. 198).

⁵⁹⁹Nobel, 1990, **a.g.k.**, s. 418.

⁶⁰⁰Gonen, 2011, **a.g.k.**, s. 104.

⁶⁰¹Oztan, 2021, **a.g.k.**, s. 255.

ve bir tüzel kişinin yaptığı sözleşmenin hüküm veya hükümlerinin kelepçeleme sözleşmesi niteliğini taşıması mümkündür⁶⁰²,⁶⁰³.

Tüzel kişilerde kelepçeleme sözleşmesini ele alırken kelepçeleme haline ilişkin unsurlara da bakmak gerekecektir. Bunlar, tüzel kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünün konu (içerik), süre, edim-karşı edim dengesizliği ve ele aldığımız diğer unsurlar yönüyle sınırlandırılması veya vazgeçilmesidir.

⁶⁰²Scheuing, 1930, **a.g.k.**, s. 29 vd; Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 43; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 134-135; Başpınar, 1999, **a.g.k.**, s. 24.

⁶⁰³Kelepçeleme sözleşmesinin varlığı ve uygulanabilirliği ile ilgili bir başka hususa da değinmekte yarar vardır. Tüzel kişiyi oluşturan kişiler (üyeler), tüzel kişinin kazandığı hakları talep edemez, borçlardan sorumlu olmazlar. Bu kuralın uygulanmasında zaman zaman üyelerin bazı yükümlülüklerden kurtulması, (hukuken) yasak olan bir amacın gerçekleştirilmesi şeklinde istenmeyen sonuçlar ortaya çıkar. Öğretide bu tür durumlarda, üçüncü kişilerin üye/ortakların sorumluluklarına gidebilme imkânı tanınmakta, buna tüzel kişilik perdesinin aralanması denmektedir. Perdenin aralandığı bir hal de kelepçeleme sözleşmesinin bulunduğu rekabet yasağıdır. Rekabet yasağı getirilen ana ortaklığın bu yasağı, kendi altında bulunan yavru ortaklık aracılığıyla ihlal etmesidir. Böyle bir durumda ana ortaklığın sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 220. Vakıf tüzel kişiliğinde de vakıf ile kurucu/yükümlü arasında kelepçeleme sözleşmesi söz konusu olabilir. Örneğin vakfedenin/yükümlünün vakfa ebedi/uzun süreli bir taahhütte bulunması TMK m. 23/2'nin ihlalidir. Bkz. H. M. Riemer (2020). *Die Stiftungen, Art. 80-89c ZGB, Die juristischen Personen (Berner Kommentar)*. (2. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, s. 293. Tüzel kişilerin de ekonomik faaliyet özgürlüğünün ihlal edileceğini belirten kararlar için bkz. BGE 114 II 159; BGE 106 II 369; FZR 2013, 322, 323 (<https://www.swisslex.ch/de/>).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ, GEÇERSİZLİKTE UYGULANACAK HÜKÜMLER, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİ

İrade özgürlüğü ilkesinin gerçekleşme aracı olarak hukuki işlem, hukuki bir sonuca yönelmiş, hukuk düzeninin kendisine sonuç bağladığı irade beyanı olarak tanımlanır⁶⁰⁴. İrade beyanının içeriği ile hukuk düzeninin buna bağladığı sonuç arasında uygunluk vardır⁶⁰⁵. Hukuki işlem, hukuk düzeninin aradığı kurucu unsurları ve geçerlilik şartlarını içerdiği takdirde, işleme bağlanan hukuki sonuçlar/hükümler meydana gelir. Hükümler/sonuçlar işlemin kurulması, değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması şeklindedir. Bu yargı çoğu zaman iki taraflı hukuki işlemler olan sözleşmelerde de geçerlidir.

Hukukî işlemler ve alt başlığı sözleşmelerin *geçersizliğinde*⁶⁰⁶ klasik geçersizlik teorisi temel iki tür yaptırımı dikkate almaktadır⁶⁰⁷. Kesin hükümsüzlük, iptal

⁶⁰⁴Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 173; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 84; Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 15.

⁶⁰⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 84.

⁶⁰⁶Hükümsüzlük ifadesi yerine geçersizliği tercih etmemiz, onu hukuki işlemin kurulduktan sonraki aşamayı kapsamasına ve böylece dar yorumlamamıza dayanmaktadır. Oysaki hükümsüzlük, hukuki işlemleri genişletici yorumla ele almakta, eksiklik, sakatlık ve sonradan etkisizleşmesi hallerinin tamamını içermektedir. Kurucu unsurları bulunmayan bir hukuksal işlemi de değerlendirmektedir. Bir başka deyişle hükümsüzlük hukuki işlemlerin bütün geçersizlik hallerini içeren üst kavramdır. Bkz. Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 203; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 180 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 374; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 582 vd; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 8-9; Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 226; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 13.

⁶⁰⁷Güral, 1953, **a.g.k.**, s. 31 vd. Türk ve İsviçre hukuku ile Alman hukukunda geçersizlik veya hükümsüzlük terimleri arasında bir birlik olduğunu söylemek güçtür. Geçersizlik terimini “Ungültigkeit” olarak ele alan İsviçre hukukunda geçersizlik halleri kesin hükümsüzlük “Nichtigkeit” ve iptal edilebilirlik “Anfechtbarkeit” olarak ele alınmakta, bu başlığın altına askıda hükümsüzlük “schwebende Unwirksamkeit” da eklenmektedir. Türk hukukunda bu yönde bir yaklaşım olduğunu ve bunun dar anlamıyla geçersizlik halleri altında ele alındığını söyleyebiliriz. Geniş anlamıyla geçersizlik hallerine bunlarla birlikte yokluk kavramı da dahil edilmektedir. Bu konuda bkz. Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 12 vd. Yazar eserinde yokluğu geçersizlik türleri içinde ele almanın zor olduğunu, ancak kurucu unsurların neler olduğunun geçersizlik başlığında incelenmesi gerekliliği ile yokluk kavramının ele alınmasını kabul

(edilebilirlik). Modern geçersizlik teorisi ise bu iki yaptırımın özelliklerini taşıyan karma geçersizlik hallerini de kabul eder⁶⁰⁸.

Yaptırım başlığında değerlendirilen yoklukta ise kanunla aranan kurucu unsurların bulunmaması nedeniyle hukukî işlem varlık kazanamaz, hukukî işlem hiç doğmamış sayılır, yok hükmündedir. Örneğin, mirasbırakanın haberi olmadan üçüncü kişi tarafından sanki onunmuş gibi hazırlanan bir vasiyetname ya da mirasbırakan tarafından yapılan bir vasiyetname projesi yokluğa neden olur⁶⁰⁹. Bir hukuki işlemin geçersizliğinden söz edebilmek için öncelikle o işlemin hukuk dünyasında ‘var’lık kazanmış, doğmuş olması gerekir. Geçersizlik hukuki işlem kurulduktan sonra tartışılabilir bir husustur. Dolayısıyla hukuki işlemin hiç doğmadığı yokluk hali bizce de geçersizlik sorunu ile ilgili değildir⁶¹⁰. ‘Yokluk’, hâkim kararı olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkar ve ilgili herkes tarafından dava açma şartına bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir. Hâkimin de yokluğu re’sen nazara alması gerekir. Açılmış bir davada ‘yokluk’ hukuki işlemin varlığına engel teşkil etmesi nedeniyle itiraz şeklinde ileri sürülür.

Tarihsel süreçte Roma Hukukunda hukukî işlemlerin geçersizliği bahsinde⁶¹¹ temel olarak kesin hükümsüzlük (butlan) ve iptal (edilebilirlik) yaptırımlarından söz edilmektedir⁶¹². Bu iki yaptırımın kabulü ise iki farklı döneme rastlamaktadır. Kesin hükümsüzlük Klasik Roma Hukuku döneminde gerek *ius civile* gerek *praetor* hukukunun kabul ettiği hukukî işlemler için, bu hukukî işlemlerin temel öğelerinin eksikliği halinde

etmektedir (a.g.k., s. 17-18). Alman hukukunda genelin görüşü geçersizlik kavramıyla özdeşleşen ‘unwirksamkeit’ ı geniş ele almak şeklindedir. Buraya *Nichtigkeit* (kesin hükümsüzlük), *anfechtbarkeit* (iptal edilebilirlik), *schwebende Unwirksamkeit* (askıda hükümsüzlük) ve *relative Unwirksamkeit* (nisbi hükümsüzlük) dahil edilmektedir. Yokluk geçersizlik halleri içinde ele alınmamakta, kurucu unsurların bulunmaması hali de ‘nicht Zustände kommen’, yani sözleşmenin meydana gelmemesi olarak ifade edilmektedir. Bkz. Akbulut, 2016, a.g.k., s. 25 vd.

⁶⁰⁸Güral, 1953, a.g.k., s. 90 vd.

⁶⁰⁹Dural ve Ögüz, 2021, a.g.k., s. 224.

⁶¹⁰Kocayusufpaşaoğlu, 2017, a.g.k., s. 578; Eren, 2021a, a.g.k., s. 339-340; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, a.g.k., s. 378. Yokluğu hükümsüzlük çatısı altında bulunmasını eleştiren, ancak geniş anlamda hükümsüzlük içerisinde ele alınabileceği de belirten görüş için bkz. İkizler ve Tüzüner/ Tüzüner, 2021, a.g.k., s. 205.

⁶¹¹Roma Hukukunun somut olaylar etrafında hukuki sorunlara çözüm getirmesi, *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium* gibi çeşitli hukuk tabakalarından oluşması ve hükümsüzlük hallerinin bu tabakalarda değişiklik göstermesi gibi nedenlerle genel bir hükümsüzlük teorisi oluşturulmasına engel olduğu belirtilmektedir. Bkz. N. Koç (1981). Türk medeni hukuku ve Roma hukukunda hükümsüzlük (butlan). *DEÜHFD.* (2), s. 129; M. Yeşiller (2011). Roma Hukuku’nda hükümsüzlük halleri. *GÜHFD.* XV (3), s. 78.

⁶¹²Roma Hukukunda *magistra* önünde yapılmayan ‘*in iure cessio*’nun yokluğa tabi tutulduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle hükümsüzlük hallerinin kesin hükümsüzlük, iptal ve yokluk şeklinde üçlü ayrımla ele alındığı kabul edilmektedir. Bkz. Tahiroğlu ve Erdoğan, 2005, a.g.k., s. 186; Koç, 1981, a.g.k., s. 133 vd.

gündeme gelmektedir⁶¹³. Oysa iptal Iustinianus döneminde, hukukî işlemlerin temel öğelerin sakatlığı halinde gündeme gelmekte, *def'i* yoluyla ileri sürülmektedir⁶¹⁴.

2. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ, GEÇERSİZLİKTE UYGULANACAK HÜKÜMLER SORUNU

2.1. Geçersizliğin Nedeni

Geçersizlik üst başlığının kabul ettiğimiz şekilde kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olarak ele alınması özel hukuka bağlı geçersizlik sonuçlarıdır, yaptırımlarıdır. Oysa kelepçeleme sözleşmesi aslında birer anayasal hak olan özgürlük konusunu da içerir. Bu da söz konusu hukuki işlemlerde (sözleşmelerde) anayasaya aykırılığın var olup olmadığının değerlendirilmesini kanaatimizce zorunlu kılmaktadır.

2.1.1. Anayasaya aykırılık

Sözleşme özgürlüğü temel hak ve özgürlükler içinde yer alarak, Anayasa ile deckoruma altına alınmaktadır (m.48). Dolayısıyla anayasal bir temel hak olan sözleşme özgürlüğünün, kişilik hakkına ve genel ahlâka aykırılık sınırlarını düzenleyen TBK m. 27/1'in, Anayasaya aykırılık ihtiva edip etmediği bu başlık altında ele alınacaktır.

Bir hükmün Anayasaya aykırılığı söz konusu ise, Anayasaya uygun yoruma olanak verilemeyen hallerde, ilgili hükmün soyut ya da somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptali gerekmektedir⁶¹⁵. Anayasaya aykırılığı hukuka aykırılığın özel bir görünüm şekli olarak kabul ettiğimizde, Anayasa Mahkemesince iptal edilemeyen bir hüküm, genel mahkemelerde hukuka aykırılık kapsamında bir yaptırımla karşılaşılabilecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere hukuka aykırılık, hukuk düzenindeki objektif nitelik taşıyan yazılı veya yazılı olmayan kurallara aykırılıktır. Anayasaya aykırılığın da bu kapsamda değerlendirilmesinde en ufak bir kuşku bulunmamalıdır.

Temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanmasına ilişkin Anayasa m. 13 hükmünün son hali “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu

⁶¹³Karadeniz Çelebican, 2005, **a.g.k.**, s. 243; Koç, 1981, **a.g.k.**, s. 132.

⁶¹⁴Karadeniz Çelebican, 2005, **a.g.k.**, s. 244.

⁶¹⁵S. Kaneti (1988-1990). Anayasa mahkemesi kararlarına göre anayasanın özel hukuka etkileri, *İÜHF*M, 53 (1-4), s. 203.

sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetlerin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklindedir⁶¹⁶. Hükümden genel ahlâk ve kamu düzeni genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Anayasanın 13. maddesinde 2001 anayasa değişikliği öncesi⁶¹⁷ var olan genel sınırlandırmaların TBK m. 27’de kısmen tekrarlandığı, böylece bu kuralın anayasal bir düzleme çıktığını söylemek mümkündür⁶¹⁸. Öyle ki bu bağlamda bir görüş, TBK m. 27/1’deki (mülga BK m.19 ve 20) ahlâka ve kamu düzenine aykırılık hallerinin, sözleşmelerin denetiminde hâkime yol gösteren, genel, soyut ve ilkesel nitelik taşıyan, (teorik olarak mümkün olsa da) Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği sınırlandırıcı hükümler olduğunu kabul ediyordu⁶¹⁹. Görüş taraftarları, genel veya özel kanunda oluşuna bakmaksızın, emredici hükümlerin ve sözleşme özgürlüğünü ilgilendiren diğer durumların ise Anayasanın (mülga) 13. maddesinde belirtilen sınırlandırmalara aykırılık nedeniyle iptal davasına konu olacağını ileri sürmekteydiler⁶²⁰.

Genel sınırlandırma hallerinin 2011 yılında Anayasadan kaldırılmasının temel hak ve özgürlüklere etkisinin ne olacağı öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüş durumun değiştiğini, hakkında özel sınırlama sebebi öngörülmeleyen sözleşme özgürlüğü gibi bazı temel hak ve hürriyetlerin sınırsız hale geldiğini, yorum yoluyla da genel bir sınırlama sebebinin kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla yapılacak bir sınırlamanın Anayasaya aykırılık oluşturacağını kabul etmiştir⁶²¹. Sınırsız bir sözleşme özgürlüğünün kabulünün kamu düzeni bakımından sakıncalar oluşturacağı da vurgulanmıştır⁶²². Söz konusu görüş,

⁶¹⁶3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla Anayasanın 13. maddesindeki dokuz adet genel sınırlama sebebi kaldırılmıştır. Bkz. *Resmî Gazete*, 17 Ekim 2001, Sayı 24556 (Mükerrer). Değişiklik sözleşme özgürlüğünün sınırsız uygulanması ihtimaliyle, sakıncalı bir durum yaratmaktadır, (Tiryaki, 2008, **a.g.k.**, s. 126. vd.)

⁶¹⁷2001 Anayasa değişikliği öncesi Anayasa m.13: ‘Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir’.

⁶¹⁸Battal, 2001, **a.g.k.**, s. 52.

⁶¹⁹Battal, 2001, **a.g.k.**, s. 52-53.

⁶²⁰Battal, 2001, **a.g.k.**, s. 53.

⁶²¹K. Gözler (2001). Anayasa değişikliklerinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından getirdikleri ve götördükleri: Anayasanın 13. maddesinin yeni şekli hakkında bir inceleme. *ABD.* 59(4), s.53-67; H. Hatemi (2012). BK m. 19-20 ve TBK m. 272nin karşılaştırılması. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin değerlendirilmesi sempozyumu. *Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD.* (2. Bası), İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 98-99.

⁶²²K. Gözler (2002). 3 Ekim 2001 tarihli anayasa değişikliği: Bir abesle iştilal örneği. *AYD.* (19) s. 348.

sözleşme özgürlüğünü sınırlayan TBK m. 27/1'in normlar hiyerarşisine aykırı bir düzenleme içerdiği ve Anayasaya aykırı olduğu yargısına varmaktadır.

Öğretide Anayasa m. 13'teki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasına karşın, özel sınırlama sebebi içermeyen sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırsız hale gelmediği, haiz olduğu niteliklerden, eşyanın tabiatından ve hakkın kötüye kullanılmasından kaynaklanan bazı sınırlara tabi olacağı kabul edilmiş⁶²³, aksi kabulün diğer temel hak ve özgürlüklerle çatışmaya neden olacağı, sonuç itibariyle TBK m. 27'in anayasaya aykırılık oluşturmadığı ileri sürülmüştür⁶²⁴.

Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde geçerli olup olmadığı konusu öğretilerde tartışılmış ve temelde iki farklı görüş ileri sürülmüştür⁶²⁵,⁶²⁶. Görüşlerden ilki dikey etki başlığı altında, temel hak ve özgürlüklerin sadece devlet ile kişiler arasında geçerli olacağı, özel hukuk ilişkilerine uygulanamayacağı şeklindedir⁶²⁷. Bu görüş günümüzde etkisini kaybederek yerini karşıt nitelikteki yatay etki görüşüne bırakmıştır⁶²⁸. Yatay etki görüşünde temel hak ve özgürlüklerin sadece devletle kişiler arasında değil, kişilerin kendi arasında da ileri sürülebileceği savunulmuştur⁶²⁹. Temel hakların üçüncü kişilere etkisi olarak da ifade edilen görüşte, uygulamanın nasıl olması

⁶²³T. Bozkurt (2008). Hakkında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sorunu: Özellikle sözleşme hürriyeti açısından durum. ABD. 66(1), s. 141; F. Sağlam (2002). 2001 yılı anayasa değişikliğinin yaratabileceği bazı sorunlar ve bunların çözüm olanakları. *AYD*. (19), s. 5-6; M. Sağlam (2002). Ekim 2001 tarihinde yapılan anayasa değişiklikleri sonrasında düzenledikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorunu. *AYD*. (19), s. 254; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 58-59; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 57-58 dn. 177; Tiryaki, 2008, **a.g.k.**, s. 130-131.

⁶²⁴Sağlam, 2002, **a.g.k.**, s. 6; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 58-59; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 59.

⁶²⁵Anayasadaki temel hak ve hürriyetler özel hukuk düzenlemeleriyle somutlaşır ve uygulama gücü bulur. Bu nedenle Anayasanın özel hukuka etkisinin ortaya konması gerekir. Bu etki varlığını 'anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır' hükmüyle m.11'de gösterir. Bkz. Kaneti, 1988-1990, **a.g.k.**, s. 200.

⁶²⁶İ.E. Perdecioğlu (2020). İnsan haklarının yatay etkisi ve mülkiyet hakkının yatay etkisinin Avrupa insan hakları mahkemesi içtihadında görünümü. *TAAD*. 11(43), s. 49-51 ve 55.

⁶²⁷Perdecioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 50-51. Dikey etki görüşü, temel haklar özel hukuka uygulanırsa özel hukukun özerk yapısı bozulur, devletin yasama organı aracılığı ile bu yapının sınırlarına müdahale imkanı doğar, özel hukukun sözleşme, haksız fiil gibi çekirdek alanlarını yorumlama konusunda uzman özel hukuk mahkemelerinin yetkileri kamu hukuku mahkemelerine kayar ve sonuç itibariyle özel hukukun uygulama alanı daralır, şeklinde argümanlar ortaya koyar (**a.g.k.**, s. 52.)

⁶²⁸Perdecioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 54; O. Ergül (2013). Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi karşısında çalışanı ücreti gizli tutmakla yükümlü kılmanın hukuksal temelsizliği üzerine. *Erdal Onar Armağanı*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (I), s. 437; Serozan, 2014, **a.g.k.**, s. 140; E. Bucher (1987). *Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung"* i. S. von BGE 111 II 245-259. *SJZ*. Bd. 83, s. 37-47; T. Göksu (2002). *Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes*. *SJZ*. 98(2), s. 89-90.

⁶²⁹Perdecioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 54; Ergül, 2013, **a.g.k.**, s. 438-439.

gerektiği sorusu, iki farklı görüşle cevaplanmıştır⁶³⁰. Doğrudan etki veya mutlak etki adlı ilk görüşte, özel hukukta bir düzenleme olmasa da kişilerin Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere doğrudan başvurabileceği, bunların özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir⁶³¹. Dolaylı etki adlı diğer görüş ise temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine dolaylı etkisi olacağını belirterek, doğrudan uygulamanın mümkün olmadığını, dolaylı etkinin de özel hukuk kavramlarının, genel hükümlerinin içeriğinin doldurulmasında, yorumlanmasında esas alınacağını ileri sürmüştür⁶³². Bu bağlamda dolaylı etkinin kendini açıkça göstereceği alanların TMK m. 23 ve TBK m. 27 olduğu vurgulanmıştır⁶³³.

Anayasada düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerin *dolaylı* olarak özel hukuku etkilediğini kabul ediyoruz. Bu doğrultuda anayasadaki hükümler, özel hukuk hükümlerinin yorumlanmasında, içeriğinin doldurulmasında esas alınmalıdır. Bu kapsamda hâkim, TMK m. 23 ve TBK m. 27'deki (genel) ahlâk kavramının yorumlanmasında ve içeriğinin belirlenmesinde Anayasa hükümlerini mutlaka göz önünde tutmalıdır.

Bununla birlikte Anayasanın 13. maddesindeki kamu düzeni ve genel ahlâk sınırlamalarının kaldırılması ve m. 48'de sözleşme özgürlüğü için özel bir sınırlama halinin öngörülmemiş olmasının TBK m.27'deki sözleşme özgürlüğünü sınırsız hale getirmeyeceğini kabul ediyoruz. Başta hakkın kötüye kullanılması yasağı olmak üzere sözleşme özgürlüğünün diğer özgürlükler gibi kendi doğasından kaynaklanan sınırları olduğunu, sınırsız kullanımın diğer hakların kullanımıyla çatışacağını, bunun Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olmayacağını savunuyoruz. Kanaatimizce, sonuç itibarıyla TBK m. 27 hükmü Anayasaya aykırı değildir.

2.1.2. Özel hukuk hükümlerine aykırılık

Roma Hukukundan beri hukuk kurallarında temel ayırım kamu hukuku ve özel hukuk şeklindedir. Ana hatlarıyla kamu hukuku, kamu gücü ve otoritesine sahip kuruluşların ellerindeki bu gücü kullanarak, otoritelerine tabi kişilerle kurdukları ilişkiyi

⁶³⁰Perdecioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 56; Bucher, 1987, **a.g.k.**, s. 39 vd; Göksu, 2002, **a.g.k.**, s. 89-90.

⁶³¹Perdecioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 56-57; Göksu, 2002, **a.g.k.**, s. 89-90; . R. Singer (1995). Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst. *JZ*. 50. Jahrgang, s. 1135.

⁶³²Göksu, 2002, **a.g.k.**, s. 89-90; Singer, 1995, **a.g.k.**, s. 1135-1136.

⁶³³Serozan, 2014, **a.g.k.**, s. 140; Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 504. Dolaylı etkinin Alman özel hukukundaki uygulaması olarak BGB § 138 genel ahlâka aykırılığın ortaya konmasında geçerli olduğu görüşü için bkz. Singer, 1995, **a.g.k.**, s. 1136.

konu alır ve eşit bir düzeyde varlık göstermez, ilişki düzeyi hiyerarşiktir⁶³⁴. Bu demektir ki var olan eşitliğin bir taraf aleyhine bozulduğunu kabul ettiğimiz kelepçeleme sözleşmesinin kamu hukukuna ait hukuki işlemlerde ortaya çıkması olanak dışıdır. Ancak kamu hukukunda, kamu tüzel kişinin (idarenin) sahip olduğu kamu otoritesini kullanmaksızın gerçekleştirdiği hukuki ilişkiler özel hukuk kurallarına tabidir⁶³⁵. Bunlar, idarenin üstünlüğünü bir kenara bırakıp, hukuken eşit konuma indiği ilişkilerdir⁶³⁶. İdare bu tür hukuki ilişkilerin hazırlık aşamasında bir takım hak ve yetkilere sahiptir ve burada da idare hukuku kuralları işler⁶³⁷. Ne zamanki sözleşme akdedilir ondan sonra özel hukuk kuralları uygulama alanı bulur⁶³⁸. İşte bu aşamadan itibaren de kelepçeleme sözleşmesinin varlık göstermesi mümkündür. Şimdiye kadar incelediğimiz örneklerde bu nevi sözleşmelerin varlığına rastlamadık. Bu saptama, bundan sonra da bu tür sözleşmelerle karşılaşmayacağı anlamına gelmeyecektir elbette.

Kelepçeleme sözleşmesi eşitler arası ilişkiyi konu edinen özel hukukun alanına ait, özel hukuk sorunudur. Bu demektir ki varlığı aslen özel hukuka aykırılık teşkil eder. Yerini tam olarak belirlemede diyebiliriz ki özel hukukun temelini oluşturan Medeni Hukuk disiplinin, Kişiler Hukuku ve Borçlar Hukuku bölümlerinde, kişilik hakkı ve sözleşme özgürlüğü başlıklarında karşımıza çıka(bili)r, çözüme kavuşturulmaya çalışılır.

2.1.2.1. Hukuka aykırılık

Kelepçeleme sözleşmesinin varlık noktasının kişilik hakkı ve sözleşme özgürlüğü olduğunu belirtmiştik. Bu konuları düzenleyen hükümlerin de objektif nitelikte hukuk kuralları olduğu ortadadır. Hukuka aykırılığı hukuk düzeninde objektif nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan kurallara aykırılık şeklinde ifade ettiğimiz takdirde⁶³⁹, hukuka aykırılığın kelepçeleme sözleşmesinin de bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür.

⁶³⁴Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 4; Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 7.

⁶³⁵Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 4.

⁶³⁶Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 7.

⁶³⁷Sözleşme yapıncaya kadar geçen aşamadaki karar ve işlemler birer idari karar ve idari işlemdir ve idare hukuku kurallarına tabidir. Bkz. Z. Odyakmaz (1998). Genel olarak idarenin sözleşmeleri. Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, *GÜHFD*. 2, (1-2), s. 213.

⁶³⁸Odyakmaz, 1988, **a.g.k.**, s. 213.

⁶³⁹Öğretide hukuka aykırılık kavramı çeşitli ayrımlarla da ele alınmaktadır. İlk ayırım şekli-maddi anlamda hukuka aykırılıktır. Buna göre hukuki işlemde (sözleşmede) bir hükmün pozitif hukuk normu ile çatışması şekli, hukuki işlemin (sözleşmenin) içerdiği hak ve borçlar itibariyle hukuk düzeninin emredici hükümlerine aykırılığında maddi anlamda hukuk aykırılık bulunmaktadır. Bkz. Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s.

Bununla birlikte TMK m. 23 kişilik haklarını koruyan emredici bir hükümdür. Kişilik hakkı kapsamında ekonomik faaliyet özgürlüğü vardır ve bu özgürlüğü aşırı oranda sınırlandıran hukuki işlem, emredici hükme aykırılık dolayısıyla hukuka da aykırı olacaktır. Emredici hükme aykırılık nedeniyle hukuka aykırılık hallerinde hâkimin takdir yetkisi bulunmayacak, işlemin geçerliliği ilgili hukuk kuralı tarafından belirlenecektir. Bunun en somut örneğini TBK m. 430/3' de görmekteyiz. Buna göre süresi on yılı aşan belirli süreli bir hizmet sözleşmesi onuncu yılın sonunda altı aylık fesih bildirim süresine uyarak taraflarca feshedilebilir. Süre itibariyle kişinin (işçinin) ekonomik özgürlüğünün sınırlandırıldığına ilişkin bir örnek de olması itibariyle kelepçeleme sözleşmesinin şartlarını da barındırdığını görmekteyiz. Bu türde bir hizmet sözleşmesinin on yıldan uzun süreli kararlaştırılmayacağını, dolayısıyla m. 430/3'ün nitelik olarak işçiyi koruyan emredici bir hüküm olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Hükümün emredici niteliği uyarınca, on yıldan uzun süreli bir hizmet sözleşmesinin hukuka aykırı olduğu kabul edilecektir. TBK m. 430'un atfı devamında TBK m. 27 gereğince hizmet sözleşmesinin ilgili hükmü kesin hükümsüz kılınacaktır⁶⁴⁰. Hâkimin burada ayrıca ahlâka aykırılığın varlığını tartışmasına, bu yönde takdir yetkisini kullanmasına da ihtiyaç bulunmayacaktır⁶⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 430/3 özelinde hukuka aykırılığı ele almakla birlikte, bu tür açık bir hüküm kapsamında kelepçeleme sözleşmesinin varlığı kabul edilemez. Çünkü anılan hüküm işçinin ekonomik (faaliyet) özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin şartları

124-125. Diğer bir ayırım dar-geniş-daha geniş anlamı itibariyledir. Kişilerin mutlak ve ekonomik varlıklarına yönelik zarar verici müdahalelerden korunmayı amaçlayan hukuk normlarının ihlali dar, belirli bir davranışı zorunlu kılan hükümlere aykırılık geniş, sözleşme özgürlüğü sınırlarının ihlali ve emredici hükümlere aykırılık halinin daha geniş anlamda hukuka aykırılığı ifade ettiği'dir. Bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 145, dn. 391'deki yazarlar. Mülga BK m. 19 ve 20'de kullanılan hukuka aykırılık ifadesinin en geniş anlamı ifade ettiği, içeriğinde de emredici yasal hükümlere aykırılık olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 145-146. TBK'de hukuka aykırılık ifadesi yerini emredici hükümlere aykırılığa bırakmıştır (m. 27). Aslında hükmün içeriği tektir, içerik olarak emredici hükümlere aykırılık teşkil eder. Madde 27, emredici hükümlere aykırılığı belirttikten sonra, özünde emredici hüküm olan kişilik hakkına, ahlâka ve kamu düzenine aykırılığı (ayrı ayrı) yeniden vurgulamaktadır. Bkz. Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 94 vd. TBK m. 27 ile kanun koyucu, kişilik hakkına, ahlâka ve kamu düzenine aykırılığı birbirinden bağımsız ele almak suretiyle, her birinin ayrı ayrı sözleşmeleri sınırlandırma yetkisini haiz olduğunu ortaya koymuş görünmektedir.

⁶⁴⁰Azınlıkta kalan bir görüş, emredici hükme aykırılık halinde sözleşmenin kesin hükümsüz olmayacağını, sözleşme geçerliliğini korurken, ilgili hüküm yerine emredici kanun hükmünün geçeceğini savunur. (Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 251). Bu görüşün haklı eleştirisi ise şöyledir: Emredici kanun hükmünün yerine geçebilmesi için, aykırı hüküm TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz sayılması gerekir. Bkz. Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 60-61.

⁶⁴¹Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 126.

ve sonucu açıkça ortaya koymaktadır. Kelepçeleme sözleşmesinin varlığını tartışmaya gerek yoktur. TBK m. 430/3 çerçevesinde hizmet sözleşmesinin hukuka aykırı olmasından bahisle kesin hükümsüz kılınması gerekir. Kanaatimizce, kanunlardaki bu tür açık emredici hükümler ve dolayısıyla sonucun hukuka aykırılık olduğu durumlar, kelepçeleme sözleşmesinden ayrı tutularak değerlendirilmelidir. Vardığımız bu yargı da bizi kelepçeleme sözleşmelerindeki aykırılık halinin hukuka aykırılık olmayacağı sonucuna götürmektedir.

Bu noktada son yargı olarak biz de TMK m.23/2'deki tekrarlanan hukuka aykırılık halinin basit bir açıklayıcı beyan olduğunu, aslen bu sınırlamayı öngören bu tür özel hükümlere yapılan bir yollama olduğunu kabul etmekteyiz⁶⁴².

2.1.2.2. Kişilik haklarına aykırılık

Kelepçeleme sözleşmesi ekonomik faaliyet özgürlüğünü ihlal eder, dolayısıyla kişilik hakkına aykırıdır. Bu ihlalin kaynağını da kişilik hakkının hukuki işlemler yoluyla korunması olarak ifade ettiğimiz TMK m. 23/2 oluşturur. Hüküm emredici niteliktedir. Özü itibariyle de hükmün içeriğinin hâkim tarafından somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulur. Yapılan hukuki işlemde korunması gereken değer kişilik hakkı olup olmadığı, kişilik hakkı var ise ihlal edilip edilmediği hâkimin takdirindedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere kişilik hakkını düzenleyen hükümlerin emredici niteliği, onları hukuka aykırılık yaptırımına da tabi kılar, kılmalıdır. Ancak kişilik haklarının önemli bir bölümünün ahlâk kuralları ile bağlantılı olduğu gerçeğini de göz önünde tutarsak, kişilik hakkını ihlal eden sözleşmelerin çoğunun özellikle ahlâka aykırılık taşıdığını kabul edebiliriz⁶⁴³. Bunun en açık hali BGB § 138'dir. Alman

⁶⁴²Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 567; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 460.

⁶⁴³Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 576; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 391-392; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 372; Akipek, Akıntürk ve Ateş, 2021, **a.g.k.**, s. 378; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, 461 vd; Oğuzman, Şeliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 188-189; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 460; Oktay, 1997, **a.g.k.**, s. 209; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 167, 238 vd., Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 211 vd; Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 140 vd; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 180-181; Yılmaz ve Dönmez, 2019, **a.g.k.**, s. 2888; K. Erçoşkun Şenol, (2016). Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ve bunun genel sınırı: TBK m. 27. *İÜHF*M. LXXIV (2), s. 7. Kişilik hakkına aykırılığın hukuka aykırılık biçiminde tezahür edebileceğini, hatta kelepçeleme sözleşmesinde hukuka aykırılık da bulunduğu görüşü için bkz. Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 150-151. TMK m. 23/2'yi ve kelepçeleme sözleşmesini yalnızca kişilik haklarına aykırılık olarak değerlendiren görüş için bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 2021, **a.g.k.**, s. 177 vd; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 167 vd.

hukukunda kişilik hakkı, ahlâka aykırı hukuki işlemleri düzenleyen BGB § 138 içinde değerlendirilir⁶⁴⁴.

Türk ve İsviçre hukukunda, bu konuda iki farklı hükmün bulunması tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş, İMK m. 27/TMK m. 23'ün bireysel özgürlükleri, İBK m. 20/TBK m. 27'nin ise genel menfaatleri koruduğu düşüncesiyle, özgürlüklerin aşırı ihlali niteliğindeki taahhütleri salt kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirir⁶⁴⁵. Her iki maddede genel ahlâk kurallarına verilen anlamların farklı olduğunu savunur. Öyle ki bu görüş, sadece kişilik hakkı ihlal edilen tarafa sözleşmeyi iptal etme imkânı tanır, kesin hükümsüzlük yaptırımını devre dışı bırakır. Bir diğer görüş ise her iki hükümdeki (genel) ahlâk kurallarının içeriğinin farklı olmadığını savunup, farkın sadece İMK m. 27/TMK m. 23'ün kişilik haklarının, İBK m. 20/TBK m. 27'nin ise sözleşme içeriğinin ahlâka aykırı sınırlandırılmasında uygulanması olduğunu belirtir⁶⁴⁶. İMK m. 27/TMK m. 23 bağlamındaki ahlâka aykırılığın İBK m. 20/TBK m. 27 bağlamında bir içerik sakatlığı içerdiğini ifade eder.

Bir kişilik hakkının sınırlandırılması açıkça emredici bir kanun hükmünü ihlal ediyorsa hukuka aykırılık vardır. Az önce incelediğimiz TBK m. 430/3'de on yıldan uzun hizmet sözleşmelerinin işçinin ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlandıracağı emredici hükmünün sonucu hukuka aykırılıktır. Her ne kadar işverene de işçi gibi tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshetme hakkı tanımış olsa da, ilgili hükmün işçinin kişilik hakkını korumaya yönelik emredici hüküm olduğu açıktır, dolayısıyla hukuka aykırılık söz konusu olacaktır, kişilik hakkının varlığını ayrıca tartışmaya ve ispata gerek yoktur.

Bir diğer açık hukuki düzenleme olan hizmet sözleşmesinde işçinin rekabet yasağına ilişkin TBK m. 444-447 hükümleriyle de ele alarak konuyu daha anlaşılır kılmaya çalışalım. Hizmet sözleşmesinde işçinin rekabet özgürlüğünü ve ekonomik geleceğini sınırlandıran rekabet yasağına ilişkin bu hükümlerin de özel hükümler

Ahlâk kurallarıyla bireysel ve toplumsal menfaatler korunmaktadır. Toplum düzenini koruyan bu kurallar o toplumun parçası kişileri, kişiliklerini de elbette korur, korumalıdır da. Bireysel menfaatler öncelikle kişilik hakkına ait değerleri içerir. Bu nedenle TMK m. 23/2'nin asıl vurgusunun kişilik hakkı (değerleri) üzerindeki korumanın ahlâka aykırı müdahalelere ilişkin olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. (Konumuzla bağlantılı olarak) Hatemi'nin de ifade ettiği üzere bireysel menfaati koruyan hükümler, ayrıca ekonomik anlamda zayıf tarafın korunmasına hizmet ediyorsa, böyle bir amaç barındırıyorsa bunların ahlâka aykırı sayılmaları gereklidir. Bkz. 1976, **a.g.k.**, s. 54.

⁶⁴⁴Armbrüster/MüKoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 110 vd; Mansel/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 8; Dörner/HK-BGB, **a.g.k.**, Rn. 11.

⁶⁴⁵Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 123-124.

⁶⁴⁶Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 141; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 168.

olduğunu, sonucun burada da hukuka (kanuna) aykırılık olduğunu öncelikle belirtmeliyiz⁶⁴⁷. Rekabet yasağının geçerliliğine ilişkin değerlendirmede hukuka aykırılık bulunduğu ve hükümde açıkça yaptırımın ortaya konmaması nedeniyle TBK m. 27/1 kapsamında kesin hükümsüzlüğe hükmedilmelidir. Bu düzenlemeler kapsamında bir başka hukuksal sonuç ise, yasağın kesin hükümsüzlüğüne hükmedilmesinden sonra ortaya çıkan zararların tazmininin öngörülmüş olmasıdır (m. 446).

Türk Borçlar Kanunu m. 445'te getirilen iki yıllık süre sınırlamasının özel durum ve şartlar haricinde mümkün olduğunun belirtilmesi, kimi zaman sürenin uzamasına ve işçi aleyhine durumlar ortaya çıkmasına neden olacak niteliktedir⁶⁴⁸. Uzun süreli bir rekabet yasağı da işçinin ekonomik (faaliyet) özgürlüğünü (duruma göre aşırı biçimde) sınırlandıracaktır. İşte burada hâkimin özel durum ve şartları değerlendirmesinde kişilik haklarına aykırılığı ve/veya ahlâka aykırılığı göz önünde tutması gerekebilir⁶⁴⁹. Mevcut hükümde açıklık olmadığı, genel bir çerçeve çizildiği için rekabet yasağının sınırı olan konu ve yer açısından da aynı değerlendirmenin yapılmasına ihtiyaç vardır. Keza kanun koyucu m. 445/2'de hâkimin bu unsurları değerlendirmesi gerektiğini ortaya koymuş, ancak nasıl yapılacağını belirtmeden hükmü ucu açık hale getirmiştir. İlgili hükümde sadece işverenin karşı edimin hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği ortaya konmuştur.

Öğretide bir görüş, rekabet yasağı (ve bir malın teminini içeren diğer bazı sözleşmelerde de) aşırı nitelikteki uzun sürenin kişinin ekonomik geleceğin mahvına yol açtığını, dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesinin varlık gösterdiğini, bu sorunun da kişilik hakkına aykırılık sonucunda emredici hükümlere aykırılık altında ele alınması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁵⁰. Ancak söz konusu görüş ahlâka aykırılık kapısını kapatmamakta, bu yönde bir değerlendirme yapılmasının her zaman mümkün olacağını savunmaktadır. Görüş bu haliyle, kelepçeleme sözleşmesini iki aşamalı denetimden geçirmek istediği düşüncesine yol açmaktadır. Bir başka deyişle görüşü, emredici hükme aykırılığın varlığına kanaat getirilemediği takdirde ahlâka aykırılık denetimine başvurulması önerisi

⁶⁴⁷Ünal, kanuni düzenlemeye aykırılık olarak ifade eder, (2017, **a.g.k.**, s. 151).

⁶⁴⁸Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 151, dn. 498.

⁶⁴⁹Ünal, söz konusu hükümler de genel sınırlamalardan bahsedildiği, hükmün somutlaştırılmasında ve oluşacak boşlukların doldurulmasında genel ahlâka aykırılıktan faydalanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. 2017, **a.g.k.**, s. 155-156.

⁶⁵⁰Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 154-155; Kramer/BernK, 1991, **a.g.k.**, s. 86-87; Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 204.

olarak değerlendirmek mümkündür. Emredici hükme aykırılıkla ahlâka aykırılığın birlikte değerlendirilmesi görüşü, her iki aykırılık halinde yaptırımın TBK m. 27/1'e tabi olacağını belirtip, sonuç itibariyle bir fark oluşmayacağını kabul etmektedir⁶⁵¹. Yukarıda hukuka aykırılık bahsinde de savunduğumuz görüş çerçevesinde m. 23/2'de geçen hukuka (emredici hükme) aykırılık özel hükümlere yapılan yollamadır. Emredici hükümlere aykırılığın da -özel hükümlerde farklı bir yaptırım öngörülmediği sürece- m.27/1'e tabi olacağı açıktır.

Rekabet yasağına ilişkin eklemek isteriz ki, bu özel hükümler de taraflar arasında geçerli bir hizmet sözleşmesi bulunduğu ve hizmet sözleşmesi sona erdiği takdirde uygulama alanı bulur⁶⁵². İlgili hükümlerin hizmet sözleşmesi dışındaki sözleşme ilişkilerinde rekabet yasağının kararlaştırıldığı hallerde uygulanması mümkün değildir. Eğer bu tür sözleşmelerde yasağına ilişkin kanuni bir düzenleme mevcut değilse, bir boşluk varsa o zaman rekabet yasağına TMK m. 23 ve TBK m. 27 doğrudan uygulanacak, ahlâka aykırılık çatısı altında değerlendirme yapılacaktır, yapılmalıdır⁶⁵³.

Sonuç olarak (özel hükümler haricinde), çeşitli hukuki işlemlerde (sözleşmelerde) karşılaştığımız kelepçeleme sözleşmesinde, ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkından vazgeçilmesi veya hakkın sınırlanması biçiminde kişilik hakkına aykırılık ve sonuç itibariyle ahlâka aykırılık bulunduğunu açık bir şekilde ortaya koymak istiyoruz.

⁶⁵¹Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 353.

⁶⁵²Rekabet yasağına ilişkin bu hükümler İş Kanunu'nda düzenlenen iş sözleşmelerinde de uygulanır. İş Kanunu işçinin rekabet sayılacak davranışlarını ayrıca m. 25/2'deki 'doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar' olarak kabul eder ve bunu işveren için haklı fesih nedeni de sayar. Bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 2021, **a.g.k.**, s. 335 vd. Rekabet yasağının yasal çerçeveye kavuşturulduğu halleri TTK'nin çeşitli hükümlerinde de görmekteyiz. Madde 396, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri için, m. 626 limited şirketlerde müdürler için konulan rekabet yasağına ilişkin hükümlerdir. Bu hükümler ortaklığın devam ettiği hallerde geçerlidir. Ortaklığın sona ermesinden sonra rekabet yasağına ilişkin özel düzenlemenin mevcut olmaması, somut durumun TMK m. 23 ve TBK m. 27 kapsamında değerlendirmesini zorunlu kılmaktadır.

⁶⁵³Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 154. Yazar, rekabet yasağında özel hükümler öncelikle uygulanırsa (ve hukuka aykırılık bulunsa da) burada da kelepçeleme sözleşmesinin oluşup oluşmadığının genel ahlâka göre belirleneceğini belirtmektedir (2017, **a.g.k.**, s. 155- 157). Somut olay adaleti (hakkaniyet) çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi genel ahlâk kurallarını da kapsar, bu yönde bir değerlendirme yapması olağandır. Kelepçeleme sözleşmesinin varlığının, unsurlarının ortaya konmasında da aynı yol izlenebilir, izlenmelidir.

2.1.2.3. *Ahlâka aykırılık*

Ahlâk kavramı hakkında birçok tanım yapılmıştır⁶⁵⁴. En yalın ifadeyle iyiye yönelik davranışlar, kişinin iyiyi araması, seçmesi o doğrultuda hareket etmesidir, diyebiliriz. Ahlâk kişinin iç dünyasından, duygularından kaynaklanır ve dışa yansır⁶⁵⁵.

Ahlâk kuralları iyi davranışlarla şekillenir, kişinin kendine ve topluma karşı ödevlerini, yükümlülüklerini ifade ederler. Bugüne kadar yapılan bu ve benzeri tanımlarla ahlâkın bireysel (sübjektif) veya toplumsal (objektif) ahlâk biçiminde ele alındığı görülmektedir. Bireysel ahlâk kişinin yararını gözetir, onun eylem ve davranışlarını dikkate alır. Toplumsal ahlâk ise toplumun yararını gözetir, kişiler arası ilişkileri, diğer kişilerin eylem ve davranışlarıyla karşılaştırmayı esas alır⁶⁵⁶.

Toplumda düzeni sağlayan kurallar olması nedeniyle hukuk da toplumsal ahlâkla (genel ahlâkla) ilgilenir, buna atıf yapar. Atıflarla ahlâk kuralları birer hukuk kuralı haline gelir⁶⁵⁷. Atıf söz konusu olmasa da dürüstlük kuralı gibi hukuk kurallarının önemli bir kısmının temelinde ahlak kuralları bulunur⁶⁵⁸. Hukuki bir düzenleme konusu yapılmış ve yaptırıma bağlanmış ahlâk kuralına aykırılık, hukuka aykırılık olarak da ortaya çıkar. Hukukun ahlâka yaptığı atfın bir yönü de yasada bir boşluk bulunması halinde hâkimin (genel) ahlâka göre o boşluğu doldurmasıdır⁶⁵⁹.

2.1.2.3.1. *Genel ahlâk kavramı*

Esas itibariyle ahlâk kavramı zaman ve mekâna göre değişir, içeriği muğlaktır, manevi ve vicdani nitelik taşır⁶⁶⁰. Bu özellikleri nedeniyle ahlâka göre karar vermek hukuksal güvenliğinin ihlal edilmesine neden olabilir. Hukuk düzeni de kavramı, sınırlarını daha net ve objektif bir hale getirmek ister. Genel ahlâk kavramı da bu

⁶⁵⁴Bu tanımlar için bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 80-81.

⁶⁵⁵Güriz, 1996, **a.g.k.**, s. 17-18. Bütün değerlerin insanlara seslendiğini, ancak ahlâki değerlerin gerçekleştirilmesinde kesinlik ve zorlayıcılık bulunduğunu ifade eden Aral, bu değerlerin insanın bütün eylemlerini kapsadığını ve diğer insanlarla olan davranışlarını da içerdiğini belirtir. Bkz. Aral, 1988, **a.g.k.**, s. 96.

⁶⁵⁶Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 81-82.

⁶⁵⁷Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 30. Hatemi'ye göre hukukun yasaklayıcı kuralları kişileri ve toplumu koruma amacı taşır. Hukuka aykırı davranılması sonucu kişiye ve topluma verilen zarar aynı zamanda ahlâka aykırılık barındırır. Bu açıdan bakıldığında ahlâkın daha geniş bir anlam kazandığını, hukuka aykırılık hallerinde ahlâka aykırılık da bulunduğunu söylemek mümkündür (**a.g.k.**, s. 33).

⁶⁵⁸Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 95.

⁶⁵⁹Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 83; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 109; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 256; Kramer/BernK, 1991, **a.g.k.**, s. 79.

⁶⁶⁰Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 83.

düşüncenin ürünüdür⁶⁶¹. Genel ahlâk, toplumdaki yaygın ahlâk anlayışını göz önünde tutar, toplumun ortak ahlâki değerlerine aykırılık halinde toplumu huzursuz, toplumsal vicdanı da rahatsız eder⁶⁶².

Toplumdaki yaygın ahlâk anlayışının her durum ve şartta esas alınması mümkün olmayacaktır. Bunun en somut örneği de belirli meslek grupları için kabul edilen meslek etik kurallarıdır. Bu tür kurallar sadece o mesleği icra eden kişiler için uygulanır, dolayısıyla kurallar daha dar bir çevrede işlerlik kazanırlar. Genel ahlâkın içeriği de bu meslek gruplarına özgü daha katı etik kurallarıyla belirlenmektedir⁶⁶³. Ayrıca aynı toplum içindeki (alt kültürler, geleneksel, dini, ekonomik vb topluluklar) yapısal farklılıklar nedeniyle yaygın ahlâk anlayışının her zaman toplumun genelinde hâkim olduğu söylenemeyecektir.

Günlük hayatta hızına yetişemediğimiz ekonomik, siyasi, kültürel gelişmeler genel ahlâk kavramının çerçevesinin belirlenmesini hayli güçleştirmektedir. Bunun devamında, toplumu oluşturan kişilerin her birinin değer yargısının, ahlâk anlayışının farklı olması, hukukun ahlâka atıf yaptığı hallerde oluşan boşluğu doldurmada hâkimin işini zorlaştırmaktadır. Bu nedenlerle hâkimin genel ahlâkın içeriğinin belirlenmesinde dikkate alacağı kriterlerin, benimseyeceği ahlâk anlayışının tespiti de önem arz edecektir. Bu bağlamda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki sosyal ahlâk anlayışını benimseyen görüştür. Buna göre hâkim, hukuk dışı bir kaynağa yönelerek, toplumda orta düzeyde, dürüst ve makul düşünen kişilerin ahlâk anlayışını dikkate alacak, buna aykırı halleri genel ahlâka aykırı kabul edecektir⁶⁶⁴. Buradaki anlayış yüksek ahlâk olmayıp, toplum içinde herkesin mutlaka uyması gereken asgari ahlaktır⁶⁶⁵.

İkinci görüş pozitif hukuku temel alır. Hukuki ahlâk (hukuk ahlâkı) olarak da ifade edilen bu görüş, başta anayasa olmak üzere, kanunların özünde ve temelinde yatan etik

⁶⁶¹Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 83. Kanun koyucu TMK ve TBK'nin ilgili hükümlerinde ahlâk kavramını tercih etmiş, ancak buna verilecek anlamın ne olduğuna yönelik bir düzenleme öngörmemiştir. TMK yürürlük kanununda (m.2) ve TBK yürürlük kanununda (m.2) ise genel ahlâk kavramını kullanılmıştır.

⁶⁶²Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 95-96.

⁶⁶³Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 553; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 89; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 221, dn. 186.

⁶⁶⁴Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 371; Oğuzman ve Öz, 2021, **a.g.k.**, s. 89; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 142; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 136; Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 129; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 256; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 165.

⁶⁶⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 553; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 256.

değerlere öncelik verilmesini benimser⁶⁶⁶. Anılan görüş, hukuk dışı kaynağa yapılan yollamanın belirsizlik ihtiva ettiğini, toplumlarda farklı etik değerlere sahip farklı gruplar bulunduğu, dolayısıyla bu değerlerden hangisinin hâkim değer olacağının tespitinin zor olduğu gerekçeleriyle de sosyal ahlâk görüşünü eleştirir⁶⁶⁷.

Bu iki görüşü sentezleyen karma görüş ise her iki ahlâk anlayışındaki ilke ve değerlerin esas alınacağını, ancak bu iki anlayış arasında bir çatışma olduğunda anayasa ve kanunların özünde ve temelinde yatan etik değerlere üstünlük tanınacağını savunur⁶⁶⁸.

Bir başka görüş ise anayasada yer alan etik değerlerin ahlâk kavramı içinde ele alınmasını doğru bulmaz, bunları kamu düzeninin bir parçası olarak görür⁶⁶⁹. Buna göre kamu düzeni hukuki ahlâkın, genel ahlâk kuralları ise sosyal ahlâkın koruma alanına dahildir⁶⁷⁰. Aynı görüş anayasal düzene aykırı ahlâk kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığını, ancak ahlâk kurallarının sınırlarının belirlenmesinde anayasanın esas alınmaması gerektiğini de belirtir⁶⁷¹.

Hukukun amacının adaleti tesis etmek olduğu, adaletin de ahlâkın önemli bir parçası olduğu bilindiğine göre hâkim öncelikle somut meseleyi adil ve hakkaniyet ölçütlerine uygun şekilde çözüme ulaştıracaktır⁶⁷². Oluşan boşluğun doldurulmasında hâkim kendisinin ya da tarafların subjektif değer yargısına, ahlâk anlayışına göre hareket edemeyecektir. Burada hâkime dürüst ve makul insan modeline ait ahlâki değerler yol gösterecektir⁶⁷³. Bu değer toplumda kabul görmüş, kamusal vicdanda ortak ahlâki değer olarak kabul edilmişse işte o zaman genel ahlâk kuralı ortaya çıkmış demektir⁶⁷⁴.

Ancak şunu da eklemek isteriz ki; günümüzde kamusal vicdandaki ortak ahlâki değerlerde önemli ölçüde gerileme, düşüş yaşanmaktadır. Genelin ahlâkı genelin

⁶⁶⁶Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 110-11; Egger, 1930, **a.g.k.**, s. 223. Gümüş, *pozitif hukuk düzeni üzerinden belirlenen toplum adına etiketlenen değer yargılarının* genel ahlâki ifade ettiğini belirterek hukuki ahlâk görüşünü benimsediğini söyleyebiliriz (Bkz. 2021, **a.g.k.**, s. 222);

⁶⁶⁷Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 101-103.

⁶⁶⁸Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 555; Ateş, 2017, **a.g.k.**, s. 250; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 173; Erçoşkun Şenol, 2016, **a.g.k.**, s. 27.

⁶⁶⁹Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 152-153.

⁶⁷⁰Kramer, 1993, **a.g.k.**, s. 82.

⁶⁷¹Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 152-153; Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 129 N. 411.

⁶⁷²Ateş, 2017, **a.g.k.**, s. 249.

⁶⁷³Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 552; Ateş, bir kuralın genel ahlâk kuralı niteliği taşıması için objektif ve subjektif unsurların varlığına dikkat çeker. Yazar, belirli bir yer ve zamanda o topluma ait dürüst ve makul insan modelinin ahlâk anlayışını objektif unsur, bu ahlâk anlayışın kamusal vicdanın ortak ahlâk anlayışına uygun olma ve toplumsal şuur içinde benimsenme halini de subjektif unsur olarak nitelendirir (bkz. 2007a, **a.g.k.**, s. 86-87).

⁶⁷⁴Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 87.

ahlâksızlığı noktasına gelmiştir⁶⁷⁵. İşte bu noktada biz de *ahlâka uygunluğun ölçüsünün geri kalmış inançlarda ve kanılarda aranmayacağı*, aranmaması gerektiği vurgusuna katılmaktayız⁶⁷⁶.

Kişi özgürlüğünü sınırlandıran bir hukuki işlemin genel ahlâka aykırılığına hâkim karar verir, genel ahlâka aykırılığı somutlaştırmak hâkimin takdirindedir. Kelepçeleme sözleşmesini barındıran hukuki işlem de kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünü ahlâka aykırı olarak sınırlandırır. Hâkim burada da genel ahlâka aykırılığı takdir edecek, buna ek olarak bu aykırılığın aşırı olup olmadığını değerlendirerek kararını verecektir.

Hâkim genel ahlâka aykırılığı değerlendirirken sözleşmenin kurulma anını, o andaki şartları dikkate alacaktır⁶⁷⁷. Bir başka deyişle yükümlülüklerin doğduğu zamana göre değerlendirme esastır. Sözleşmenin kurulma anı ile ifa süresi arasında ahlâki değer yargılarında meydana gelen değişiklikler, bu değerlendirmeye etki etmeyecektir⁶⁷⁸. Kurulma anında genel ahlâka aykırı olmayan bir hukuki işlemin (sözleşmenin) sonrasında ahlâka aykırılığına hükmedilemeyecektir. Aynı şekilde başlangıçta ahlâka aykırı bir hukuk işlem (sözleşme) değişen ahlâki değer yargıları nedeniyle yeniden yürürlük kazanamayacaktır⁶⁷⁹.

2.1.2.3.2. Anayasal haklar bağlamında ahlâka aykırılığın değerlendirilmesi

Kanunlarla getirilen hak sınırlamalarının Anayasaya uygun olması gerekir. Anayasada temel haklar arasında sayılmış sözleşme özgürlüğüne (m. 48) ilişkin sınırlandırmayı öngören kanunun da Anayasaya uygun olması, bu kanunlarda yer alan ahlâk, etik gibi kavramların da anayasaya uygun olduğu ölçüde dikkate alınacağı, anayasanın temel ilkelerine ters düşmemesi gerektiği unutulmamalıdır⁶⁸⁰.

Anayasa Mahkemesinin genel ahlâka bakışı, bir kararında şu ifadelerle ortaya konmuştur⁶⁸¹: Genel ahlâk deyimi belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kuralları ilgili hareketleri gösteren ve kolayca

⁶⁷⁵Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 96, dn. 131.

⁶⁷⁶Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 398, dn.6; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 96, dn.131.

⁶⁷⁷Armbrüster/MüKoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 257;

⁶⁷⁸Armbrüster/MüKoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 257.

⁶⁷⁹Armbrüster/MüKoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn, 261; Atamer, 2001, **a.g.k.**, a. 156.

⁶⁸⁰Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 153, dn. 58.

⁶⁸¹https://www.anayasa.gov.tr/media/4921/kd_02.pdf E.1963/128 K.1964/8 KT:28/1/1964 (AMKD, 1(2), s. 47.)

anlaşılan bir anlam taşımaktadır. İlgili karar kanun koyucuya, izin almaksızın dernek kurma hakkına genel ahlâkı korumak amacıyla sınırlar çizilemek yetkisi tanınabilmesine ilişkindir. Bu kararda genel ahlâka ilişkin üç unsurdan bahsedilmektedir⁶⁸²: Bunlar, zaman unsuru -ki değişkenlik gösterir-, genelin toplumun büyük çoğunluğundan oluşması ve kuralların bu çoğunluk tarafından benimsenmesidir. Kararda geçen ‘kolayca anlaşılma’nın genel ahlâk kavramıyla bağdaştırılamayacağı ve bunun kişilerce benimsenen etik değerlere, asgarideki temel değerlere atıf yapmak olduğu ifade edilmektedir⁶⁸³.

Kanaatimizce kolayca anlaşılma ifadesi, ahlâk anlayışında dikkate alınması gereken insan modeline bir ölçü oluşturabilir. Bu bağlamda, öğretide pek de kabul görmeyen *orta zekâlı-düzeyde insan modeline* işaret edildiği söylenebilir⁶⁸⁴. Kuralın taşınması gereken anlamın kolayca anlaşılmasıyla asgari ve orta düzeyde bir ahlâkın kastedildiği, burada temel değerlere atıf yapıldığı kabul edilmelidir.

2.1.2.3.3. TMK m. 23/2 ile TBK m.27/1’in değerlendirilmesi

Türk ve İsviçre Hukukunda kelepçeleme sözleşmesi sözleşme özgürlüğü ve kişilik hakkı çatıları altında değerlendirilir. Kelepçeleme sözleşmesi TMK m. 23/2 (İMK m. 27) çerçevesinde hukuki işlemlerle kişilik haklarından ekonomik özgürlüğünün aşırı oranda sınırlandırılmasıdır ki, bu da aynı zamanda TBK m. 27 (İBK m. 19/20)’deki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Konumuz iki ayrı alana dahildir. Bu nedenle bu iki hüküm arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta yarar vardır.

Öncelikle şunu vurgulamak isteriz ki bu iki hüküm arasındaki ilişkinin incelenmesi, mehzaz kanun İMK ve İBK’nin kanunlaştırma sürecinden bugüne kadar Türk medeni ve borçlar hukukuna aktarılan hükümlerin de ele alınması sonucunu doğurmaktadır⁶⁸⁵.

Kanun koyucunun TMK ve TBK’nin yapımı esnasında Alman hukukunu da göz önünde bulundurduğu bilinciyle bu iki hükme dolaylı etkisi nedeniyle Alman hukukundaki durumu ise kısaca şöyle aktarabiliriz⁶⁸⁶: Alman anayasasında sözleşme

⁶⁸²N. Bulut (2000), Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında genel ahlâk, *AÜEHFD*. IV(1-2), s. 32-33.

⁶⁸³Bulut, 2000, **a.g.k.**, s. 33.

⁶⁸⁴Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 256; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 371; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 136.

⁶⁸⁵Söz konusu sürecin ayrıntısı ve detayları için bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 13 vd; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 156-191.

⁶⁸⁶Ayrıca bkz. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu genel gerekçeleri: <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>

özgürlüğüne ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Anayasa § 2/1 ‘herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlâk kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir’ hükmüyle, kişiliğin serbestçe gelişiminde sözleşme özgürlüğünün de bir araç olduğu kabul edilerek, anayasa tarafından korunduğu ifade edilmektedir⁶⁸⁷. Alman hukukunda bu konuların BGB’de ifade bulan genel ahlâk kurallarına aykırılık (gute Sitten) ile çözüldüğü ve her iki kavramın da aynı hukuki varlıkları koruduğu, aynı anayasal değerlerle somutlaştırılmaları gerektiği ifade edilmiştir⁶⁸⁸. Genel ahlâka aykırılık da bir sözleşme özgürlüğü sınırlandırıcıdır ve kendine BGB § 138’de yer bulur⁶⁸⁹. Buna göre hukuki işlemlerin genel ahlâka aykırı olması halinde işlem geçersizdir ve bu geçersizlik kesin hükümsüzlük şeklindedir.

Sözleşme özgürlüğünün ahlâka aykırılık sınırını ortaya koyan TBK m. 27 (mülga BK m. 19/2) ile kişilik haklarından özgürlüklerin aşırı oranda sınırlandırılmasıyla ortaya çıkan ahlâka aykırılık halini ele alan TMK m. 23/2 hükmü arasındaki ilişkinin kaynağını tarihi köken itibariyle 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu’nda (m. 17) bulmak mümkündür⁶⁹⁰. Bu kanundan sonra 1912 yılında yürürlüğe giren ve günümüzdeki düzenlemesiyle İMK (m. 27), İBK (m. 19-20) kaynak kanunlar olarak önce mülga MK (m. 23) ve mülga BK (m. 19-20), sonrasında TMK (m. 23,) ve TBK (m. 26 ve 27) da varlıklarını ortaya koymuş ve sonrasında da devam ettirmişlerdir.

Öncelikle TMK m. 23/2 ile TBK m. 27’nin kapsamını ele aldığımızda, m. 23/2 kişilik hakkını hukuki işlemlere karşı, m.27 ise sözleşmelere karşı korunur. Bu bakımdan m. 23/2’nin daha geniş bir koruma alanına sahip olduğu kabul edilebilir⁶⁹¹. Ancak TBK’de sözleşmeleri konu edinen m. 1-48’in niteliği elverdiği takdirde diğer hukuki

⁶⁸⁷Busche, 1999, **a.g.k.**, s. 54; J. Schmidt-Salzer. (1970). Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht. *NJW*. Heft 1-2, s. 10.

⁶⁸⁸Armbrüster, 2021, MüKo. **a.g.k.**, N: 33; H. J. Musielak (2017). Vertragsfreiheit und ihre Grenzen. *JuS*. Heft 10, s. 949, 950. Alman Medeni Kanununda sözleşme özgürlüğünü açıkça düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak sözleşme özgürlüğünün farklı hükümlerde varlık gösterdiği kabul edilmektedir. BGB § 311/1 ve 145 bu yönde iki hükümdür. BGB § 134 ve 138 ise sözleşme özgürlüğünün emredici hükümlere aykırılık ve ahlâka aykırılık sınırlarını düzenlemektedir. Bkz. Ç. Ersoy Artunç (2008). Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht. *IÜHFM*. 40 (57), s. 302 ve 311.

⁶⁸⁹Jauernig und Mansel, 2021, **a.g.k.**, BGB § 138, Rn. 1-5.

⁶⁹⁰1881 tarihli Federal Borçlar Kanunu m. 17 sözleşmenin konusu başlığı altında, kişilik haklarına aykırılığa yer vermeden ‘sözleşmenin konusu imkansız, hukuka ya da ahlâka aykırı edim olamaz’ şeklindeydi. Bu dönemde Federal Mahkeme kişi özgürlüklerini aşırı oranda ihlal eden ve kişilik haklarına aykırı taahhütleri genel ahlâka aykırılık olarak değerlendiriyordu. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 166, dn. 464.

⁶⁹¹Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 130.

işlemlerde de uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁹². Bu durumda TBK m. 27'nin diğer hukuki işlemlere uygulanabilmesi imkânı doğacaktır. Böylece iki hükmün koruma alanının kapsamı açısından fark ortadan kalkacaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 23/2 'özgürlüklerden vazgeçme' ve 'özgürlüklerin ahlâka aykırı olarak sınırlandırılması' şeklinde iki farklı durumu düzenlemektedir. İlkinde 'kimse özgürlüklerinden vazgeçemez' denilerek *mutlak bir bağlanma yasağı* ortaya konmaktadır⁶⁹³. İkincisinde ise özgürlükler sınırlandırılabilir, ancak bu sınırlandırmanın ahlâka aykırı olacak biçimde aşırı olmasına izin verilmeyecektir. Yeniden belirtmek isteriz ki, hukuka aykırılık oluşturan aşırı sınırlandırma hallerinin özel hükümlere yapılan atıf olduğunu kabulümüz nedeniyle burada bahsi geçmemektedir.

Madde 23/2'nin bizi ilgilendiren kısmı özgürlükler, çalışma konumuz kapsamında ekonomik faaliyet özgürlüğüdür. Söz konusu hüküm sadece özgürlüklerden bahsederek, diğer kişilik değerlerini koruma alanından çıkarmış gibi görünse de, biz de özünde bu korumanın kişilik hakları içinde yer alan bütün değerlere özgülenmesi gerektiğini benimsiyoruz. İsviçre Hukukundaki eğilim doğrultusunda, (İMİK m. 27) hükmün daha geniş yorumlandığı, 'kişilik hakkının konusuna giren bütün kişilik değerlerini kapsadığı, kişinin bu değerlere ilişkin 'karar verme özgürlüğünü' koruduğu düşüncesinin Türk hukuku için de geçerli olması gerektiğini kabul ediyoruz⁶⁹⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 23 hükmünü dar yorumlayıp, diğer kişilik değerlerinin korunması için TBK m. 27/1'e (mülga BK 19/2) başvuran karşıt görüşün şu gerekçelerle kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁹⁵: Birincisi, TMK'de 'kişiliğin korunması' başlığı altındaki diğer iki hükmün (m. 24-25) tüm kişilik değerlerini koruyan hükümler olduğunda tereddüt bulunmazken, aynı başlık altında m. 23'ün bazı kişilik değerlerini koruyacağından bahsetmek ve kanun koyucunun da bu yönde hareket ettiği düşüncesinin makul olmayacağıdır. İkinci olarak, TBK m. 27/1 (mülga BK 19/2) hükmünün bir kanun hükmünün ne zaman emredici sayılacağına ilişkin bir yorum kuralı getirdiğine dair görüş kapsamında, TMK m. 23/2'de bahsi geçmeyen diğer kişilik değerlerinin belirlenmesinde TBK m. 27/1 (mülga BK m. 19/2) hükmünden yararlanılamaz. Bununla birlikte TMK m.

⁶⁹²Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 89; Oğuzman ve Öz, 2021, **a.g.k.**, s. 37.

⁶⁹³Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 566.

⁶⁹⁴Huguenin, 2011, Basler Kom, Art.19-20, N. 44; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 568-569; Helvacı, 2021, **a.g.k.**, s. 145. Ateş, korumanın kişiliğe dair bütün değerleri kapsadığını, bunun sadece karar verme özgürlüğü ile sınırlanmayacağını ifade etmektedir (bkz. 2007a **a.g.k.**, s. 165).

⁶⁹⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 569.

23'ün, sözleşme özgürlüğünün kişilik hakkı sınırını ortaya koyan TBK m. 27/1'e yaptığı yollamanın bütün kişilik değerleri için öngörülmüş sınır olduğu kabul edilmelidir.

Türk Hukukunda ise m. 23/2'nin sadece özgürlükler kapsamında, dar olarak yorumlanması eğilimi ön plandadır⁶⁹⁶. Diğer kişilik hakkı değerlerinin korunmasında TBK m. 27/1 (mülga BK m. 19/2) hükmünün uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.

Türk ve İsviçre Hukukunda kelepçeleme sözleşmesinin hukuki dayanağını oluşturan bu iki hükmün kelepçeleme sözleşmelerinde kabul ettiğimiz genel ahlâka aykırılık açısından değerlendirmesinde, genel ahlâk kurallarına verilen anlam yönünden de iki farklı görüş mevcuttur. Bunlardan ilki her iki maddedeki genel ahlâk kurallarına verilen anlamın aynı olduğunu, TMK m. 23/2 kişilik hakkının ahlâka aykırı sınırlandırılmasında, TBK m. 27/1'in ise sözleşme içeriğinin ahlâka aykırı sınırlandırılmasında uygulandığını, her iki durumda da aynı yaptırımın uygulanacağını savunan görüştür⁶⁹⁷. Her iki hüküm için kesin hükümsüzlük yaptırımını kabul eden bu görüş, TMK m. 23/2 kapsamında kişilik hakkı ahlâka aykırı olarak aşırı sınırlandırılan kişinin kesin hükümsüzlüğü ileri süreceğini, hâkimin bu durumu re'sen nazara alamayacağını, TBK m. 27 kapsamında ise kesin hükümsüzlüğün herkes tarafından ileri sürüleceğini ve hâkimin re'sen nazara alacağını belirtir.

Diğer görüş ise her iki maddenin farklı alanlara hizmet ettiği, TMK m. 23/2'deki ahlâka aykırılığın sözleşmeyle bağlanma itibariyle bir sınırlandırma getirdiği, verilen taahhütlerin kişisel özgürlükler üzerindeki bağlayıcı etkisinin değerlendirilmesi gerektiği, TBK m. 27'de ise genel menfaatlerin korunduğu ve sözleşmenin içeriği (konusu) itibariyle ahlâka aykırı olduğu şeklindedir⁶⁹⁸. Bu nedenle TMK m. 23/2'ye uygulanacak yaptırımın, TBK m. 27'ye başvurmaksızın, ilgili sözleşmenin niteliğine ve m. 23/2'nin çizdiği çerçeveye uygun olması aranmalıdır⁶⁹⁹.

Ahlâka aykırılığın değerlendirilmesinde TMK m. 23/2'de hüküm içi bir boşluk bulunmaktadır⁷⁰⁰. Bu boşluğun somut olay kapsamında hâkim tarafından takdir edilerek doldurulması gerekecektir. Hâkime bu konuda yol gösterecek hüküm TBK m. 27/1'dir. Aslında her iki hükümde ahlâka aykırılık kavramı yönünden bir fark bulunmadığını,

⁶⁹⁶Hatemi, 2021, **a.g.k.**, s. 67; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2021, **a.g.k.**, s. 217; Dural ve Öğüz, 2021, **a.g.k.**, s. 149; Öztan, 2021, **a.g.k.**, s. 233; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 311.

⁶⁹⁷Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 141; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 168.

⁶⁹⁸Bucher, 1998, **a.g.k.**, s. 259-260.

⁶⁹⁹Bucher, 1998, **a.g.k.**, s. 259 vd.

⁷⁰⁰Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 138; Antalya ve Topuz, 2021, **a.g.k.**, s. 276;

aksine TBK m. 27/1'in TMK m. 23/2'yi kapsadığını belirtmek gerekir. 'Genel' ahlâka aykırılık olarak kabul ettiğimiz genelin (toplumun) menfaatini korumayı amaç edinen m. 27/1 (ki o genel [toplum] kişilerden oluşur), bireysel menfaati konu edinen, kişiliği koruma amacı taşıyan, yapılan hukuki işlemin kişiliği ahlâka aykırı biçimde etkilemesi halini konu edinen TMK m. 23/2'dir. Aynı şekilde bireysel menfaati konu edinen bir durumun dolaylı da olsa toplumun menfaatini ilgilendireceğini, korunan her bir hakkın toplumsal düzene de etki edeceği gerçeğini yadsımamak gerekir. Bu nedenle kelepçeleme sözleşmesindeki ekonomik (faaliyet) özgürlüğünün korunması da sadece hakkı korunan kişinin menfaatine yönelik olmayıp, toplumun da menfaatinin korunmasını amaçlar. Ancak burada bireysel menfaatin korunmasının daha ağır bastığını söyleyebiliriz. Bu da özellikle kelepçeleme sözleşmesine uygulanacak yaptırımda farklı sonuçlara yol açabilecektir⁷⁰¹.

Türk Medeni Kanunu m. 23/2'nin TBK m. 27/1'e yaptığı yollama sonucu kelepçeleme sözleşmesine uygulanacak yaptırım aynı olacaktır. Bununla birlikte TBK m. 27/1'de bahsi geçen 'kişilik haklarına aykırı' ibaresinin de kişilik hakkını koruyan hükümlere, kelepçeleme sözleşmesi bağlamında da TMK m. 23/2 yapılan bir yollama olarak görmek gerekecektir.

Kelepçeleme sözleşmesi çerçevesinde yapılan işlemin genel ahlâka aykırılık halinin değerlendirilmesinde, hâkim mevcut boşluğu yapılan işlemin özellikle 'ekonomik' kişilik üzerindeki etkisine göre değerlendirerek dolduracaktır.

2.1.2.3.4. TBK m. 26 ve m. 27'nin değerlendirilmesi

İki ayrı fıkradan oluşan mülga BK m.19, TBK'de tek bir hüküm içinde kısmen varlık göstermektedir⁷⁰². 'Akdin mevzuu/erkanı' başlıklı mülga hükmün birinci fıkrası TBK m. 26'da sözleşmenin içeriği/sözleşme özgürlüğü başlıkları altında yer alır. Hükmün ikinci fıkrasına ise TBK'de yer verilmemiştir. Mülga BK m. 20 ise TBK m. 27'de varlık gösterir. Özellikle mülga BK m. 19'un yürürlük zamanı hükmün işlevine ilişkin ortaya konulan görüşler, TBK m. 26 ve m. 27'in yapım aşamasına yön vermiş, sonrasında da özellikle m. 27 çerçevesinde başka tartışmalar çıkmıştır.

⁷⁰¹ Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 158.

⁷⁰² Bkz.

TBK

madde

26-27

gerekçeleri:

<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>

Mülga BK m.19'un işlevine ilişkin ilk görüş taraftarları⁷⁰³, hükmün ikinci fıkrasının sözleşme (içerik) özgürlüğünü sınırladığını kabul ederken, karşıt görüştekiler⁷⁰⁴ hükmün yorumlayıcı bir işlevi bulunduğundan hareketle, emredici hükümlerin belirlenmesine hizmet ettiğini ileri sürmekteydi. Karşıt görüşe göre, mülga BK m.20'de sırayla sözleşme özgürlüğünün sınırları ve buna uygulanacak yaptırımın düzenlenmesiyle mülga BK m. 19 ile aralarında bir bütünlük sağlanmıştı⁷⁰⁵.

Türk kanun koyucusu mülga BK m. 19/2'yi TBK metnine dahil etmemesine rağmen, söz konusu hükümde geçen ancak mülga BK m. 20/1'de yer verilmemiş 'kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık' hallerini TBK m. 27/1'e ekleyerek iki eski hüküm arası içerik farklılığına ilişkin tartışmaları ortadan kaldıran bir tutum sergilemiştir. Kanunun sözleşme özgürlüğünü düzenleyen m. 26'nın gerekçesinde, mülga BK m. 19/2'de sözleşme özgürlüğü sınırının düzenlendiğine ilişkin görüşün kabul edildiği ortaya konmuş, bu sınırın aşılmasının yaptırımını düzenleyen m. 27/1 ile bu sınırların

⁷⁰³Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 369. Aslında içerik özgürlüğüne ilişkin sınırlar mülga BK m.20/1'de de düzenlenerek tekrara düşülmüştür. Bu noktada kanun yapma tekniği açısından mülga BK m. 19/2'ye gerek olmadığı da ifade edilmiştir. Her iki hüküm içeriği noktasında da birbirleriyle tam örtüşmemektedir. Bu nedenle her iki hükmün birlikte ele alınarak içerik özgürlüğünün sınırlarını belirlemek gerekir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 530; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 94.

⁷⁰⁴Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 531-532; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 13. Karşıt görüş buna gerekçe olarak, TBK m.19'un içerik özgürlüğünü sınırladığının kabulü halinde, TBK m. 20 de aynı hususu tekrar düzenlemenin kanun koyucudan beklenebilecek bir özen olmayacağı ve bu doğrultuda iki hüküm arasında da uyum bulunmadığını sunmuştur. Bkz. Hatemi, 2021, **a.g.k.**, s. 58-59. Kaynak İBK'nin almanca ve fransızca metinleri hükmün yorumlayıcı işlevini göstermek bakımından daha başarılıyken, Türk Hukuku açısından İBK'nin Fransızca metninden alınan ve iyi de tercüme edilemediği görülen m. 19/2'nin sadece yorumlayıcı bir işleve sahip olduğunun ileri sürülmesinin zor olduğu konusunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 531-532.

⁷⁰⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 531. İsviçre hukukunda iki farklı zamanda kabul edilmesi nedeniyle m. 19 ile 20 arasında da uyum bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 224. Türk hukukunda olduğu gibi İBK m. 19/1'de içerik özgürlüğünün, ikinci fıkrasında sınırların, m. 20 de ise bu sınıra aykırılık halinin düzenlendiğini kabul eden görüş için bkz. Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 6, N. 2-3; Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 125. Hükmün emredici hükümleri yorumlama amacını taşıdığı görüşü için bkz. Keller und Schöbi, 1988, **a.g.k.**, s. 143. İBK'nin sadece genel hükümler kısmında değişiklik yapılmasını öngören İBK 2020 tasarısı m. 30/1 ile içerik özgürlüğünün sınırı olarak sadece emredici hukuku ve kamu düzenini kabul etmiştir. Bkz. C. Huguenin und R. M. Hilty. (2013). Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, s. 103; H. Honsell (2013). Kritische Bemerkungen zum OR 2020, *SJZ*, 109 Jg. H. 20, s. 459. Tasarı m. 30'da sözleşme özgürlüğünün en önemli görünüm şekli olan içerik özgürlüğünün düzenlendiği, emredici hukuk kurallarının yazılı ve yazısız olabileceği, kişilik haklarının ve kanun hükmüyle düzenlenen ahlâka aykırılığın emredici hukuk altında değerlendirildiği, kanun hükmüyle düzenlenmeyen ahlâka aykırılık hallerin ise kamu düzenine aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir. Bkz. Huguenin und Hilty, 2013, **a.g.k.**, s. 101,103,104.

belirlenebildiği gerekçesiyle mülga BK m. 19/2'ye gerek duyulmadığı da ifade edilmiştir⁷⁰⁶.

Yürürlükteki düzenlemenin, sırasıyla m. 26'da sözleşme özgürlüğünü, m. 27'de bu özgürlüğünün sınırları ve sınırların aşılmasının yaptırımını düzenlenmesiyle kanun yapma tekniğine uygun olduğu ifade edilmektedir⁷⁰⁷. Bu kez tartışmalar TBK m. 27'nin içeriğinde aksaklıklar bulunduğu noktasında devam etmiştir. Hükümün ilk fıkrasında sözleşme özgürlüğünün sınırlarının ortaya konulduğunun kabulüyle birlikte, hükümde geçen emredici hükümlerden sonra kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırılığın belirtilmesi eleştirilmiştir. Eleştiriler, kişilik hakkını koruyan hükümlerin emredici hükümler olmasına karşın hükümde tekrar edilmesi, kişilik haklarına aykırılık halinin çoğu zaman ahlâka aykırılığa yol açtığı ve dolayısıyla yine emredici hüküm ihlali oluşturacağı, kamu düzeninin tıpkı ahlâka aykırılık halinde olduğu gibi emredici/yazılı olmayan bir içeriğe sahip olacağı ve bunun kamu düzeni kavramıyla bağdaşmayacağı şeklindedir⁷⁰⁸. Bu eleştirileri bertaraf edecek nitelikte, TBK m. 27'de önce emredici hükümün açıklamasının yapıldığı, sonrasında emredici nitelik taşıyan hükümlerin teker teker sayılması ile bir nevi sağlama yapıldığı ileri sürülmüştür⁷⁰⁹.

2.1.2.4. Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık (TMK. m. 2/2)

Türk Medeni Kanunu m. 2 biri emir diğeri yasak olmak üzere iki temel (üstün) hukuk normundan söz eder⁷¹⁰. Bunlar, hakların kullanımında ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uyma yükümü ve hakların açıkça kötüye kullanımının

⁷⁰⁶Türk Borçlar Kanunu m. 26'nın gerekçesi şu şekildedir: 818 sayılı Borçlar Kanununun 19 uncu maddesini kısmen karşılamaktadır. Tasarının tek fıkradan oluşan 26 ncı maddesinde, sözleşme özgürlüğü ilkesi düzenlenmektedir. 818 sayılı BK m. 19'un kenar başlığında kullanılan "E. Akdin Mevzuu / 1. Erkânı" şeklindeki ibareler, maddenin içeriğine uygun olarak, Tasarının 26 ncı maddesinde, "F. Sözleşmenin içeriği / I. Sözleşme özgürlüğü" şeklinde değiştirilmiş; ikinci fıkrası ise, birinci fıkroda öngörülen sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını açıklamaktan ibaret olan bir hüküm niteliği taşıması sebebiyle gereksiz görülerek, metinden çıkarılmıştır. Gerçekten, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşılmasının yaptırımını niteliğindeki Tasarının 27nci maddesinin birinci fıkrasından, sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenebilmektedir. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>

⁷⁰⁷Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 92-93.

⁷⁰⁸Hatemi, 2012, **a.g.k.**, s. 98-99; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 15; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 49; Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 154.

⁷⁰⁹Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 96. Kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırılık hallerinin açıkça düzenlenmesiyle ayrıca emredici hükümlere aykırılık veya ahlaka aykırılık kavramlarına başvurulmasına gerek duyulmayacağı yönündeki görüş için bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 225.

⁷¹⁰Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 21, 23. İki fıkralık dürüstlük kuralı (TMK m. 2) biri olumlu diğeri olumsuz iki emirden oluşur. İkisinde de aynı sonuca ulaşılır: 'Aykırı davranış korunmaz'. Bkz. Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 61.

hukukun korumayacağıdır. Bir madalyonun iki yüzü olarak görünseler de aslen iki farklı amaca hizmet eden iki farklı kurumdur⁷¹¹. Dürüstlük kuralı (m. 2/1) hakkın kaynağının hangi hukuk disiplini olduğuna bakmaksızın, hukuki bir ilişki içindeki herkesi ve bütün hakları kapsayan etik bir ilkedir, hakların kullanımında sosyal ve etik bir sınırdır⁷¹². Sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması, yeni şartlara uydurulması gibi işlevleri vardır⁷¹³. Hakkın kötüye kullanılması yasağı (m. 2/2) şeklen var olan bir hakkın amaç dışı kullanımının sonuçlarının bertaraf edilmesini sağlayan diğer bir ilkedir⁷¹⁴. Özellikle hakkın amaç dışı kullanımı halinde dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan hak, kötüye kullanılmış demektir⁷¹⁵. Hakkın kötüye kullanılması yasağı da genel niteliktedir ve her türlü hakkın kötüye kullanımını kapsar⁷¹⁶.

Alman hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının (BGB § 242) uygulama alanı genişleterek evlilik, mülkiyet, sözleşme özgürlüğü gibi kurumların da kötüye kullanılacağı ve böylece bu kurumların korunacağı ifade edilmiştir⁷¹⁷. Kişisel bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına ilişkin değerlendirmede kişinin davranışı, kurumsal haklarda kurumun anlam ve amacı masaya yatırılmaktadır⁷¹⁸. Bu bağlamda sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılmasında tarafın menfaati dışında, kuruma yüklenen anlam bakımından kamunun da menfaatinin olduğu ve kişilerin buna zarar vermemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir⁷¹⁹. Kurumsal hakların kötüye kullanılması görüşüyle, genel ahlâk kurallarına yönelik içerik denetiminin (BGB § 138) alanının daraltıldığı ifade edilmiştir⁷²⁰.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı hareket edilmesinin sonucu sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırılık kadar sert ve ağır değildir. Sözleşme özgürlüğü sınırlarına aykırılık halinde içerik denetimi yapılarak, hukuka, ahlâka aykırılık halinde o

⁷¹¹Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 23.

⁷¹²Serozan, 2014, **a.g.k.**, s. 277; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 176-177, dn. 498.

⁷¹³Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 168; Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 61.

⁷¹⁴Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 24; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 168; Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 72.

⁷¹⁵Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 249. Hakkın kötüye kullanımında amaç dışı kullanım ve hak sahibinin hakkın kullanılmasında bir menfaatinin olmaması/menfaatinin çok az olması gerekir. Bkz. Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 23-24.

⁷¹⁶Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 248.

⁷¹⁷Schubert/MükoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn. 205.; Jauernig und Mansel, 2021, **a.g.k.**, Rn. 32-36; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 170; Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 55 N. 114.

⁷¹⁸Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 171.

⁷¹⁹Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 171. Sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasına ilişkin karar için bkz. BGE 86 II 364 (373).

⁷²⁰Schubert/MükoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn. 207; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 180.

içeriğın geçerli olmayacağına hükmedilir. Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılıkta geçerli bir hak vardır, ancak hakkın kullanılması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı için, kullanımı kabul edilmez⁷²¹.

Kelepçeleme sözleşmesi gibi aşırı bağımlılık yaratan hukuki işlemlerin (sözleşmelerin) hakkın kötüye kullanılması yasağı altında da korunacağı ifade edilmektedir⁷²². Bu bağlamda bir tarafın amaca aykırı bir şekilde aşırı bağımlılık yaratan bir sözleşmeye zorlanması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmekteydi⁷²³. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında yirmi yıl süreli bira teslim sözleşmesini bir taraftan TMK m. 27'deki kişisel ve ekonomik faaliyet özgürlüğünün aşırı ölçüde kısıtlanması, bir taraftan da amaca aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması etrafında ele almıştır⁷²⁴.

Kelepçeleme sözleşmesinde hakkın kötüye kullanılması yasağı şu şekilde de tezahür edebilir: Ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlandıran güçlü tarafın kesin hükümsüzlüğü ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Şekle aykırılıkta hükümsüzlüğü ileri süren tarafın bu duruma kasten sebep olması hakkın kötüye kullanıldığıının kabul edildiği hallerdendir⁷²⁵. Kelepçeleme sözleşmesinde de ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlandıran güçlü tarafın buna kasten sebep olduğu durumlarda kesin hükümsüzlüğü ileri sürmesi yasak kapsamında tutulabilmelidir⁷²⁶. Açılmış bir davada kimse ileri sürmese dahi, kesin hükümsüzlük (dava dosyasından anlaşıldığı takdirde) hâkimin re'sen nazara alacağı bir husustur. Kesin hükümsüzlüğü(n) gerek taraflarca ileri sürüldüğü gerek hâkimin re'sen nazara aldığı hallerde hakkın kötüye kullanılması yasağına dikkat çekilmelidir. Ancak kesin hükümsüzlüğün sonucu, işlemin her iki tarafı için de aynıdır. İşlem ölü doğmuştur, hiçbir hüküm doğurmaz. Kesin hükümsüzlük yaptırımını, (kısmen de olsa) işlemin lehine olduğu, hukuki işlemi ayakta tutmak isteyen zayıf taraf için hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, somut olayda, kesin hükümsüzlüğü hâkimin re'sen nazara alması hususunu, hakkı sınırlandıran

⁷²¹Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 176.

⁷²²Bucher, 1998, **a.g.k.**, s. 104.

⁷²³BGE 122 III 97 (www.bger.ch).

⁷²⁴BGE 114 II 159 (www.bger.ch).

⁷²⁵Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 162. Şekle aykırılığa ısrar eden, telkinde bulunan tarafın borçlarını ifa sözü vermesi ya da bir kısmını ifa etmesi sonrasında da kesin hükümsüzlüğü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bkz. Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 82.

⁷²⁶Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 209-210.

(güçlü) taraf aleyhine, hakkı sınırlanan zayıf taraf lehine değerlendirmenin hakkaniyetin gereği/hakkaniyetli olduğu düşüncesindeyiz⁷²⁷. Bu şartlar altında, hâkim somut olayda sadece aşırı sınırlamanın olduğu hükümlerin geçersizliğine hükmedebileceği gibi, ilgili hükümleri makul/istenen/beklenen seviyeye de çekebilmelidir⁷²⁸.

2.2. Geçersizliğin Türü

Kelepçeleme sözleşmelerinde genel ahlâka aykırılık bulunduğunu ve bu nedenle yapılan hukuki işlemin geçersiz olduğunu belirttik. Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmesi (genel) ahlâka aykırı hukuki işlemler başlıklı BGB § 138 hükmü altında değerlendirilmektedir, geçersizliğin de hüküm gereği kesin hükümsüzlük olduğu tartışmasız kabul edilmektedir⁷²⁹.

Türk ve İsviçre hukukunda kelepçeleme sözleşmesinin ve uygulanacak yaptırımın iki farklı kanunda ve başlık altında ele alınacak olması, ‘genel ahlâka aykırı kelepçeleme sözleşmesi kesin hükümsüzdür’ yargısını bertaraf edecek şekilde başka görüşlere de alan açmıştır. Aşağıdaki başlıklarda bu konular ve görüşler ele alınacaktır.

2.2.1. Genel olarak

Kişilik hakkını koruyan TMK m. 23’ün atfıyla kişilik hakkına aykırı sözleşmelerin önemli bir kısmı TBK m. 27/1 kapsamında genel ahlâka aykırıdır. Yaptırım konusunda da aynı hükmün ikinci fıkrasına yapılan atıf sonucu mevcut hukuki işlemin kesin hükümsüz olması gerekir.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının somut olayda hukuki işlemin tamamına uygulanmasının sözleşme adaleti açısından sakıncalı sonuçlar doğuracağı düşüncesiyle TBK m. 27/2’de belirtilen kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerekecektir. Ayrıca sözleşmenin tamamen hükümsüz sayılması zayıf tarafın korunması amacına aykırı düşebilir, sözleşmenin ayakta kalmasında menfaati bulunan bu taraf aleyhine sonuçlar yaratabilecektir. Bu nedenle sözleşmede hükümsüz olduğu kabul edilen ilgili hüküm(lerinin) yerini emredici kanun hükmünün veya hâkimin belirlediği bir hükmün

⁷²⁷ Aynı görüş için bkz. Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 209-210.

⁷²⁸ Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 210.

⁷²⁹ Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 38; Scheuining, 1930, **a.g.k.**, s. 16-17; Armbrüster/MükoBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 113 vd; Mansel/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 12; Dörner/HKBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 11.

veya tarafların belirledikleri yedek hükmün alması, oluşan boşluğun doldurulması ve böylece sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması sağlanabilecektir. Bu noktada özellikle emredici hükmün uygulanmasında, tarafların geçersiz sözleşme hükmü olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacakları iddiaları dinlenmeyecektir⁷³⁰.

2.2.2. Kesin hükümsüzlük

Kesin hükümsüzlük yaptırımını bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tam/tamam olmasına karşın, geçerlilik unsurlarından kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte bulunanların gerçekleşmemiş/eksik olması halidir⁷³¹. Kesin hükümsüzlükle geçersiz bir hukuki işlem yokluk yaptırımından farklı olarak, meydana gelmiş, var olan bir hukuki işlemdir, ancak geçerlilik şartları mevcut olmadığı için ölü doğmuştur⁷³². Kanun koyucu kesin hükümsüzlük yaptırımını TBK m. 27’de açıkça kabul etmiş, maddenin üst başlığında yer alan ifade sonrası, “kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” demiştir. Bir hukuki işlemin ehliyet, tasarruf yetkisinin yokluğu, şekil, muvazaa nedeniyle geçersiz olması halinde gerek TMK’de gerek TBK’de kesin hükümsüzlük ifadesi kullanılmamıştır, ancak öğretide çoğunluk tarafından bu hallerde de kesin hükümsüzlüğün var olduğu kabul edilmiştir⁷³³.

Türk Borçlar Kanunu m. 27’de öngörülen kesin hükümsüzlük, mülga BK zamanında kabul edilen nisbi-mutlak butlan ayırımında mutlak butlana karşılık gelmektedir. Bahis konusu ayırım aile hukukunda evlenmenin geçersizliği konusunda hala devam etse de şartlar ve hukuki sonuçlar itibariyle kesin hükümsüzlük halinden farklıdır.

⁷³⁰Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 604.

⁷³¹Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 206; Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, s. 184; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 387; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 225-227; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 94; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 28; Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 32.

⁷³²Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 377-378. Kocayusufpaşaoğlu, yokluk yaptırımını ile kesin hükümsüzlük yaptırımını arasında doğurduğu sonuçlar bakımından büyük bir pratik fark olmadığını, çoğu kesin hükümsüzlük hallerinde işlemin baştan hüküm doğurmadığını, ancak sonradan kesin hükümsüz olma hali olarak ifade ettiği bazı hallerde (iptal hakkını kullanma, yetkisiz temsilde temsil olunanın icazet vermemesinde olduğu gibi) işlemin meydana geldiğini, ancak sonradan hükümsüz olduğunu kabul etmektedir. Yazar, bizim de meydana geldiğini ama ölü doğduğunu kabul ettiğimiz kesin hükümsüzlük hallerini baştan itibaren kesin hükümsüz olma halleri içerisinde değerlendirmektedir (2017, **a.g.k.**, s. 581-582).

⁷³³Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, s. 180-181; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 226; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 28; İkizler ve Tüzüner/Tüzüner, 2021, **a.g.k.**, s. 206. Şekle aykırılığın kendine özgü geçersizlik olduğu görüşü için bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 338.

Günümüzde bazı yazarlar kesin hükümsüzlük ifadesi yerine halen butlan ifadesini kullanmayı tercih etmektedirler⁷³⁴.

Kesin hükümsüzlük yaptırım türleri arasında en ağır olanıdır. Kanunda (TBK m. 24) genel işlem şartları için öngörülmüş olan yazılmamış sayılmanın daha ağır bir yaptırım olduğu ileri sürülmesine karşın, ‘yazılmamış sayılma’ ifadesinin ne anlama geldiğinin tartışıldığı, burada bir geçersizlik halinden ziyade, eksik, tamamlanması gereken bir sözleşmenin kurulma sorunu bulunduğu da kabul edilmektedir⁷³⁵.

2.2.2.1. Hüküm ve sonuçları

Bir hukuki işlemin (sözleşmenin) kesin hükümsüz olmasının anlamı ve sonuçları TBK veya diğer kanunlarda açıkça düzenlenmemiş, bu hususların belirlenmesi işi öğreti ve içtihatlarla bırakılmıştır. Öğreti de konuyu iki temel görüş etrafında tartışmış ve farklı sonuçlara varmıştır.

Görüşlerden ilki klasik (geleneksel) hükümsüzlük görüşü olarak ifade edilmektedir⁷³⁶. Buna göre hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğünü ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürebilecek, taraflar iddia etmese dahi hâkim re’sen nazara alacak, yapılan hukuki işlemin yapıldığı andan itibaren, geçmişe etkili geçersiz olacaktır⁷³⁷. Geçersizlik hukuki işleme bağlı fer’i borçlara da sirayet etmektedir. Kesin hükümsüz hukuki işlem belirli bir sürenin geçmesi veya geçersizlik sebebinin ortadan kalkması ile geçerli hale gelmez⁷³⁸. Hukuki işlemin geçerli olmasını isteyen tarafların elindeki tek olanak işlemi

⁷³⁴Bkz. Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 208; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 370.

⁷³⁵Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 180. Yazılmamış sayılmayı en ağır yaptırım türü olarak kabul eden Antalya, 2012, **a.g.k.**, s. 310.

⁷³⁶C. Huguenin (1984). *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR*. Bern: Verlag Stampfli & Cie AG, s. 15; Güral, 1953, **a.g.k.**, s. 31 vd.

⁷³⁷Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 135; Kut, 2016, **a.g.k.**, s. 121; Güral, 1953, **a.g.k.**, s. 33-34; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 387. Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 210 vd. Öğretide bir görüş, hâkimin tarafların arzusu hilafına bir inceleme yaparak kesin hükümsüzlüğe karar vermesinin usul hukukunun temel esaslarına aykırı olacağı belirtilerek, hâkimin re’sen nazara alma yetkisini reddetmektedir (Bkz. Bucher, 1998, **a.g.k.**, s. 242, dn. 12). Hukuki işlemi (sözleşmeyi) kesin hükümsüz kılmak için bir dava açmaya gerek yoktur. İşlem yapıldığı andan itibaren kendiliğinden hükümsüzdür. Eğer bir dava açılacak olursa bu dava hükümsüzlüğün belirlenmesini sağlayan bir tespit davası olacaktır (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 587).

⁷³⁸Koç, 1981, **a.g.k.**, s. 131; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 388; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 224; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 387. Alman hukukunda tarafların kesin hükümsüz hukuki işlemi onaylamak suretiyle, geçerli hale getirebilecekleri hükme bağlanmıştır (BGB § 141). Türk ve İsviçre hukukunda bu yönde bir kanun hükmü yoktur, ancak öğretide aynı imkânı kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 584; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 192; Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 146-147; Dasser, 2016, **a.g.k.**, s. 159.

baştan geçerli olacak şekilde yeniden yapmalarıdır. Kural olarak edimler ifa edilmişse edimini ifa eden taraf (duruma göre sebepsiz zenginleşme veya istihkak davasıyla) ediminin iadesini talep edilebilir, ancak taraflar aynen ifa talebinde bulunamazlar⁷³⁹. Bazı hallerde kesin hükümsüzlükten kaynaklanan zararın tazmin edilmesi de mümkündür⁷⁴⁰.

Kesin hükümsüzlüğün varlığı hakkın doğmasını engelleyen veya sona erdiren bir itiraz teşkil etmektedir⁷⁴¹.

Modern kesin hükümsüzlük olarak ifade edilen ikinci görüş, kuralları esnetip yumuşattığı için esnek kesin hükümsüzlük görüşü olarak da adlandırılmaktadır⁷⁴². Geleneksel görüş somut olay adaletini sağlamaktan uzak, katı kurallar ihtiva ettiği gerekçesiyle eleştirmektedir⁷⁴³. Somut olayın şartlarının ve durumun gereklerinin değerlendirilmesi suretiyle hakkaniyete uygun hukuki sonuçlar ortaya çıkacağı dile getirilmektedir⁷⁴⁴.

Görüş ilk olarak, kesin hükümsüzlüğü ileri sürecek kişilerin sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁴⁵. Burada da ihlalin niteliğine dikkat çekilmektedir. Eğer basit bir ihlal varsa, emredici kanun hükmünün korumayı amaçladığı tarafın geçersizliği ileri sürebileceği, diğer tarafın bu imkândan yoksun bırakılması gerektiği benimsenmektedir⁷⁴⁶. Ayrıca hâkimin kesin hükümsüzlüğü re'sen nazara alması hususu korunan taraf lehine olmalı⁷⁴⁷ ya da bundan vazgeçilmelidir⁷⁴⁸. Ancak ihlal kişilik hakkının çekirdek alanını ilgilendiriyorsa durum nettir, hukuki işlem kesin hükümsüzdür ve hâkim bunu re'sen nazara almalıdır⁷⁴⁹.

⁷³⁹Güral, 1953, **a.g.k.**, s. 128; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 583; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 32.

⁷⁴⁰Tazminat yükümlülüğü culpa in contrahendo'dan kaynaklanabilir. Bkz. Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 210-211; Kut, 2016, **a.g.k.**, s. 122; Schwenzler, 2016, **a.g.k.**, s. 266; Güral, 1953, **a.g.k.**, s. 146; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 377; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 583; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 32

⁷⁴¹Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 210 vd.

⁷⁴²Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 441; Dasser, 2016, **a.g.k.**, s. 159.

⁷⁴³Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 441-442.

⁷⁴⁴Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 441.

⁷⁴⁵Huguenin und Meise/Basler K, 2015, **a.g.k.**, s. 209; Gauch, Schlupe, Schmid und Rey. (2003), **a.g.k.**, s. 134; Dasser, 2016, **a.g.k.**, s. 159; Kut, 2016, **a.g.k.**, s. 122; Güral, 1953, **a.g.k.**, s. 104; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 200. Klasik görüş, kişilerde mutlaklığı benimseyerek, ilgili herkes tarafından kesin hükümsüzlüğün ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.

⁷⁴⁶Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 208-209; Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 442; Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 165-166; Kut, 2016, **a.g.k.**, s. 121.

⁷⁴⁷Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 201.

⁷⁴⁸Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 209.

⁷⁴⁹Dasser, 2016, **a.g.k.**, s. 156; Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 209; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 122-123; D. Leu, und H.C. von der (2003). Übermäßige Bindung und die guten Sitten. Zum Verhältnis

Görüşün esnettiği bir diğer sonuç ise kesin hükümsüzlüğün bazı hallerde ileriye etkili sonuç doğurmasıdır⁷⁵⁰. Eğer ilgili kanun hükmü sözleşmenin kurulmasından önceki durumu yeniden kurma amacını taşıyorsa, o zaman geriye etkili olacağı kabul edilmelidir⁷⁵¹.

Modern görüş, hukuki işlemi geçersiz kılan kesin hükümsüzlük sebebinin ortadan kalkması halinde, hukuki işlemin iyileştirilebileceğinin/sıhhat kazanacağını da savunmaktadır⁷⁵².

Öğretide bir görüş, buraya kadar ifade edilen esnek hükümsüzlük görüşünü mutlak-sınırsız esneklik görüşü olarak da adlandırmaktadır⁷⁵³. Mutlak esneklik görüşünü de klasik kesin hükümsüzlük görüşünden sıyrılıp her özel durum için, ihlal edilen kanun maddesine uygun yeni bir hükümsüzlük türünün yaratılmasını, hükümsüzlük sisteminin temeline zarar vereceği noktasında eleştirmektedir⁷⁵⁴. Görüşün savunduğu sınırlı esneklik görüşü ise (mülga BK m. 20) TBK m. 27'in lafzına göre kesin hükümsüzlüğün karine olarak kabul edilmesine dayanmaktadır⁷⁵⁵. Bu karine de iki şekilde çürütülebilmektedir. İlki emredici hükmün anlam ve amacından kesin hükümsüzlük dışında (ceza, disiplin cezası gibi) başka bir yaptırımın uygulanabileceği anlamının çıkarılmasıdır. İkincisi emredici hükmün anlam ve amacından kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği sonucu çıksa da, klasik kesin hükümsüzlüğün uygulanmasının özel kanun hükmünün anlam ve amacına ters düşmesi halidir. Bu durumda klasik kesin hükümsüzlük yaptırımı yeni duruma uyumlu hale getirilmelidir. İşte bu halde sınırlandırılmış bir esneklik oluşmaktadır.

von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 129 III 209 vom 30. Oktober 2002 i.S. C., D. und E. (Beklagte und Berufungskläger) gegen A.-Fonds (Kläger und Berufungsbeklagter). *SZW*, s. 222 ve 227. İsviçre Federal Mahkemesi 2003 yılına kadar verdiği kararlarda kişilik hakkına aykırılık halinde kesin hükümsüzlük yaptırımını herhangi bir ayırım yapmadan mutlak kabul etmekteydi. Anılan tarihte verdiği bir kararıyla içtihadını değiştirmiş, kişiliğin çekirdek alanına dahil olan/olmayan ayırımını benimsemiştir. Buna göre ihlâl kişiliğin (aile, din, özel yaşam, vücut bütünlüğü, özgürlükler gibi) çekirdek alanına ilişkin ise burada ahlâka aykırılığın varlığı kabul edilecek, kişilik hakkı sahibi mutlak korumadan yararlanacak, hukuki işlem kesin hükümsüz olacak, hâkim re'sen nazara alacaktır. Kişiliğin çekirdek alanına dahil olmayacak türdeki (miktarı, ölçüsü aşırıya kaçan borç ilişkileri gibi) basit ihlallerde ise, sadece kişilik hakkı sahibine tanınan, isterse kullanabileceği 'tek taraflı bağlamazlık' hakkı söz konusu olacaktır. Bkz. BGE 112 II 433 s. 437 (www.bger.ch).

⁷⁵⁰Dasser, 2016, **a.g.k.**, s. 159; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 203-204.

⁷⁵¹Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 442; Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 209-210; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 401

⁷⁵²Huguenin, 1984, **a.g.k.**, s. 92; Dasser, 2016, **a.g.k.**, s. 160; Kut, 2016, **a.g.k.**, s. 122.

⁷⁵³Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 591.

⁷⁵⁴Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 592-593.

⁷⁵⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 593.

2.2.2.2. Türleri

2.2.2.2.1. Tam hükümsüzlük

Öğretide TBK m. 27/1’de ifadesini bulan kesin hükümsüzlüğün tam hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir⁷⁵⁶. Bununla birlikte tam hükümsüzlük kavramı ikili ayrıma tabi tutularak da incelenmektedir⁷⁵⁷.

Bunlardan ilki *dar* anlamıyla tam kesin hükümsüzlük olarak ifade edilen haldir. Bir hukuki işlemde hükümlerden bir veya birkaçının geçersiz olması ve bu geçersizliğin hukuki işlemin tamamına yayılması hali tam kesin hükümsüzlüktür⁷⁵⁸. Tarafların farazi iradelerine göre, hukuki işlemin bir kısmının geçersizliğinde, geçersiz o hükümler olmasaydı, hukuki işlemin yapılamayacağını anlaşıldığı hallerde hukuki işlemin bütününe etkili olmasıdır⁷⁵⁹. Türk Borçlar Kanunu m. 27/2 c.2’de de bunun ifade edildiği belirtilmektedir⁷⁶⁰.

Geniş anlamıyla tam hükümsüzlük hali ise geçersizliğin hukuki işlemin esaslı unsurlarında ortaya çıkması sonucu geçersizliğin işlemin tamamına yayılmasıdır⁷⁶¹. Burada hukuki işlemin bir kısmına ilişkin geçersizlik, bu kez tarafların farazi iradelerine başvurmadan işlemin tamamını kapsamaktadır⁷⁶².

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, kelepçeleme sözleşmesinin varlığını açıkça ifade etmese de, ekonomik (faaliyet) özgürlüğünün sınırlandırıldığını ifade ettiği alacağın toptan temlik olayında geniş anlamıyla bir kesin hükümsüzlük halinin mevcut olduğunu kabul etmektedir⁷⁶³.

⁷⁵⁶Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 24.

⁷⁵⁷Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 33.

⁷⁵⁸Kocayusufpaşaoğlu, N. (1996). Değişik kısmi hükümsüzlük ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlük kavramları ile ilgili düşünceler. *Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan*. İstanbul: Aybay Yayınları, s. 25. Başpınar’a göre sakatlığın sözleşmenin tamamını ilgilendirdiği, onun içeriğini bütünü itibarıyla geçersiz kıldığı haldir (1998, **a.g.k.**, s. 25).

⁷⁵⁹Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 33.

⁷⁶⁰Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 33.

⁷⁶¹Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 66; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 33.

⁷⁶²Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 33.

⁷⁶³Bkz. Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 33-34. Karara konu olayda A firmasıyla otomobil kiralama sözleşmesi imzalayan S, güvence olarak mevcut ve gelecekteki bütün varlıklarını, alacaklarını firmaya temlik etmiştir. Bir süre sonra iflas eden S, yan hakları dahil bütün alacaklarının tahsili işini W’ye bırakmış, W’de A firmasından S’nin ve ailesinin geçim miktarını aşan tutarın temlikini talep etmiştir. Ayrıca kira sözleşmesinden kalan borcun ödenmesi için A’ya dava açmış. Yapılan bütün yargılamalar sonucunda davalar A aleyhine sonuçlanmış. Kararın bozulması için yüksek mahkemeye açılan dava ise A aleyhine karara bağlanmıştır. Karara ilişkin gerekçede, gelecekteki tüm alacakların konu, yer gibi herhangi bir sınır getirmeden belirsiz bir süre için temlik edilmesiyle, ekonomik özgürlüğün kısıtlandığı, bu nedenle kişilik

2.2.2.2.2. Kısmi hükümsüzlük

Kısmi hükümsüzlük hukuki işlemlerin (sözleşmelerin) mümkün olduğunca ayakta kalması (favor negoti/favor contractus) ilkesinin uygulama halidir⁷⁶⁴. Hukuki işlemin ilgili hükmünün geçersiz olup, geri kalan bölüm itibariyle geçerli olmasını esas alır. Bu yaptırımın uygulanabilmesi için hukuki işlemin bölünebilir olması, geçersiz hüküm/hükümler çıkartıldıktan sonra geriye kalan kısmın/bölümün anlamlı bir bütün oluşturması gerekir⁷⁶⁵.

Öğretide sözleşmenin kısım/bölmeleri denilince ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler vardır ve bu görüşler de TBK m. 27/2 (mülga BK m. 20/2)'nin uygulanabilirliğini ele almaktadır⁷⁶⁶. İlk görüş kısım veya bölümlerle kastedilenin sözleşmeyi oluşturan münferit (ayrı) anlaşmalar olduğu, geçersizliğin bu münferit anlaşmaların biri/birkaçında olabileceği şeklindedir. Bu görüş münferit anlaşmanın kendi içinde bölünmesini reddederek m. 27/2'nin uygulanamayacağını kabul eder⁷⁶⁷. İkinci görüş anlaşılması gerekenin sözleşmenin hükümleri olduğu, sözleşmenin hükümlerinden bir bölümünün geçersiz olabileceği, münferit anlaşmaların bile kendi içinde bölünebileceği, dolayısıyla m. 27/2'nin burada uygulanabileceği şeklindedir⁷⁶⁸. Son görüş ise ilk görüşteki gibi münferit anlaşmayı ve bu anlaşmanın kendi içinde bölünemeyeceğini kabul etmektedir⁷⁶⁹. İlk görüş ile arasındaki fark ise münferit anlaşmadaki aşırılığı gidermek için ilgili münferit anlaşmayı geçersiz saymak, oluşan boşluğu da tarafların farazi iradelerine uygun olacak şekilde doldurmaktır. Bu yolla

hakkına aykırılık ve dolayısıyla ahlâka aykırılık olduğu ifade edilmiş. Kısmi hükümsüzlüğün kabulü halinde, geçerli olacak miktarının belirlenmesinin mümkün olmayacağı, bunun da hukuki güvensizliğe yol açacağı, dolayısıyla söz konusu alacağın temlikinde tam hükümsüzlüğün gerçekleştiği dile getirilmiştir. Bkz. BGE 112 II 433 (www.bgerh.ch).

⁷⁶⁴Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 388; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 600; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 465.

⁷⁶⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 606-607; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 465 vd.

⁷⁶⁶TBK m. 27/2 (İBK m. 202/2)'nin lafzı tam ve kısmi kesin hükümsüzlüğü kapsar şeklindedir. Hükmün Roma hukukundaki 'geçerli olan geçersiz olanla hükümden düşmez (utile per inutile non vitiatur)' kuralının etkisiyle kabul edildiği belirtilmektedir Bkz. Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 7 vd; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 1). Buna göre geçersiz hükümler/kısımlar nedeniyle hukuki işlem (sözleşme) geçersiz hale gelmeyecektir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununa göre kuralın kısmi hükümsüzlük, istisnasının da tam hükümsüzlük olduğu belirtilmektedir (Bkz. Kramer/BernK, 1991, **a.g.k.**, s. 150; Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 214; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 66; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 407-408). Oysa Alman hukukunda durum bunun tam tersidir. Kısmi hükümsüzlük hükmü BGB § 139 esas olanın tam hükümsüzlük olduğunu belirtir niteliktedir (Bkz. Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 91 vd)

⁷⁶⁷Kramer, 1991, **a.g.k.**, s. 152.

⁷⁶⁸K. Spiro (1952). Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduzierten Umfang aufrechterhalten werden? *ZBJV*, (88). Bern: Verlag Stämpfli, s. 459; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 465.

⁷⁶⁹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 608; Huguenin, 2019, **a.g.k.**, s. 137.

sözleşmeye yeni bir hüküm tahsis edilmiş olacaktır. Bu son görüşe göre münferit anlaşmanın bir bölümü geçersiz olsa dahi TBK m. 27/2'nin uygulanması mümkün olmaktadır.

Bu görüşlerin uygulanabilirliği üzerine verilen bir örneği, kelepçeleme sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle biz de burada yinelemek istiyoruz⁷⁷⁰.

Süresi 50 yıl olarak kararlaştırılan bir sözleşmede (diğer unsurların da değerlendirilmesi sonucunda), aşırı nitelikteki bu süreye ilişkin hükmün TMK m. 23/2 gereğince kişilik haklarına aykırılık oluşturduğu, sonucunda da TBK m. 27 gereğince ahlâka aykırı olduğuna hükmedilsin. Sürenin en fazla 20 yıl olacağı noktasında da tarafların farazi iradelerinin bulunduğu kabul edilsin. Bu durumda, ilk görüşe göre, süreye ilişkin kayıt münferit bir anlaşma olduğu için, bu münferit anlaşma da kendi içinde bölünemeyeceği için kaydın kısmen geçerli, kısmen geçersiz olduğuna karar verilmeyecek ve sözleşmenin tamamı geçersiz sayılacaktır. İkinci görüş kapsamında süreye ilişkin hükmü bölmek mümkün olacak ve 50 yıllık hüküm indirime tabi tutularak, 30 yıllık bölümü itibariyle geçersiz, 20 yıllık bölümü itibariyle geçerli kabul edilecektir. Son görüşte savunulan ise süreye ilişkin münferit anlaşmanın tamamının geçersiz kabul edilmesi, oluşan boşluğun ise tarafların farazi iradelerine uygun olan 20 yıllık süreli yeni hükümle doldurulmasıdır.

Kısmi hükümsüzlük TBK m. 27/2 c. 1 (İBK m. 20/2) de yer alır ve sözleşmenin tümü itibariyle değil de bir veya birkaç hükmü itibariyle geçersiz olması halidir. İfade edilen bu halin basit kısmi kesin hükümsüzlük olduğu belirtilmektedir⁷⁷¹. Kısmi hükümsüzlüğün diğer iki hali ise aşağıda ele alınmaktadır.

2.2.2.2.2.1. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük

Kısmi hükümsüzlüğün bu türünde geçersiz hüküm veya hükümlerin yerine yedek hüküm(ler) konularak hukuki işlemde oluşan boşluk doldurulmaktadır⁷⁷². Boşluğu

⁷⁷⁰Örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 608-609; Anyalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 466.

⁷⁷¹Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 42; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 603; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 476.

⁷⁷²Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 214; P. Gauch (1983). Modifizierte Teilnichtigkeit (Anmerkungen zu BGE 107 II 218 ff). *recht.* s. 98.

dolduracak yedek (ikame) hüküm konuya ilişkin emredici veya tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kuralı olacaktır⁷⁷³.

Özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin asli ediminin geçersiz olması karşılıklılık ve edimlerin bölünemezliği ilkesi nedeniyle diğer tarafın asli ediminin de geçersizliğine yol açar. Bu tür sözleşmelerin kural olarak kısmi hükümsüz olamayacağı kabul edilmektedir⁷⁷⁴. Ancak geçersizliğin asli edime ilişkin olmadığı haller başta olmak üzere, geçersiz hükmün anlam ve amacı gereği oluşan boşluğun doldurulması sağlanmaktadır⁷⁷⁵.

Kelepçeleme sözleşmesiyle bağlantılı olarak daha önce ele aldığımız TBK m. 430/3'ü bu kapsamda örnek olarak verebiliriz. İlgili hüküm uyarınca, bir hizmet sözleşmesi on yıldan uzun süreli yapılmışsa, taraflar altı aylık fesih bildirim sürelerine uyarak hizmet sözleşmesini sonlandırma imkanına sahiptir. Tarafların on yıldan uzun süreli bir hizmet sözleşmesi yapmaları halinde süreye ilişkin geçersiz hükmün yerine, oluşan boşluk emredici hüküm TBK m.430/3'le doldurulacak, sözleşmenin tamamının geçersiz olduğu yönündeki tarafların farazi iradesi dikkate alınmayacaktır⁷⁷⁶.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük TBK'de düzenlenmemiştir. Ancak öğretilerde görüş birliğine varılmış bir kısmi hükümsüzlük halidir⁷⁷⁷. Bir görüşe göre değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün yasal dayanağı *örtülü* olarak TBK m. 27/2 (mülga BK m. 20/2)'de yer almaktadır. Buna göre geçersiz hüküm/hükümlerin yerine yedek hükmün geçmesi halinin kanunda belirtilmesine ihtiyaç yoktur, bu sonuca kendiliğinden ulaşılmaktadır⁷⁷⁸.

⁷⁷³Kocayusufpaşaoğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 26; Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 152; Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 214; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 467.

⁷⁷⁴Geçersiz edim sözleşmenin objektif esaslı noktalarına ilişkin olsa dahi, oluşan boşluğun yedek hükümlerle doldurulması imkânı varsa, kısmi kesin hükümsüzlüğe karar verilip, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması da sağlanabilir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 610. Ancak hükümsüzlük (satış sözleşmesinde bedel, kira sözleşmesindeki kira konusu şey gibi) işlem çekirdeği/asgari noktalar denilen objektif esaslı noktaları kapsarsa sözleşmenin tamamının kesin hükümsüzlüğüne gidilmelidir. Bkz. Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 91-92; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 611; Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 66; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 124-125; Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 340. Sözleşme kurulurken taraflardan birinin, diğer tarafında bileceği şekilde, bunlarda anlaşma sağlanmazsa sözleşmenin kurulamayacağını kabul ettiği subjektif esaslı noktalarda kısmi kesin hükümsüzlüğe gidilemez, sözleşme bütünüyle geçersiz olur. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 610.

⁷⁷⁵Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 339.

⁷⁷⁶Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 341-342.

⁷⁷⁷Kocayusufpaşaoğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 26; Başpınar, 1998, **a.g.k.**, s. 153; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 74; Gauch, 1983, **a.g.k.**, s. 96.

⁷⁷⁸Kocayusufpaşaoğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 26.

2.2.2.2.2. Genişletilmiş kısmi hükümsüzlük

Kısmi hükümsüzlüğün bu türünde geçersiz olan hüküm/hükümlerle birlikte geçersizlik sebebinin etkisi dışında kaldığı için *geçerliliğini koruyan bazı hükümlere geçersizlik sirayet etmektedir*⁷⁷⁹. Tarafların farazi iradelerine göre geçersiz hüküm(ler) olmaksızın bazı geçerli hükümlerin de varlık göstermeyeceği, göstermemesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Baştan geçerli olmayan ve geçersizliğine sonradan hükmedilen hüküm(ler) dışında, hukuki işlem (sözleşme) favor negotii/favor contractus ilkelerine uygun biçimde (varsa eğer) kalan hükümleriyle ayaktadır, hükümlerini sürdürecektir⁷⁸⁰.

Kanunda açıkça düzenlenmeyen, öğretinin TBK m. 27/2'nin amacına uygun bularak kabul ettiği diğer kısmi hükümsüzlük halidir⁷⁸¹. Niteliği de tartışmalıdır. Bağımsız bir kısmi hükümsüzlük türü olduğu fikrine karşı, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü, uygulama şekli olduğu da ileri sürülmektedir⁷⁸².

2.2.3. İptal edilebilirlik

İptal edilebilirlik yaptırımı, hukuki işlemlere özgü geçerlilik şartlarından bazılarının eksikliğinde taraflardan birinin korunması gerektiğine dayanmaktadır⁷⁸³. Korunması gereken tarafın iradesini yenilik doğran bir beyanla (iptal bildirimiyile/davasıyla) açığa vurması aranır⁷⁸⁴. Kamu yararı/düzeni gölgesindeki kesin hükümsüzlük karşısında bireysel menfaati esas alan daha zayıf bir yaptırımdır⁷⁸⁵.

İptal edilebilirliğin iki türü vardır. Her iki türünde de ortak nokta varması gereken, tek taraflı irade beyanı ile kullanılan, yenilik doğuran hak niteliğindeki iptal hakkıdır. Hakkın süresi içinde kullanılmasıyla hukuki işlem kesin hükümsüz hale gelir. Hakkın yöneltmediği, karşı tarafın hakimiyet alanına girmediği dönemde, hukuki işlemin

⁷⁷⁹Kocayusufpaşaoğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 32; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 172; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 215; Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 355; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 100; Gauch, 1983, **a.g.k.**, s. 100, dn. 29.

⁷⁸⁰Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 90; Kocayusufpaşaoğlu, 1996, **a.g.k.**, s. 32.

⁷⁸¹Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 90; Gauch, 1983, **a.g.k.**, s. 100; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 173.

⁷⁸²Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 218; Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 453; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 90.

⁷⁸³Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 227.

⁷⁸⁴Korunması amaçlanan tarafın istencine, iptal iradesine bağlı olduğu için iradi bir hükümsüzlüktür. Bkz. Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 288-389; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 229.

⁷⁸⁵Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 388.

geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. İptal edilebilirliğin türüne göre geçerliliğin farklı tezahür edeceği kabul edilmektedir⁷⁸⁶.

İptal edilebilirliğin ilk türü *düzelebilir hükümsüzlüktür*⁷⁸⁷. Burada iptal hakkı sahibi hukuki işlemle kurulduğu andan itibaren bağlı değildir, işlem başlangıçtan itibaren hükümsüzdür. Eğer hak sahibi kanunda öngörülen süre içinde iptal hakkını kullanmazsa, öngörülen süre dolmadan hakkı kullanmaktan feragat ederse veya işleme (açık veya örtülü) onay verirse hukuki işlem yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelecektir⁷⁸⁸.

Diğer tür ise *bozulabilir geçerlilik*⁷⁸⁹. İptal hakkı bu şekliyle *bozucu yenilik* doğuran bir hak niteliğindedir. Hukuki işlem iptal hakkının kullanılmasıyla yapıldığı ana kadar (geçmişe etkili) hükümsüz olur. İptal hakkı kullanılmadığında veya kullanıldığı ana kadar geçerli bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçları doğar⁷⁹⁰.

2.2.4. Noksanlık

Kurucu unsurları ve geçerlilik koşulları tam olan bir hukuki işlemin hükümlerini doğrurabilmesi kanunda sayılan zorunlu unsurların tamamlanmasına bağlı ise

⁷⁸⁶İptal edilebilirlik yaptırımı öğretide oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmanın kaynağı mülga BK'deki gabin ve irade sakatlıkları hükümlerine ve bu hükümlerin lafzına dayanmaktadır. Tartışma özellikle gabin ilişkin hükümde kullanılan fesih ifadesine verilen anlamın ne olması gerektiği odağında gerçekleşmekteydi. Aşırı yararlanma başlığıyla yeni hükümde fesih yerine kullanılan ve irade bozuklarına ilişkin hükümlerde geçen 'sözleşmeyle bağlı olmama' ifadesi de tartışmaların TBK döneminde de devam etmesine yol açmıştır. Tartışmalar ve görüşler için bkz. Çakırca, 2015, **a.g.k.**, s. 181 vd.

⁷⁸⁷İptal edilebilirliğin dar ve geniş anlamıyla iki görünümü olduğu, bozulabilir (askıda) geçerliliğin dar, düzelebilir hükümsüzlüğün geniş anlamı haiz olduğu düşüncesiyle bkz. Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 389. İptal edilebilirliği gerçek ve gerçek olmayan anlamı itibariyle ele alan Kocayusufpaşaoğlu, bozulabilir hüküm doğurmada (geçerlilikte) gerçek anlamıyla bir iptal hakkı doğduğunu kabul etmektedir. Düzelebilir hükümsüzlük halini gerçek olmayan iptal olarak ele almakta, burada iptale ilişkin özelliklerin ağır bastığı karma bir hükümsüzlük bulunduğunu ileri sürmektedir (Bkz 2017, **a.g.k.**, s. 588-590). Bu ayrımlara karşı çıkan Eren ise irade bozuklukları halinde savunulan geçersizlik (Ungültigkeitstheorie) ve iptal teorilerinden (Anfechtungstheorie) iptal teorisini kabul etmektedir. Buna göre iptal edilebilir hukuki işlemler de kesin hükümsüzlükte olduğu gibi başta geçerli, hakkın kullanılmasıyla sonradan geçersizdir. İptal hakkı kullanılıncaya kadar hukuki işlem askıda geçerlidir (Bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 471 vd; Kılıçoğlu, 2021b, **a.g.k.**, s. 263). İptal edilebilirliği (kabiliyetini) askıda hükümsüzlük/zayıflatılmış hükümsüzlük olarak ifade eden görüş için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 382 ve 426. İptal edilebilirliği düzelebilir hükümsüzlük ve bozulabilir geçerlilik ikili ayrımıyla kabul eden Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 184-185; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 228-229; Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, s. 108 vd; Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 82 vd.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 239 vd; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 108 ve Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 389 vd; İkizler ve Tüzüner/Tüzüner, 2021, **a.g.k.**, s. 209; Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 247. İptal edilebilirlikteki hükümsüzlük geçici niteliktedir. Bkz. Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s.227.

⁷⁸⁸Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 228; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 184.

⁷⁸⁹Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 228; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 185; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 588.

⁷⁹⁰Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, 229 s. : Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 185.

noksanlıktan söz edilir⁷⁹¹. Eksik olan unsur tamamlanıncaya kadar işlem hükümsüz olmayıp askıdadır⁷⁹². Eksik olan tamamlanmaz veya tamamlanmayacağı kesin olarak anlaşılırsa hukuki işlem kesin hükümsüz hale gelir⁷⁹³.

Eksik olan unsurun tamamlanmasıyla işlemin baştan itibaren mi yoksa unsurun tamamlandığı an itibariyle mi geçerli olacağı eksik unsurun niteliğine bağlıdır⁷⁹⁴. Söz konusu unsur tamamlanarak başlangıçtaki bir eksikliği gideriyorsa, işlem geriye etkili olarak başlangıçtan itibaren geçerli hale gelir⁷⁹⁵.

2.2.5. Sürekli sözleşmelerde geçersizliğin belirlenmesi

Sürekli borç ilişkisi doğuran hukuki işlemlerde (sözleşmelerde) borçlar ifaya başlandığı takdirde, geçersizlik hallerinin uygulanması bazı sorunlara yol açmaktadır⁷⁹⁶. Bu nedenle farklı çözüm yolları üretilmesine ihtiyaç duyulmuştur.

Sürekli borç ilişkisi doğuran hukuki işlemlerde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasındaki sorunları aşmak için fiili sözleşme ilişkisi kavramına başvurulması önerilmektedir⁷⁹⁷. Buna göre sonradan kesin hükümsüzlüğüne hükmedilen bir sözleşmede, örneğin malın kullanılmaya, hizmetin görülmeye başlanması ile fiili bir sözleşme ilişkisi kurulduğu edilmektedir⁷⁹⁸. Böylece edimlerin iadesi bu kapsamda talep edilebilecektir⁷⁹⁹.

⁷⁹¹Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 185; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 229; İkizler ve Tüzüner/Tüzüner, 2021, **a.g.k.**, s. 212. Askıda hükümsüzlükle birlikte, henüz kesinleşmemiş koşullu hükümsüzlük ifadelerini tercih eden bkz. Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 389.

⁷⁹²Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 185; Dural ve Sarı, 2021, **a.g.k.**, s. 230; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 387.

⁷⁹³Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 53-54.

⁷⁹⁴Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 186.

⁷⁹⁵Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 186; Belen ve Köksal, 2020, **a.g.k.**, s. 227.

⁷⁹⁶Sürekli borç ilişkisinde edim yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle sözleşme bağı kopmaz. Tekrarlanan edimler birbirinden bağımsızdır, kısmı (bölümsel) ifadan söz edilemez. İlişki sözleşmede öngörülen sürenin bitmesiyle, fesihle, birbirinden bağımsız edimlerin tümünün ifa edilmesi, bir başka deyişle amaca ulaşılmasıyla sona erer. Kural olarak, sürekli borç ilişkisinde ifa sürecine başlanmasıyla, ifa dönemi içinde ifa edilmemiş edimin, sonradan telafi edilmesi söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla ifa etmemenin yaptırımı aynen ifa olamaz. Keza ifa süresinin uzatılması da aynen ifa değil, sözleşme konusunun değiştirilmesidir. İfa sürecine girilmiş bir sürekli borç ilişkisinde, iptal, geri alma veya dönme imkânlarıyla, ilişkiyi sözleşme öncesi duruma yeniden döndürmek adalete, hukuki güvenliğe ve yerindelik ilkelerine ters düşer. Bkz. Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 162 vd.

⁷⁹⁷Sürekli borç ilişkilerinde kesin hükümsüzlüğün dikkate alınacak olması adaletsiz, hatta olanaksız bulunmuş, sürekli borç ilişkisinin kesin hükümsüzlükle ölü doğmuş sayılacak olma düşüncesine, fiili sözleşme kuramı ile ket vurulacağı kabul edilmiştir Bkz. Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 168-169; Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 40 vd; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 189.

⁷⁹⁸Oğuzman ve Öz, 2021, **a.g.k.**, s. 189-190.

⁷⁹⁹Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 169.

Sürekli borç ilişkisi doğuran hukuki işlemlerde iptal edilebilirliğin uygulanmasında ise, ilişkinin niteliği gereği ileriye yönelik fesih imkânının bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁰⁰. İptalin geriye etkili olabilmesinde de yine fiili sözleşme ilişkisine dayanılabileceği savunulmaktadır⁸⁰¹.

2.2.6. Kelepçeleme sözleşmesinde geçersizlik

2.2.6.1. Kesin hükümsüzlük

Ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkını aşırı sınırlandıran kelepçeleme sözleşmesi genel ahlâka aykırıdır. Öğretide çoğunlukla kabul edildiği üzere genel ahlâka aykırı hukuki işlemler (sözleşmeler) kesin hükümsüzdür⁸⁰². Dolayısıyla hukuki işlemin (sözleşmenin) hükmünde/hükümlerinde yer alan kelepçeleme sözleşmesinin de kesin hükümsüz olduğu kabul edilecektir⁸⁰³. Kesin hükümsüzlüğün sonuçları burada da gündeme gelecektir elbette. İlgililerin süreye bağlı olmaksızın kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilmesi, ileri sürülme dâhi hâkimin re'sen nazara alması, hukuki işlemin geçmişe etkili geçersizliği, geçersizliğin fer'i borçlara da sirayet etmesi, hukuki işlemin belirli bir sürenin geçmesi veya geçersizlik sebebinin ortadan kalkması ile geçerli hale gelmeyeceği, edimler ifa edilmişse edimini ifa eden tarafın iadeyi isteyebileceği, tarafların aynen ifa talebinde bulunamayacakları bunlardandır.

Hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğü (iptal edilebilirlikten farklı olarak) tarafların iradesinden bağımsız ortaya çıkmaktadır. İşlemin hükümsüzlüğü, tarafların hukuki

⁸⁰⁰Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 57; Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 169-170.

⁸⁰¹Sürekli borç ilişkilerinin iptalinde ileriye etkili olmanın dürüstlük kuralına dayandığı, kuralla kanuni düzenlemeden ayrıksı bir durum yaratıldığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla dürüstlük kuralının gerektirmediği durumlarda geçmişe etkili hükümsüzlüğe gidilmelidir. Bkz. Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 190, dn. 513.

⁸⁰²Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 390; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 376 vd ; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 88; Oğuzman ve Barlas, 2021, **a.g.k.**, s. 208; Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, s. 85; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 387; Kaplan, 2021, **a.g.k.**, s. 107; Aybay, 2020, **a.g.k.**, s. 39; Dural ve Ögüz, 2021, **a.g.k.**, s. 151; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 464; Belen, 2014, **a.g.k.**, s.95 vd; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 2021, **a.g.k.**, s. 174; Kılıçoğlu, 2021b, **a.g.k.**, s. 146; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 299; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. ; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 149; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 208; Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 84 ; Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 129; Schwenzler, 2016, **a.g.k.**, s. 258; Armbrüster/MüKoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn. 155.

⁸⁰³Scheuning, 1930, **a.g.k.**, s. 61; Bauer-Mengelberg, 1931, **a.g.k.**, s. 95; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 208; Sungurbey ve Kaneti, 1976, **a.g.k.**, s. 178 vd; Başpınar, 1999, **a.g.k.**, s. 32-33; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 141; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 238 ve 272; Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 130 ve 138; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 39 ve 46; Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 105 ve 143; Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 204; Armbrüster/MükoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn. 89, 259.

işlemlerle (sözleşmelerle) arzu edilen nihai amaca ulaşmasını engelleyecektir⁸⁰⁴. Bu da somut olayda taraflar açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Özellikle zayıf tarafın hukuki işlemin hüküm doğurmasında (bir anlamda devamında) menfaat(ler)i varsa, hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğüne hükmedilmesiyle bu menfaat(ler)e halel gelebilecektir. Uzun vadeli yatırımlar yapan, yeni kurduğu işletmesi için yüklü miktarda kredi çeken, ağır borçlar altına giren tarafın hukuki işlemin kesin hükümsüz halinde altından kalkamayacağı sıkıntılara düşme ihtimali yüksektir. Böyle bir durumda bir yanda özgürlüğü aşırı sınırlandırılan tarafın özgürlüğüne, kişilik hakkına yönelik ahlâka aykırı müdahaleyi bertaraf etmek, diğer yanda müdahaleye uygulanacak yaptırımın zayıf taraf aleyhine ağır sonuçlar doğurması bulunmaktadır. Böylesi olaylarda somut olay adaletinin gerektirdiği ölçüde hareket etmek gerekir, edilmelidir. Bu da mutlak yaptırım klasik kesin hükümsüzlüktür yargısını gözden geçirmeyi, dahası değiştirmeyi gerektirir.

Öğretide de kesin hükümsüzlük yaptırımının hakkaniyete aykırı bu tür sonuçlarını önlemek amacıyla çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki TMK m. 23/2 (İMK m. 27/2) ile TBK m. 27 (İBK m. 20) hükümlerinin amaçlarından hareket edilmesini savunmaktadır. Görüş Bucher'e aittir ve İsviçre Federal Mahkemesinin de görüşü çeşitli yönleriyle benimsediği görülmektedir⁸⁰⁵. 'İptal edilebilirlik' olarak ifade edilen görüşle TBK m. 27'de sözleşmenin geçersizliğinde içerik değerlendirmesi yapılmakta, genelin menfaatinin korunması amacı ortaya konmaktadır. İçeriğin geçersizliği, objektif bir değerlendirmeye bağlıdır. TMK m. 23 kapsamında ise iki farklı hususun düzenlendiği, ilk fıkrada kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kastedildiği, anılan haklar üzerinde de tasarrufta bulunulamayacağı ifade edilmektedir. İlk etapta uygulanacak yaptırım klasik kesin hükümsüzlüktür, TBK m. 27'e başvurulmalıdır. Ancak somut olaya göre durum değişebilir. Bağlayıcılığı olmayan bir yükümlülük bulunduğunun kabulüyle zayıf taraf isterse edimini ifa, karşı edimi de talep edebilecektir.

⁸⁰⁴Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 395.

⁸⁰⁵Bucher/BernK, 1993, **a.g.k.**, s. 69 vd., 84 vd., 133 vd., 201 vd., 205 vd. Görüşü benimsediği kararlar için bkz. BGE 129 III 209; BGE 119 II 222 (www.bger.ch). BGE 129 III 209 sayılı karar hakkında bkz. Kramer, E. A. (2004). Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufsrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz? (BGE 129 III 209 ff.). *recht.* s. 27-31. Yine aynı kararın incelendiği, Bucher'in tezini bazı noktalarda destekleyen görüş için bkz. Leu, und von der Crone, 2003, **a.g.k.**, s. 228 vd.

Hükmün ikinci fıkrasında düzenlenen husus kişi özgürlükleridir, hukuka ve ahlâka aykırı olmadığı sürece bunlar üzerinde hukuki işlemler yoluyla tasarrufta bulunmak mümkündür. Fıkroda özgürlükler dolayısıyla kişilik ön plandadır, özgürlüğü aşırı sınırlandırılan zayıf taraf korunmaktadır. Kişiliği temel alması nedeniyle yapılacak değerlendirme de sübjektif olacaktır. Kişi özgürlüğünü hukuka ve ahlâka aykırı olarak aşırı sınırlandıran hukuki işlemlerde kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanamaz, uygulanmamalıdır. Kesin hükümsüzlüğe hükmedildiğinde bundan işlemin (güçlü olan) karşı tarafı da yararlanacak, bu da hükmün koruma amacına ters düşecektir. Bu gerekçelerle kişi özgürlüklerini aşırı sınırlandıran hukuki işlemlerde geçersizlik türü, iptal edilebilirlik olmalıdır. Özgürlüğü aşırı sınırlandırılan zayıf taraf hukuki işlemin iptalini isteyebilmelidir. Kanun koyucu hükümle, zayıf tarafa özgürlüğünü aşırı sınırlandıran hukuki işlemde (sözleşmeden) kurtulabilme imkânı tanımıştır, bunu da iptal iradesini ortaya koyarak sağlayacaktır. Bu kapsamda zayıf taraf isterse sözleşmenin feshini talep edip, ileriye etkili olarak ilişkiden kurtulabilecektir. Ancak feshin sonuç doğurabilmesi, karşı tarafa uygun bir ihbar süresi tanınmasına bağlıdır. Ayrıca zayıf tarafın güçlü tarafın ifa talebine karşı def'i ileri sürebilmesi her zaman mümkündür. Zayıf tarafın iptal iradesini ortaya koymayıp, hukuki ilişkiyi devam ettirmesi olasılığında ise karşı tarafın ahlâka aykırılığın varlığını ileri sürebilmesi imkân dahilindedir. İşte burada da hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girecek ve buna engel olacaktır.

Görüş, aşırılığın tespitinde hukuki işlemin kurulma ânının değil, uyuşmazlığın vuku bulduğu veya mahkemede hükmün verileceği andaki hal ve şartların değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Görüşün bütününe bakıldığında bizce kabul edilebilir tek vurgusu korunması gereken zayıf tarafın menfaatleri doğrultusunda hareketi asıl almasıdır. O isterse hukuki ilişkinin bağından kurtulabilecek, isterse, menfaatleri aksini gerektirirse hukuki işlemin ayakta kalmasını sağlayabilecektir. Görüş sadece bu yönüyle hakkaniyete uygun görünmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere bu sonuca diğer bir geçersizlik hali ile de ulaşmak mümkündür.

2.2.6.2. İptal edilebilirlik

Kelepçeleme sözleşmesinde iptal edilebilirlik görüşüne tereddütle yaklaşmaktayız. Öncelikle TMK m. 23 ile TBK m. 27'nin koruma amacının farklı olduğu fikrine

katılmamaktayız. Genelin (toplumun) menfaatinin korunmasını amaçladığı belirtilen m. 27'nin çoğun içinde az da vardır, toplum bireylerden oluşur yaklaşımıyla bireysel menfaatleri de koruduğu kabul edilmelidir⁸⁰⁶. Genel ahlâka aykırılık kurallarının bireysel menfaatleri de koruduğu bilinen/bilinmesi beklenen bir gerçektir. Görüşteki, TMK m. 23/1 itibarıyla üzerinde tasarruf edilemeyecek değerlerde genelin menfaatinin de bulunacağını kabul edip, TBK m. 27/1'e başvurabileceği, ancak m. 23/2'teki unsurlar varsa başvurulamayacağı yönündeki ayırım sağlam gerekçelere dayanmamakta, bize de yapay görünmektedir⁸⁰⁷. İptal edilebilirlik zayıf tarafın lehine sonuçlar doğuracak, daha adil sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Ancak ileri sürülen gerekçeler kanunun geçersizlik sistemiyle de uyuşmamaktadır⁸⁰⁸. Sağlam temellerden yoksun görünmektedir.

Kanunun geçersizlik sistemine bakıldığında iptal edilebilirliğin ilgisinin korunmasına hizmet eden geçici bir hükümsüzlük hali olduğu söylenecektir⁸⁰⁹. Düzelebilir hükümsüzlükte hak kullanıldığında geçici hükümsüzlük kesin hükümsüzlüğe dönüşür, kullanılmadığında geçerli bir işlem olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Söz hakkı tanınan kişinin hakkını nasıl kullanacağı hükümlerde koşullarıyla netlikle belirlenmiştir (ki irade bozukluğu hükümlerinde de bu netliği görmekteyiz [TBK m. 30 vd]). Belirlemenin bu kadar net, açık olması istisnai hükme de işaret etmektedir. İstisnaların da dar yorumlanması gerekir. Dolayısıyla açıkça düzenlenmeyen durumlarda iptal edilebilirliğin uygulanabileceği kolayca söylenemez, söylenmemelidir.

Açıkladığımız gerekçelerle ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkının aşırı sınırlandırıldığı genel ahlâka aykırı kelepçeleme sözleşmesinde iptal edilebilirlik görüşünü reddetmekteyiz.

2.2.6.3. Esnek kesin hükümsüzlük

Geçersizlik bahsinde ileri sürülen diğer bir görüş 'esnek kesin hükümsüzlük'tür. Görüşle klasik kesin hükümsüzlüğün zayıf taraf aleyhine olumsuz özellikleri TMK m. 23/2'nin koruma amacı göz önünde tutularak törpülenmektedir/zımparalanmaktadır⁸¹⁰.

⁸⁰⁶Aynı görüş için bkz Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 301; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 212; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 423.

⁸⁰⁷Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 422 vd; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 212-213.

⁸⁰⁸Benzer görüş için bkz. Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 426.

⁸⁰⁹Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 108-109.

⁸¹⁰Huguenin und Meise/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 208 vd. Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 443 vd; Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 165 vd; Kramer, 2004, **a.g.k.**, s. 30 vd.

Görüş, önce TMK m. 23/2'ye aykırı (kelepçeleme sözleşmesini de barındıran) hukuki işlemlerin TBK m. 27/1 gereğince kesin hükümsüz olduğunu ortaya koyar. Sonrasında, m. 23/2'nin koruma amacını da dikkate alarak kesin hükümsüzlüğün esnetilerek uygulanması gerektiğini ileri sürer. İptal edilebilirlik görüşüne de şu noktada karşı çıkar: Kişilik hakkına aykırı hukuki işlemler TBK m. 27/1'in (kişilik hakları ifadesine rağmen) uygulama kapsamından çıkartılarak, farklı bir yaptırıma tabi tutulamaz, tutulmamalıdır. Ayrıca iptal edilebilirlik görüşündeki zayıf tarafın korunması amacı esnek kesin hükümsüzlükte de açıkça varlık göstermektedir.

Esnek hükümsüzlük görüşünde, hukuki işlemin olumsuz özellikleri, sonuçları özgürlüğü ihlal edilen (zayıf) tarafın kişiliğinde ortaya çıktığı için, yalnızca o, işlemin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürebilecektir. Karşı tarafa bu imkân tanınmamaktadır. Ayrıca hâkim, kişiliği ihlal edilen zayıf taraf lehine olmak üzere kendiliğinden hukuki işleme müdahalede bulunabilecek, sadece zayıf taraf lehine hükümsüzlüğü re'sen nazara alabilecektir.

Hükümsüzlüğün etki ve sonuçlarını hangi andan itibaren doğuracağı ise hükmün koruma amacı çerçevesinde değerlendirilecektir. Amaç, sözleşmenin kurulmasından önceki durumun sağlanması ise hükümsüzlük geriye etkili olacaktır. Aksi hallerde ileriye etkili kabul uygundur. Kelepçeleme sözleşmesindeki gibi özgürlüğün aşırı sınırlandığı hallerde, aşırılığın (ve diğer unsurların) tespitinde hükümsüzlüğün ileri sürüldüğü an (dava açma anı) göz önünde tutulacaktır.

Hukuki işlemin kısmen hükümsüzlüğüne m. 23/2 kapsamında ihtiyaç duyulmayacağı, edimler arası dengeyi bozacağı vb. gerekçelerle reddeden iptal edilebilirlik görüşünden⁸¹¹ farklı olarak, esnek hükümsüzlükte hükmün koruma amacı kapsamında kısmi hükümsüzlük kabul edilmekte, böylece hukuki işlemin ayakta kalmasına olanak tanınmaktadır. Ki bu durum kısmi hükümsüzlüğün aslında söze sadakat ilkesinin bir gereği olmasına dayanmaktadır.

Kelepçeleme sözleşmesinde ekonomik faaliyet özgürlüğü aşırı sınırlandırılan zayıf taraf TMK m. 23/2 hükmünün koruma alanındadır. Hükmün koruma amacına dayanan esnek hükümsüzlük görüşünün kelepçeleme sözleşmesinde kabul edilebilir olduğunu düşünmekteyiz. Ancak her somut olayda esnek hükümsüzlüğe gidilmesi gerektiği

⁸¹¹Bucher/BernK, 1993, a.g.k., s. 167 vd.

düşüncesinde değildir. Öte yandan genel ahlâka aykırı hukuki işlemlerin (klasik) kesin hükümsüz olduğu yargısından ayrılmının hakkaniyete aykırı olduğunu kabul etmekteyiz. Bu nedenle kesin hükümsüzlüğü bir kıyıya itmeden, somut olaya göre hareket edilmeli, menfaatler dengesi gerektiriyorsa iki tarafın her zaman ileri sürebildiği, hâkimin re'sen nazara alabildiği kesin hükümsüzlüğe de başvurulabilmelidir⁸¹².

2.2.6.4. Sınırlı esnek hükümsüzlük

Öğretinin esnek hükümsüzlük görüşüyle örtüştüğünü, hatta onu bir adım ileri götürdüğünü kabul ettiği (bu) görüş 'sınırlı esnek hükümsüzlük' olarak adlandırılmaktadır⁸¹³. Esnek hükümsüzlükte ihlal edilen hükmün koruma amacının zayıf tarafın menfaat(ler)i doğrultusunda belirlenmesi ve dolayısıyla hükümsüzlüğün sonuçlarında farklılıklar yaratılması eleştirilmekte, klasik kesin hükümsüzlüğün her halükârda bu şekilde bertaraf edilmesine tereddütle yaklaşılmaktadır. Klasik kesin hükümsüzlük ihlal edilen hükmün koruma amacıyla çatıştığında, hükümsüzlük sınırlandırılarak, sorunun çözüme kavuşturulacağı kabul edilmektedir. Bu kapsamda kişi özgürlüğü ihlal edilen tarafın kesin hükümsüzlüğe dayanması da mümkündür. Yine burada da hâkim, hükümsüzlüğü zayıf taraf lehine re'sen nazara alabilecektir.

Sınırlı esnek hükümsüzlük görüşü uyarınca, TBK m. 27/1'deki kesin hükümsüzlük TMK m. 23'ün her iki fıkrası için de, iptal edilebilirlik görüşünü de bertaraf edecek şekilde geçerlidir. Görüş taraftarları, genelin-bireyin menfaati ayrımını da reddetmekte,

⁸¹²Ünal, kelepçeleme sözleşmesinin sözleşmelerde farklı boyutlarda ortaya çıktığını, sözleşme tiplerine ve çeşitli kelepçeleme hallerine göre kesin hükümsüzlük/butlan türünün değişebileceğini kabul etmektedir. Yazara göre bunlar tam kesin hükümsüzlük, basit veya değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüktür; sözleşme ilişkilerinin karmaşıklaştığı günümüzde, kesin hükümsüzlük yaptırımını tam ve kısmi hükümsüzlük olarak ayırma tabi tutmak adalet ve hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Ancak yazar bunlar dışında kalan kesin hükümsüzlük hallerine teğet geçerek, kelepçeleme sözleşmesinde amaca uygun çözüm yolu olarak değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğü savunmakta, o yönde açıklamalar yapmaktadır (Bkz. 2017, **a.g.k.**, s. 213 vd.). Ateş de TMK m. 23 çerçevesinde genel ahlâka aykırı hukuki işlemlerde somut olayın özelliklerine göre klasik/tam kesin hükümsüzlüğün uygulanması gerektiğini, geçersizlik hukuki işlemin bazı hükümlerini kapsıyorsa basit kısmi hükümsüzlük veya değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükle hukuki işlemin ayakta kalmasının sağlanabileceğini belirtmektedir (Bkz. 2007a, **a.g.k.**, s. 299 vd.). Aynı görüş için bkz. Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 255 vd.

⁸¹³Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 134; Hürlimann, 1984, **a.g.k.**, s. 52 vd.; Koller, 2017, **a.g.k.**, s. 265; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 573 vd.; Karabağ Bulut, 2014, **a.g.k.**, s. 410 vd. ve 426 vd.

iki durumda da klasik kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağını vurgulamaktadır⁸¹⁴.

Hakkaniyete hizmet edeceği inancıyla kelepçeleme sözleşmesinde sınırlı esnek hükümsüzlük görüşünderiz. Bu görüşün bir sonucu/yargısı da kelepçeleme sözleşmesi açısından da kabul ettiğimiz kısmi hükümsüzlüktür. Aşağıda bu konuyu incelemekteyiz.

2.2.6.5. Kısmi hükümsüzlük

Kelepçeleme sözleşmesinde kısmi hükümsüzlüğün yalın, basit halinin uygulanabilirliği tereddütsüz kabul edilmelidir (TBK m. 27/2)⁸¹⁵. Zayıf tarafın hukuki işlemin ayakta kalmasında menfaatinin olduğu durumlar başta olmak üzere, hukuki işlemin geçersiz kılınanlar dışında hükümlerini doğurmasını öngören yalın/basit kısmi hükümsüzlüğe hükmedilebilir. Burada şartlar bellidir; hukuki işlem bölünebilmeli, geçersiz hüküm(ler) çıkartıldıktan sonra geriye kalan kısım/bölüm anlamlı bir bütün oluşturmalıdır.

⁸¹⁴Alman hukukunda kişilik hakkını (dolayısıyla özgürlükleri, ekonomik faaliyet özgürlüğünü) koruyan genel bir hüküm yoktur. Bunlar genel ahlâka aykırılık hükmü BGB § 138 çatısı altında korunmaktadır. Ortaya çıkan sonuç nettir. Kişilik hakkına aykırı hukuki işlemler (dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesi) genel ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür. Bununla birlikte Alman öğretisinde kişilik hakkına aykırı hukuki işlemlerde kişinin korunmasının da ön planda olduğu belirtilerek, hükümdeki kesin hükümsüzlüğün kişilik hakkı sahibi menfaatine uygun olacak şekilde değiştirilerek uygulanabileceği de kabul edilmektedir. Görüş, kişilik hakkını, kişi özgürlüğünü aşırı sınırlandıran hukuki işlemlerde korunan tarafın iradesini dikkate almaktadır. Bu, esnek ve sınırlı esnek hükümsüzlük görüşünün karması olarak nitelendirilebileceğimiz, ‘kendine özgü hükümsüzlük’ olarak ifade edilen görüştür. Bir taraftan BGB § 138’in bireysel menfaatleri koruma amacı da taşıdığı belirtilmekle esnek hükümsüzlüğün, diğer taraftan korunan kişilik hakkı sahibinin dilerse hukuki işlemi ayakta tutulabileceği, dilerse kesin hükümsüzlüğünü ileri sürebileceği sınırlı esnek hükümsüzlüğün özelliklerini barındırmaktadır. Bkz. R. M. Beckmann, (1988). *Nichtigkeit und Personenschutz/Parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 328 vd. Kendine özgü hükümsüzlük görüşünün kelepçeleme sözleşmesi için de geçerli olacağı açıkça ifade edilmiştir (a.g.k., s. 331 vd).

⁸¹⁵Ünal, kelepçeleme sözleşmesinde basit kısmi hükümsüzlüğü kabul etmekte, ancak uygulama alanının hayli dar olduğunu vurgulamaktadır Bkz. Ünal, 2017, a.g.k., 225-226). Basit kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için, geçersiz kılınacak hüküm/hükümlerin hukuki işlemin objektif esaslı noktalarına ilişkin olmaması gerekir. Aksi takdirde tam kesin hükümsüzlük esastır (Bkz. Karabağ Bulut, 2014, a.g.k., s. 448). İsviçre Federal Mahkemesi alacağın toptan temlikine ilişkin verdiği bir kararda (BGE 112 II 433) ‘geçerli alacak miktarının belirlenmesinin mümkün olmayacağı, aksinin kabulünün hukuki güvensizlik oluşturacağı’ gerekçesiyle kısmi hükümsüzlüğe izin vermemiştir (www.bger.ch). Kefalet sözleşmesine ilişkin bir başka kararda (BGE 120 II 35) ise kefilin asıl borçlunun alacaklıya olan gelecekteki tüm borçlarını garanti etme taahhüdünün TMK m. 23/2’ye aykırı olduğunu, ilgili hükmün geçersiz olması nedeniyle kısmi hükümsüzlüğe gidilmesini kabul etmiştir (<https://www.swisslex.ch/de/>).

2.2.6.5.1. Değiştirilmiş ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlük

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte geçersiz hüküm(ler) yerine yedek hüküm(ler) konularak hukuki işlemde oluşan boşluk konuya ilişkin emredici veya tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kuralıyla doldurulmaktadır. Genişletilmiş kısmi hükümsüzlükte ise tarafların farazi iradelerine göre geçersiz hüküm(ler) olmaksızın bazı geçerli hükümlerin de varlık göstermeyeceği sonucu çıkmakta, onlar da geçersiz kılınmaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmeyen, öğretinin TBK m. 27/2'nin amacına uygun bularak kabul ettiği iki tür kısmi hükümsüzlükte de edimlerin bölünebilir olması gerekir.

Kelepçeleme sözleşmesinde sorun, genel ahlâka aykırılıktır. Kanun koyucu ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırmasını emredici hükümle yasaklamışsa, emredici hükme aykırılık, dolayısıyla hukuka aykırılık esastır. Bu nedenle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte geçersiz kılınan hüküm(ler) yerine emredici hükümlerin konulamayacağını kabul etmekteyiz⁸¹⁶.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte geçersiz hüküm(ler) yerine tamamlayıcı hükümlerin konulmasında bir sakınca olmadığını düşünmekteyiz⁸¹⁷. Tamamlayıcı hükümler taraf iradelerine veya kanun hükmüne dayanabilir. Hukuki işlemin (sözleşmenin) yapısına ve içeriğine uygun nitelikteki tamamlayıcı hükümler, geçersiz hüküm(ler)den kalan boşluğu doldurabilecektir. Öğretide verilen örnek çerçevesinde, kelepçeleme sözleşmesinde feshe ilişkin düzenlemenin kesin hükümsüz kılınması sonucunda hukuki işlemde boşluk oluşacaktır. Bu boşluk, kanunun, sözleşme türlerine dair uygulanabilir fesih hükümleriyle doldurulabilecektir⁸¹⁸.

Tamamlayıcı hükümler dışında hâkim, tarafların farazi iradesini dikkate alarak oluşan boşluğu doldurabilecektir⁸¹⁹. Hâkimin bu sıradaki değerlendirmesi şu soruya yanıt vermelidir: Taraflar ilgili hüküm/hükümlerin geçersiz olacağını bilselerdi, hukuki

⁸¹⁶Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 217.

⁸¹⁷Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 218.

⁸¹⁸Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 159; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 289.

⁸¹⁹Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 218-219. Kelepçeleme sözleşmesi örneği olarak en çok rekabet yasağı sözleşmelerinde tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak konu, yer ve zaman bakımından aşırı nitelikteki unsurların makul bir seviyeye çekildiği görülmektedir. Keza aşırı nitelikteki ceza koşulu için de bu yönde bir değerlendirmeye gidilmekte ve ceza koşulunda indirime gidilmektedir. Uygulamada kelepçeleme sözleşmesinde tarafların farazi iradelerinin ele alındığı, uygulama alanı en geniş konulardan bir diğeri de uzun sürelerdir. Hâkim tarafların karşılıklı menfaatlerini dikkate alarak, süreyi makul bir düzeye çekebilecektir (Bkz. Hausheer und Aebi-Müller, 2020, **a.g.k.**, s. 167 vd).

işlemlerde oluşan boşluk için nasıl bir düzenleme getirirlerdi? Hâkimin değerlendirmesi, hakkaniyete uygun olmalı, taraf menfaatlerini dengelemelidir.

Genişletilmiş kısmi hükümsüzlükte de amacın mümkün mertebe hukuki işlemin kalan hükümlerle ayakta tutulması olduğundan hareketle, kelepçeleme sözleşmesinde uygulanabilir olduğunu kabul etmekteyiz. Zayıf tarafın menfaatinin işlemin ayakta tutulması yönünde olduğu durumlarda tam kesin hükümsüzlük yerine genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğe gidilebilmelidir⁸²⁰. Yeter ki kalan hükümlerle hukuki işlem bir anlam ifade edebilsin, işlem taraflarının menfaatleri arasında makul bir denge sağlanabilsin.

Kelepçeleme sözleşmesinde hükümsüzlükte hangi ânın esas alınması gerektiği konusu da önem arz etmektedir. Bunun için öncelikle kelepçeleme sözleşmesindeki unsurların ve genel ahlâka aykırılığın tespiti gereklidir. Bu tespit de (aşağıda açıkladığımız) o an dikkate alınacaktır, alınmalıdır. Hâkimin göz önünde tutması gereken an öğretide tartışmalıdır. İncelediğimiz geçersizlik görüşleri çerçevesinde de belirttiğimiz üzere üç farklı andan bahsedilmektedir. Bunlar hukuki işlemin kurulduğu an, uyuşmazlığın vuku bulduğu/dava açma ânı ve karar ânı olarak ortaya çıkmıştır.

Hukuki işlemin kurulduğu andan sonraki değerlendirmeler, sonradan meydana gelen değişikliklerin göz önünde tutulmasını gerektirecek, işlemin kurulduğu an itibariyle kelepçeleme sözleşmesi ihtiva eden, geçersizliğine hükmedilmesi gereken hukuki işlem geçerli bir hukuki işlem olarak hükümlerini doğuracaktır. Örneğin işlemin kuruluşu dışında önerilen anlarda, ekonomik faaliyet özgürlüğünün ne kadar süreyle ihlal edildiğinin tam, doğru tespit edilemeyeceği görülecektir. Otuz yıllık (uzun süreli) bir sözleşmenin yirminci yılında uyuşmazlık vuku bulursa/dava açılırsa veya hükme varılırsa, ilk yirmi yıl göz ardı edilecek, kalan on yıla göre karar verilecektir. Keza aşırılık, edimler arası denge gibi unsurlarda meydana gelen sonraki değişikliklerde sözleşmenin uyarlanması veya haklı nedenle fesih gibi çözümler de vardır. Kanaatimizce gerek kelepçeleme sözleşmesinin unsurları ve genel ahlâka aykırılıkta gerek hükümsüzlükte esas alınacak an hukuki işlemin (sözleşmenin kurulma) ânı olmalıdır⁸²¹.

⁸²⁰Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 226. Yazar kelepçeleme sözleşmesinde genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğe pek ihtiyaç duyulmayacağını, ancak tam kesin hükümsüzlüğe hükmedilmeden önce bu yolun mümkün olup olmadığını da araştırılması gerektiğini belirtmektedir.

⁸²¹Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 230.

3. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNDE GEÇERSİZLİĞİN DİĞER SONUÇLARI

3.1. Edimlerin İadesi Talebi

Hukuki işlemin (sözleşmenin) kesin hükümsüzlüğü, işlemin kendiliğinden hükümsüzlüğünü, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmamasını, bir başka deyişle ölü doğmuş olmasını ifade eder. Bu durumun yukarıda ifade ettiğimiz sonuçlarından biri de tarafların birbirinden aynen iadeyi isteyememesi, yerine getirilmiş edimler varsa da bu edimlerin iadesinin talep edilebilmesidir⁸²².

Kelepçeleme sözleşmesinde kabul ettiğimiz sınırlı esnek kesin hükümsüzlük görüşü çerçevesinde kesin hükümsüzlük ileri sürüldüğünde, re'sen nazara alındığında tarafların aynen ifa talep/davasası son bulmakta, yerine getirdikleri edimleri de talep etme imkânı doğmaktadır⁸²³. Hukuki işlemin kesin hükümsüz kılınmasıyla borcun ifa edilmemesi nedeniyle borca aykırılık hükümlerine (TBK m. 112) başvurulamayacak ve aynen ifa istenemeyecektir. Çünkü ortada geçersiz/hükümsüz bir hukuki ilişki vardır. Hükümsüzlüğün hukuki işlemin bir kısmına/bölümünde ilişkin olduğu durumlarda da, o kısım/bölümle ilgili aynen iade mümkün olmayacaktır⁸²⁴.

Yerine getirilmiş/ifa edilmiş edimlerin iadesinin istenebilmesi, geçersiz hukuki işlemin kurulduğu ana dönerek, tarafların malvarlığının o andaki durumu ne ise onun yeniden sağlanması gerekçesine dayanmaktadır⁸²⁵. Bunu gerçekleştirebilmenin de iki yolu vardır. İstihkak veya sebepsiz zenginleşme davası⁸²⁶. İfa edilen edim(ler) karşı tarafın malvarlığında halen mevcutsa aynı hakka dayalı istihkak (davası), değilse sebepsiz zenginleşme talebi ortaya çıkmaktadır⁸²⁷. İki talebin birbiriyle yarışması mümkün

⁸²²Huguenin, 1984, **a.g.k.**, s. 65 vd.

⁸²³Scheuing, 1930, **a.g.k.**, s. 80; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 232 vd.

⁸²⁴Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 233.

⁸²⁵Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 309.

⁸²⁶Schwenzer, 2015, **a.g.k.**, s. 287; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s.233-234.

⁸²⁷Taşınmaz ve (kabulü halinde) taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık (illilik) ilkesi gereği, hukuki sebebin geçersiz olduğu hallerde, mülkiyet devredilemez, karşı tarafa geçmez, iade istihkak davası yoluyla sağlanır. İstihkak talebi malın mülkiyetinin karşı tarafa geçmemesinden dolayı sebepsiz zenginleşme talebinin yolunu kapatır. İstihkak talebinin sebepsiz zenginleşmesinin uygulama alanını bu şekilde daraltması nedeniyle taşınır mülkiyetinde illiliğin kabulüne çekince konulmaktadır Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021b, **a.g.k.**, s. 247, 284 vd; Oğuzman ve Öz, 2021, **a.g.k.**, s. 353; Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 416 ve 436 vd; Öz, T. (1990). *Öğreti ve uygulamada sebepsiz zenginleşme (Borçlar Kanunu 61.-66. maddelerine ilişkin içtihatlar ile)*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., s. 62 vd; Antalya, 2019b, **a.g.k.**, s. 700. Ancak borçlar hukukunda hukuki işlemlerde bir tarafın borcu çoğu zaman para edimi olduğu için sebepsiz zenginleşmenin uygulama alanı genişlemektedir. Kesin hükümsüz bir hukuki işlemde

değildir⁸²⁸. Ayrıca iki talep arasında ileri sürülme ve iadenin kapsamı yönünden farklar da vardır. İstihkak aynı bir taleptir, herkese karşı ileri sürülür, süreye bağlı değildir. Sebepsiz zenginleşme talebi nisbi bir hak sağlar, sadece hukuki işlemin diğer tarafından/zenginleşenden veya onun külli haleflerinden iade istenebilir, (iki ve on yıllık) zamanaşımı süresine tabidir. İstihkak davası sonunda iadeye karar verildiğinde, iadenin kapsamı haksız zilyetlikteki iade hükümlerine (TMK m. 906-908) tabidir⁸²⁹. Sebepsiz zenginleşmede iade (TBK m. 79-80), genel itibariyle ifa edilmiş edim(ler)in mümkün olduğunca aynen iadesini gerektirir⁸³⁰. Edim(ler) karşı tarafın malvarlığında aynen bulunmadığı takdirde, edimin parasal karşılığı (nakdi değeri) iadeye konu olur.

Kelepçeleme sözleşmesi barındıran kesin hükümsüz hukuki işlemde iade konusunda değerlendirilmesi gereken diğer bir hüküm de TBK m. 81'dir. Hüküm, *'hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen şeylerin iadesinin talep edilemeyeceği'* şeklindedir⁸³¹. Buna göre hukuki işlemin iki tarafının da hukuka veya ahlâka aykırı bir amaç gütmeleri halinde iade talep edilemeyecektir⁸³². Bahsedilen ortak amaçtır. Ortak amaç dışında taraflara ait doğrudan-dolaylı amaçların da burada değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸³³. Kelepçeleme sözleşmesinde ortak amacın da içeriğe dahil olduğunu, dikkate alınması gerektiğini daha önce ifade etmiştik. Bu noktada ilgili hüküm kapsamında genel ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz kelepçeleme sözleşmesi içeren hukuki işlemde verilen şeylerin iadesinin mümkün

(sözleşmede) ödenen para karşı tarafın malvarlığına karışacak, ödemeyi yapan tarafın para üzerindeki mülkiyet hakkı son bulacağı için iadenin sebepsiz zenginleşme yoluyla sağlanması gerekeceği kabul edilmektedir (Bkz. Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1022; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 465, dn. 488-489).

⁸²⁸Öz, 1990, **a.g.k.**, s. 63 ve 81; Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 436.

⁸²⁹Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2021b, **a.g.k.**, s. 122.

⁸³⁰Öz, 1990, **a.g.k.**, s. 148 vd.

⁸³¹Hükümün TBK m. 27 kapsamındaki kesin hükümsüz hukuki işlemler için uygulanabileceğini kabul edenler için bkz. Öz, 1990, **a.g.k.**, s. 114 vd; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 321 vd; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1021; Antalya, 2019b, **a.g.k.**, s. 723; Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 543 vd. Ünal, hükümün kelepçeleme sözleşmesine bağlı geçersizlikte uygulanmasının pek mümkün olmadığını belirtmektedir. Kelepçeleme sözleşmesinin genel ahlâka aykırılık teşkil etmesindeki temel sebebin, tarafların amaçları olmadığını, ekonomik (faaliyet) özgürlüğü aşırı sınırlandıran tarafın kendini koruma güdüsüyle hareket ettiğini ifade etmektedir. Bunun da genel ahlâka aykırı amaca ulaşmak biçiminde yorumlanamayacağını dile getirmektedir. Yazar son olarak, somut olayda kelepçeleme sözleşmesi yönünden genel ahlâka aykırı amacın varlığından bahsedilebiliyorsa ve TBK m. 81'in şartları gerçekleşmişse, hükümün uygulanacağını belirtip, iade yasağı kapısını açık tutmaktadır. Yazar ayrıca, kısmi kesin hükümsüzlüğün uygulandığı hallerin hükümün uygulanmasına imkân bırakmayacağını ifade etmektedir (Bkz. 2017, **a.g.k.**, s. 234-235).

⁸³²Belser, 2000, **a.g.k.**, s. 444.

⁸³³İade yasağı hükümünün uygulanabilirliği için ifade bulunan tarafın sadece genel ahlâka aykırı amacı yeterli olmayacak, bu ifayı karşı tarafı da bu amaca teşvik etmek için gerçekleştirmesi gerekecektir. Bkz. Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 331-332; Antalya, 2019b, **a.g.k.**, s. 724)

olmaması gerekir. Ancak biz de öğretideki TBK m. 81'in kesin hükümsüzlüğü öngören TBK m. 27'in koruma amacıyla sınırlı tutulması görüşünü desteklemekteyiz⁸³⁴. Lakin burada TBK m. 27'den ziyade TMK m. 23/2'nin değerlendirilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce TBK m. 81'in zayıfın korunması amacı taşıyan TBK m. 23/2 ile sınırlı tutulması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, m. 23/2'nin koruma amacı kapsamında edimin iadesinin istenip istenemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla somut olay yönünden kelepçeleme sözleşmesini içeren genel ahlâka aykırı kesin hükümsüz hukuki işlemde, ekonomik faaliyet özgürlüğü sınırlanan zayıf tarafın korunması amacı doğrultusunda edim(ler)in iadesinin istenebilmesi veya diğer tarafta kalmasına karar verilmelidir.

3.2. Tazminat Talebi

Taraflar arasında önceden hukuki bir ilişki bulunmadığında meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğü sözleşme dışı sorumluluk olarak ifade edilir, haksız fiil hukuku da bu başlık altında ele alınır. Sözleşmesel sorumluluk kural olarak sözleşmeden doğan edim yükümünün ihlalini yaptırıma bağlayarak, ifaya olan menfaati korurken, sözleşme dışı sorumluluk mutlak hakları (kişi ve mal varlığı değerlerini) korur, yaptırımı da tazminattır⁸³⁵. Ancak bir olay örgüsü içinde aynı fiil nedeniyle her iki tür hakka da zarar gelmesi mümkündür. Bu durumda zarar gören *hakların yarışması* kapsamında dilediği sorumluluk haline dayanabilir.

Genel ahlâka aykırılık sebebiyle (kelepçeleme sözleşmesi içeren) hükümsüz bir hukuki işlemde ifa etmemenin sonucu kural olarak tazminat yükümlülüğü değildir. Taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisi yoktur, borca aykırılıktan ve tazminat borcundan bahsedilemez. Dolayısıyla tam/kısmi kesin hükümsüzlük sonucu zarara uğrayan tarafın, uğradığı zararlara katlanması esas tutulacaktır⁸³⁶. Ancak öğretide zarara uğrayan tarafın istisnaen tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁸³⁷. Tazminat talebi de haksız fiilden veya culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğa dayandırılmaktadır.

⁸³⁴Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 463; Kırkbeşoğlu, 2011, **a.g.k.**, s. 393; Akbulut, 2016, **a.g.k.**, s. 41; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 469-470; Kramer/BernK, 1991, **a.g.k.**, s. 401.

⁸³⁵Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 403.

⁸³⁶Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 143; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 453.

⁸³⁷İnan, 1971, **a.g.k.**, s. 200-201; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 391; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 305 vd; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 235; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 453; Schwenger, 2015, **a.g.k.**, s. 287; Huguenin und Meise/BaslerK, **a.g.k.**, s. 215.

Haksız fiil sorumluluğu *'kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür'* hükmüne dayanır (TBK m.49/İBK m. 41)⁸³⁸. Buna göre zarar gören kişinin, zarar verenden tazminat talep edebilmesi, bir zararın meydana gelmesi, zararın hukuka aykırı olması, işlenen fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması ve zararın zarar verenin kusurlu eyleminden kaynaklanmış olması şartlarını esas alır. İkinci fıkra *'zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür'* şeklindedir. Bununla, birinci fıkradaki hukuka aykırılık yanında ahlâka aykırılıkta da meydana gelen zararın tazmin edilebileceği öngörülmüştür. Ancak ikinci fıkranın şartları daha ağırdır. Bunlar, zarar verenin davranışın ahlâka aykırı olması ve zararı kasten vermiş olmasıdır.

Sözleşme hukukuyla karşılaştığımızda haksız fiil hukukunda ahlâka aykırılığa farklı anlam verilebilmektedir⁸³⁹. Bu anlamın içeriğini belirleme işi geniş bir takdir yetkisiyle hâkime tanınmıştır⁸⁴⁰. Sözleşme hukukundaki genel ahlâk kavramına yüklenen anlamı TBK m. 27 çerçevesinde daha önce ele almıştık⁸⁴¹. Hatta kelepçeleme sözleşmesi çerçevesinde yapılan işlemin genel ahlâka aykırılık halinin değerlendirilmesinde, hâkimin işlemin özellikle 'ekonomik' kişilik üzerindeki etkisini de göz önünde tutması gerektiğini vurgulamıştık.

Türk Borçlar Kanunu m. 49/2 (İBK m. 41/2)' göre ahlâktan anlaşılması gereken belirli bir toplumda hâkim olan objektif ahlâk anlayışıdır⁸⁴². Bu anlayış çerçevesinde

⁸³⁸ Alman hukukunda hukuka aykırılık unsuru korunan menfaatleri belirleme görevini üstlenmiştir. Temel hüküm olan BGB § 823 bir taraftan hukuka aykırı olarak ihlal edilen menfaatlerin neler olacağını ortaya koymuş (f.1), diğer taraftan bazı menfaatlerin ihlâl edilmesinin bir davranış kuralıyla yasaklandığı hallerde, bu menfaatleri ihlal eden davranışın hukuka aykırı olacağını belirtmiştir (f.2). İhlal edilen menfaat, hükümde yer alan menfaatlerden olmasa da, ahlâka aykırı bir davranışla kasten verilen zararların da tazmin edileceği BGB § 826 ile ifade edilmiştir. Bununla ahlâka aykırılığın hukuka aykırılığa eşdeğerde tutulduğu görülmektedir. (BGB § 826, İsviçre hukukuna doğrudan etki ederek m. 41/2'nin ve oradan aktarımla Türk hukukuna dolaylı etkisiyle de m. 49/2'nin bugünkü hallerine esas teşkil etmektedir.) Bkz. Aksoy, 2016, **a.g.k.**, s. 40 vd., 328 vd. Türk ve İsviçre hukukunda korunan menfaatlerin neler olduğu ilgili maddelerde belirtilmemiştir. Dolayısıyla bunlar genel nitelikte kurallardır. Öğreti ve yargı kararları doğrultusunda menfaatler çeşitli kistaslara göre belirlenmekte, bu noktada da hukuka aykırılık unsuru esas alınmaktadır. Bkz. Aksoy, 2016, **a.g.k.**, s. 154.

⁸³⁹ Aksoy, 2016, **a.g.k.**, s. 347.

⁸⁴⁰ Aksoy, 2016, **a.g.k.**, s. 347.

⁸⁴¹ Bkz. 3.2.1.2.3. Ahlâka aykırılık başlığı, s. 13 vd.

⁸⁴² Aksoy, 2016, **a.g.k.**, s. 350; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 687; Oğuzman ve Öz, 2021, **a.g.k.**, s. 70; TBK m. 27/İBK m.20'deki ahlâk anlayışı ile aynı olduğu düşüncesi için bkz. Schwenzler, 2015, **a.g.k.**, s.374-375. Alman hukukunda ise BGB § 826 hükmüyle asgari bir ahlâk anlayışı esas alınmaktadır. Toplumdaki hakkaniyetli ve adil düşünen bütün kişilerin makul görüşleri esas alınarak ahlâka aykırılığın varlığı ortaya

failin ahlâka aykırı şekilde hareket ettiği ve zararı kasten verdiği sonucuna ulaşıncaya, davranış hukuka aykırı olmasa dahi, zararın tazmin yükümlülüğü doğmaktadır⁸⁴³. Davranışın ahlâka aykırılığının da zarar verici fiille güdülen amaçtan ya da amaca erişmek için yararlanılan araçlardan kaynaklanabileceği ifade edilmektedir⁸⁴⁴. Kendi menfaatini gözeterek veya gözetmeden davranışta bulunanın öncelikli amacının başkasını zarara uğratmak olduğu haller ahlâka aykırılıkta esas alınmaktadır⁸⁴⁵.

Bu şartlar altında kelepçeleme sözleşmesi nedeniyle kesin hükümsüz bir hukuki işlemde TBK m. 49/2 kapsamında bir zarar doğma olasılığı mümkün görünmemektedir⁸⁴⁶. Hukuki işlemin güçlü tarafının zayıf tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlandırmasında (genel) ahlâka aykırılık mevcut olsa dahi, karşı tarafı zarara uğratma kastından, öncelikli amacın bu olduğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesinde TBK m. 49/2 yolu kapalı görünmektedir⁸⁴⁷.

Öğretide hukuki işlemin kesin hükümsüz olmasından tazminat yükümlülüğü doğabilmesinin '*edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi*' kavramı ekseninde mümkün olduğu savunulmuştur⁸⁴⁸. Kesin hükümsüz hukuki işlemde ifa edilememeden bahsedilemez, çünkü hukuki işlem ölü doğmuştur. Ancak tarafların hukuki işlem kurmak için görüşmeler yapması, sosyal temas geçmesi aralarında koruma (özen) yükümlülüklerinden kaynaklanan borç ilişkisi yaratır⁸⁴⁹. Kim ki bu koruma (özen) yükümlülüğüne aykırı hareket ederse, o diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

konmaktadır. G. Wagner (2020). *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch -BGB § 823-826*. (8. Auflage). München: C.H. Beck, Rn. 9.

⁸⁴³Aksoy, 2016, **a.g.k.**, s. 326.

⁸⁴⁴Antalya, 2019b, **a.g.k.**, s. 96.

⁸⁴⁵Aksoy, 2016, **a.g.k.**, s. 351.

⁸⁴⁶Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 236. Alman Hukukunda Scheuing, genel hüküm BGB § 823/1 gereğince, özgürlüklere kasten zarar verilebileceğini, dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesinde haksız fiil sorumluluğuna doğabileceğini kabul etmektedir (Bkz. 1930, **a.g.k.**, s. 81).

⁸⁴⁷Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 236.

⁸⁴⁸Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 251; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 305; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 236. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, hukuki işlemdeki taraf iradesini veya haksız fiildeki hukuka aykırı bir müdahaleyi gerektirmeyen bağımsız bir borçtur. Tarafların sosyal temas ile birbirlerinin hukuki varlıklarına/değerlerine etki edebileceklerinden yola çıkar. Burada sosyal temastan ve onun yarattığı güvenden kaynaklanan bir borç ilişkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Bu (özel) temasın hukuken yasaklanmamış, korunmaya değer bir amaca yönelik olması gerekir, sadece hukuki işlem kurma amacıyla sınırlandırılmaz. (Bkz. R. Serozan (1968). *Culpa in Contrahendo*, akdin müspet ihlâli ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarının ortak temeli: Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi. *MHAD*. s. 115, 123; H. R. Demircioğlu, (2007). *Culpa in contrahendo sorumluluğu*. Yayınlanmış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 133 vd.).

⁸⁴⁹Serozan, 1968, **a.g.k.**, s. 119; Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 143.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin, hukuki işlem kurmak için bir araya gelen, hukuki varlıklarını, menfaatlerini birbirinin etki alanına sokan taraflar arasında, kurulması istenen hukuki işlemde önce, işlemin kurulup kurulmamasından bağımsız olduğu, dürüstlük kuralından (TMK m. 2/1'den) doğan güven ilişkisine dayalı olduğu da ifade edilmektedir⁸⁵⁰. Güvene dayalı bu ilişki hukuki işlemin kurulmadığı, kurulsaydı geçersiz olduğu aşamada '*culpa in contrahendo sorumluluğu*' olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁵¹. Bir başka deyişle bu tür bir güvenin ihlali *culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan) sorumluluğuna* yol açar⁸⁵². Öğretide kesin hükümsüz hukuki işlemde doğan zararın *culpa in contrahendo sorumluluğuna* dayandığı görüş birliğiyle kabul edilmiştir^{853, 854}. Bu doğrultuda, bir tarafın yanlış yönlendirme/bilgilendirmesi (kusuru) sonucu karşı tarafta hukuki işlemin geçerli olduğuna yönelik bir güven oluşturması zarara neden olacaktır ve zararın tazmini gerekecektir. Kelepçeleme sözleşmesini içeren kesin hükümsüz hukuki işlemde de bu yönde bir zarar ortaya çıkabilir. Güçlü tarafın zayıf tarafta uyandırdığı bu güven, onun ekonomik, entelektüel vb. konumundan kaynaklanabilecektir. Bulduğu konumu kötüye kullanarak karşı tarafta bu minvalde güven uyandıran tarafın, oluşan zarardan sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

Culpa in contrahendo güvenin ihlâlinden kaynaklanan bir sorumluluk olduğu için, güveni ihlâl eden davranış ile uygun illiyet bağı içinde oluşan zarar(lar)ın tazmin edilmesi gerekmektedir⁸⁵⁵. Güven zararı olarak da ifade edilen bu zarar, menfi (olumsuz) zarara karşılık gelmektedir⁸⁵⁶. Bu, kurulacağına veya geçerliliğine güvenilen hukuki işlemin kurulmaması/geçersiz olması nedeniyle uğranılan zarardır. Dolayısıyla burada geçerli ve hüküm ifade eden hukuki işlemin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan müspet

⁸⁵⁰Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 154.

⁸⁵¹Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 155.

⁸⁵²*Culpa in contrahendo* kavramına verilen farklı anlamlar için bkz. Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 7 vd. Yazarın tercihi latince aslına en uygun ifade olduğu gerekçesiyle '*sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk*'tur. (**a.g.k.**, s. 10). Aynı ifade için bkz. Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 496.

⁸⁵³Hukuki işlemin geçersizliğine sebep olma hali *culpa in contrahendo*'nun klasik bir görünüm şeklidir. Öyle ki bu tür olaylar sonucu zararın tazmini, *culpa in contrahendo sorumluluğunun* çıkış noktası olmuştur (Bkz. Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 235).

⁸⁵⁴Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 143; Schwenger, 2015, **a.g.k.**, s. 287; Hauheer und Aebi-Müller, 2020, **a.g.k.**, s. 168; Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 251; Serozan, Engin ve Atamer, 2022, **a.g.k.**, s. 394; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 45; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 401; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 306; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 236-237; Kaşak, 2021, **a.g.k.**, s. 455; Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 236.

⁸⁵⁵Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 330; Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 308; Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 237; Başpınar, 1988, **a.g.k.**, s. 178-179.

⁸⁵⁶Demircioğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 330.

(olumlu) zarardan bahsedilemez. Hukuki işlemin kurulması için yapılan (noter masrafları, yol giderleri vb.) masraflar, ifa sırasında yapılan (malın teslimi için yapılan) masraflar, başka bir hukuki işlem yapma imkanının, fırsatının kaçması menfi zarar olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁵⁷. Kelepçeleme sözleşmesi nedeniyle kesin hükümsüz hukuki işlemde (sözleşmede) de bu türden zararlar ortaya çıkacaktır⁸⁵⁸.

4. KELEPÇELEME SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

4.1. Genel İşlem Koşulları

Sözleşme ile kararlaştırılanın adil olduğu varsayımı taraflar arasındaki eşitliğe de vurgu yapar⁸⁵⁹. Bu, aynı zamanda hukuken eşit konumdaki iki kişinin farklı olan menfaatlerini sözleşme aracılığıyla dengeleyeceği düşüncesini, TBK'deki varlığıyla şekli özgürlüğü de kapsar⁸⁶⁰. Taraflar arasındaki eşitliğin -bir taraf aleyhine- bozulduğu durumlarda kanun koyucu zayıfın korunması düşüncesiyle düzenlemeler getirmiştir. Bunlardan biri de sözleşmelerdeki genel işlem koşullarıdır, zayıf tarafın korunması amacıyla sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırdır. Amacı sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kötüye kullanılmasını engellemektir⁸⁶¹. Kelepçeleme sözleşmesi de sözleşme özgürlüğü sınırlandırıcıdır, amaç zayıfın korunmasıdır.

Aynı veya birbirine yakın sosyoekonomik durumdaki tarafların yüz yüze görüşüp müzakere etmesiyle sözleşmenin kurulduğunu farz eden bireysel sözleşme modeli, sanayi devrimi sonucu yerini standart (kitleli) sözleşmelere bırakmıştır⁸⁶². Böylece genel işlem koşulları (GİK) kavramı doğmuştur⁸⁶³. Hukuk sistemimizde eksikliği eleştiri konusu olan GİK, TBK'de unsurları ortaya konarak açık pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur (m. 20-

⁸⁵⁷Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1197; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 402.

⁸⁵⁸Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 237.

⁸⁵⁹Antalya (2019a). **a.g.k.**, s.297; L. Sirmen (2015). Genel işlem şartları kavramı. *İzBD*. 80(3). 208.

⁸⁶⁰Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 3.

⁸⁶¹Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 10.

⁸⁶²Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 154-155. Türk Borçlar Kanunu m.20'nin gerekçesinde de bireysel sözleşme modeli esas alınmıştır. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

⁸⁶³Kavram genel işlem şartları (allgemeine Geschäftsbedingungen) olarak Türkçeleştirilmiştir, ancak TBK'de şart yerine koşul sözcüğü tercih edilmiş, kurum genel işlem koşulları adıyla düzenlenmiştir. Oysaki öğreti ve uygulamada yaygın kullanım 'genel işlem şartları' şeklindedir, kanun koyucu bunu dikkate alabilirdi, Bkz. Atamer, Y. (2012). Yeni Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca genel işlem koşullarının denetlenmesi -TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile karşılaştırmalı olarak. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 9.

25)⁸⁶⁴. Bu hükümlerle GİK'in sınırları belirlenmiş, uygulamadaki durum yasal bir zemine oturtulmuştur⁸⁶⁵.

Genel işlem koşulu, ileride yapılacak sözleşmelerde kullanılmak üzere, bir tarafın önceden (tek başına) hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu (dayattığı) hükümleri ifade etmektedir⁸⁶⁶. Burada mal ve/veya hizmetten faydalanmak isteyen tarafa “bu koşulları kabul ederek sözleşmeyi yaparsın” ya da “kabul etmezsen mal ve hizmetten yoksun kalırsın” denir.

Kelepçeleme sözleşmesinde de zayıf tarafa yapılan dayatılan içeriğinin GİK'le benzer olduğunu söyleyebiliriz. Ancak içerik bazen daha kapsamlıdır. Kelepçeleme sözleşmesi aslen ekonomik faaliyet özgürlüğünün işlerliğini bozar, felce uğratar, ortadan kaldırır. ‘Mal ve hizmetten yoksun kalırsın’ yargısı daha geri planda kalabilir. Bu yargıyı da içine alan ancak kapsamı daha geniş olan ‘ekonomik faaliyet özgürlüğü’ söz konusudur, önkoşuldur. Bu özgürlük alanının daralması, ortadan kalkmasıdır. Aynı sonuç GİK'te de ortaya çıkabilir. Ancak GİK'te önkoşul, ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlanması değildir. Karşı tarafın menfaatine aykırı olmanın (m. 21) içinde ekonomik faaliyet özgürlüğünü değerlendirmek mümkündür. Ancak anılan GİK hükmünde sınır dürüstlük kuralına aykırılıktır.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmenin tipi ve türü önem taşımadığı gibi, işlemin mutlaka borçlar hukuku sözleşmesi olması da aranmamaktadır, diğer alanlardaki sözleşmelerde de uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁶⁷. GİK'i içeren sözleşme kitlesel (standart) sözleşme şeklinde olmalıdır. Bu arada GİK tasarruf işlemlerinde de gündeme

⁸⁶⁴6098 sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce 2003 yılındaki değişiklikle yalnızca tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan ‘haksız şartlara’ ilişkin düzenlemeler TKHK'ye girmiştir. Kanun 2014 yılında yeniden kaleme alınmış, haksız şartın tanımı değiştirilmiştir (6502 s. TKHK m. 5). Buna göre haksız şart, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. Maddenin mülga (4077 s.) TKHK ve TBK-GİK hükümlerinden esinlenilerek düzenlendiği belirtilmektedir. Bkz. Akipek (2015). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşulları hükümlerinin konu bakımından uygulama alanı. *İzBD*. 80(3), s. 192-194. Türk Borçlar Kanunu GİK'i kapsamlı düzenlemiş olsa da, taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerdeki GİK ile pazarlık konusu yapılmamış olan şartlara TKHK m. 5'in uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu durumda, TBK esasen tüketici işlemi sayılmayan sözleşmelerdeki GİK için uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Sirmen, 2015, **a.g.k.**, s. 211.

⁸⁶⁵Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 167; Akipek, 2015, **a.g.k.**, s. 193.

⁸⁶⁶Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 156; Aybay, 2020, **a.g.k.**, s. 46; Sirmen, 2015, **a.g.k.**, s. 211; Havutçu, 2013, **a.g.k.**, s. 74; Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 72; M. Aydoğdu (2014). *Türk borçlar hukukunda genel işlem koşullarının ve tüketici hukukunda haksız şartlarının denetimi*. Ankara: Seçkin, s. 46.

⁸⁶⁷Akipek, 2015. **a.g.k.**, s. 202.

gelmektedir⁸⁶⁸. Türk kanun koyucusu GİK düzenlemesinde Alman Medeni Kanununu (BGB) kaynak olarak kabul etmiştir^{869, 870}. Burada, GİK denetiminin miras, aile ve şirketler hukuku alanındaki sözleşmelere uygulanmayacağı belirtilerek sınırlama getirilmiştir⁸⁷¹.

Kelepçeleme sözleşmesi bireysel sözleşmeler kadar kitlesel sözleşmelerde de varlık gösterebilir. Hatta GİK içeren bir sözleşmede kelepçeleme sözleşmesi olması da ihtimal dâhilindedir. Bu durumda GİK denetimine gerek duyulmadan, ahlâka aykırılık değerlendirmesiyle yola devam edilir, TBK m. 27 uyarınca sözleşme geçersizliğine hükmedilir.⁸⁷² Genel işlem koşulu barındıran bir sözleşmede, tek taraflı kaleme alma nedeniyle karşı tarafın ölçsüz şekilde mağdur edildiği kriteri, ahlâka aykırılıktan önce devreye girmektedir, öyle ki (dürüstlük kuralına aykırılığı esas alan m. 25'te olduğu gibi) ahlâka aykırı olmayan hükümler de denetime tabi tutulmaktadır⁸⁷³.

Kelepçeleme sözleşmesini içeren sözleşmenin de tipi ve türü önemli değildir. İki taraflı her hukuki işlemde, sözleşmede ortaya çıkabilir.

Genel işlem koşulu düzenlemeleri zayıfı korumak için getirildiğinden, emredici niteliktedirler, sözleşmelerdeki GİK koşulları da buyurucu hükme aykırı olamazlar, aksi de kararlaştırılmazlar. Kelepçeleme sözleşmesinin hukuki dayanağı (TMK m. 23) ve hukuki sonucunu (TBK m. 27) içeren hükümler de zayıfı/kişiliği korumayı amaçlayan emredici kurallardır.

Genel işlem koşulu belirlemesinde en önemli kıstaslardan biri, taraflardan birinin sözleşme içeriğini/hükümlerini tek taraflı olarak belirleme imkânına sahip olup olmadığı,

⁸⁶⁸ Akipek, 2015, **a.g.k.**, s. 202.

⁸⁶⁹ Bkz TBK m. 20 gerekçesi <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

⁸⁷⁰ Alman Medeni Kanunu BGB § 305 vd'de düzenlenen GİK'in tarihsel gelişimine baktığımızda önceleri içtihat dünyasının bir başarısı olarak, sonrasında § 138 ve § 242 kapsamında içerik kontrolü şeklinde değerlendirildiği görülmektedir. 2001 yılındaki Borçlar Hukuku Reformu ile BGB'ye dahil edilmiştir. Bkz. M. Fornasier, (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 305-310*. Deutschland: C. H. Beck, Rn. 12-15. İsviçre hukukunda, GİK'e yönelik kapsamlı bir düzenleme/kanun bulunmadığı, konunun sadece 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren UWG (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb / Haksız Rekabet Kanunu*) m.8'de düzenlendiği hakkında bkz. Huguenin und Meise/BaslerK (2015), **a.g.k.**, s. 202; Schwenger, 2016, **a.g.k.**, s. 334 vd.

⁸⁷¹ Fornasier/MüKoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn. 54.

⁸⁷² Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 172-173; F. Eren (2015). Genel işlem şartlarında içerik denetimi. *İzBD*. 80(3), s. 294.

⁸⁷³ Atamer, 2001, **a.g.k.** s. 161.

içeriğın/hükümlerin pazarlık konusu edilip edilmediğidir⁸⁷⁴. Öte yandan sözleşmede içeriğın pazarlık konusu edildiğine ilişkin bir sözleşme hükümünün varlığı onu GİK olmaktan da çıkarmamaktadır (m. 20/3). İçeriğın bir tarafça belirlenmesi, tek başına bir kriter olmasa da, kelepçeleme sözleşmesinin varlığına da işaret edebilmektedir. Özellikle bu hususun edim-karşı denge arasındaki aşırı oransızlık, sözleşmesel ilişkide aşırı bağımlılık unsurlarının tespitinde göz önünde tutulduğunu görmekteyiz.

Sözleşme hüküm(lerin) GİK olarak değerlendirilmesindeki kıstaslardan bir diğeri ‘ileride çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanmak amacıyla hazırlanmış olmalarıdır’⁸⁷⁵. Tek taraflı belirlemenin içeriğine yönelik olduğunu düşündüğümüz bu kıstasın kelepçeleme sözleşmesinin varlığı için bir emare olacağını söyleyebiliriz. İleride benzer sözleşmelerde kullanmak amacıyla hazırlanma, sözleşmenin güçlü tarafının lehine, zayıf tarafın aleyhinedir. Bu durum somut olay bütünüyle değerlendirildiğinde, ekonomik faaliyet özgürlüğünün aşırı biçimde sınırlanması anlamına geliyorsa kelepçeleme sözleşmesi ve geçersizliği gündemde olacaktır.

Genel işlem koşullarına yönelik bir diğeri kıstas ise, bu hükümlerin, kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı tarafa sunulmasıdır, o sözleşmeye dahil eder, karşı taraf bir bütün olarak kabul eder⁸⁷⁶. Böyle bir durumda da tek taraflı belirleme, aşırı bağımlılık oluşturma gibi etkileri nedeniyle kelepçeleme sözleşmesi ve geçersizliği de tartışılabilir.

Standart bir sözleşmede genel işlem koşulunun varlığı her zaman geçersizlik sonucuna götürmez⁸⁷⁷. Geçersizlik için başka bazı unsurların gerçekleşmiş olması aranır. Bunlardan ilki, karşı tarafın kabul beyanı, kabul beyanının alanıyla ilişkilidir. Sözleşme imzalanmadan önce karşı taraf açıkça ve özel olarak bilgilendirilmeden

⁸⁷⁴Sirmen, 2015, a.g.k., s. 211; Akipek, 2015, a.g.k., s. 194; Aydoğdu, 2014, a.g.k., 54 ve 58; Oğuzman ve Öz, 2022, a.g.k., s. 168; Eren, 2021a, a.g.k., s. 228. Alman hukukunda BGB § 305 vd.’nin uygulanması için beş olumlu, bir olumsuz kıstastan bahsedilmektedir. Olumlu kıstaslar, sözleşmedeki hüküm(ler) olması, çok sayıda olay için kararlaştırılması, önceden hazırlanması, formüle edilmesi ve diğeri tarafa sunulmasıdır. Olumsuz ise şartların müzakere edilmemiş olmasıdır. Bkz. Fornaiser/MüKoBGB, 2022, a.g.k., Rn. 1, 25 vd.

⁸⁷⁵Havutçu, 2013, a.g.k., s. 82; Sirmen, 2015, a.g.k., s. 319. Bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü, şekli nitelendirmede önem taşımayacaktır (m. 20/c.2).

⁸⁷⁶Sirmen, 2015, a.g.k., s. 320-321. Türk Borçlar Kanunu GİK tanımında sözleşmenin kuruluşunda bu şartlara dayanan tarafın hazırlanmasından söz etse de, kullanan taraf bizzat kendinin veya üçüncü kişinin hazırladığı GİK’e dayanabilir. Örneğin GİK’in bir avukata, bir meslek kuruluşuna hazırlatılması da mümkündür. Bkz. İ. Serdar (2015). TBK’nin genel işlem şartları hükümlerinin kişi bakımından uygulama alanı. *İzBD*. 80(3), s. 227. Önemli olan kimin hazırladığı değil, kim tarafından karşı tarafa sunulduğudur.

⁸⁷⁷Oğuzman ve Öz, 2022, a.g.k., s. 169.

meydana getirilen GİK hükmü yazılmamış sayılacaktır (m. 21/1)⁸⁷⁸. Aksi durumda GİK'in geçersizliği değerlendirilmesinde başka bir ölçüte başvurulacaktır. Bu da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kayıtların var olup olmadığıdır (m. 21/2). Her iki ölçütte de ayrıca GİK'in karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı hususu mutlaka değerlendirilecektir⁸⁷⁹.

Kelepçeleme sözleşmesi değerlendirmesinde de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kayıtlar dikkate alınabilir. Bu tür kayıtlar, sözleşmenin zayıf tarafının durumunu ağırlaştırıcı nitelikteyse, edim karşı edim arasındaki dengenin bu taraf aleyhine kaybına yol açıyorsa bir ölçüt olarak kullanılabilir. Ancak kelepçeleme sözleşmesinde geçersizlik, TBK m. 27'e göre belirlenmektedir.

Yukarıda sayılan ölçütlere göre geçerli olabilecek bir GİK, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelik arz ederse de geçersiz sayılacaktır (m. 25). Kanununun TMK m. 2 dürüstlük kuralına atıf yaptığı ortadadır⁸⁸⁰. Ancak bu atıf sözleşme hükümlerinin belirlenmesi ve içeriğini kapsarken, hak kullanımını ve borcun ifasını kapsam dışı tutmaktadır⁸⁸¹. Karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıran hükümler, iki tarafın edimleri arasındaki dengesizliği ortaya koyabilir, dolayısıyla ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlanması suretiyle kelepçeleme sözleşmesinin varlığı ortaya konulabilir. Ancak bu noktada dürüstlük kuralına aykırı olma şeklinde özel bir şartta da ihtiyaç duyulmaz. Lakin dürüstlük kuralına aykırı bir durumun varlığı kelepçeleme sözleşmesinde de değerlendirilebilecektir. Dürüstlük kuralının temel bir hukuk ilkesi olduğu, uyuşmazlık halinde öncelikle ve bazen tek başına sözleşmenin geçersizliğine yol açabileceği akıldan çıkarılmamalıdır.

Bir sözleşmede GİK'in varlığı uyuşmazlık konusu olduğu takdirde, hâkime yürürlük, yorum ve içerik denetimi şeklinde üç ayağı bulunan yargısal denetim yetkisi

⁸⁷⁸Yazılmamış sayılma yaptırımını klasik bir geçersizlik türü değildir. Türk Hukukunda yeni bir yaptırım halidir. Öğretide de niteliği tartışılmaktadır. Bir görüş, yazılı şekle tabi bir sözleşmede yer alan bir hükmün bunun dışında bırakılması anlamı taşıdığını, düzenlemeyle kesin hükümsüzlük sonucuna varmanın amaçlandığını belirtmektedir. Ancak bu geçersizlik halinin kesin hükümsüzlükten daha ağır olduğunu, yokluk anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 170-171; Atamer, 2019, **a.g.k.**, s. 32. Bir diğer görüş yokluk ifade ettiğini ileri sürmektedir, Bkz. Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 236; Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 75. Düzenlemeyi, esnek geçersizlik yaklaşımı kapsamında kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizlik olarak ele alan görüş ise, yokluk ile kesin hükümsüzlük arasında, sui generis bir geçersizlik halinden bahsetmektedir. Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 300. Taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması anlamına gelen özgün bir yaptırım olduğu görüşü için bkz. İkiizler ve Tüzüner/Tüzüner, 2021, **a.g.k.**, s. 214.

⁸⁷⁹Aydoğdu, 2014, **a.g.k.**, s. 74.

⁸⁸⁰Aydoğdu, 2014, **a.g.k.**, s. 123; Atamer, 2012, **a.g.k.**, s. 44.

⁸⁸¹Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 172.

tanınmıştır. Yürürlük (kapsam/uygulama) denetiminde, düzenleyen tarafın karşı tarafa bu koşullar hakkında açıkça bilgi vermesi, onun öğrenmesinin sağlanması ve bu koşulları kabul etmiş olup olmadığı incelenmektedir (m. 21). Yorum denetimi, açık olmayan veya çelişkili, birden çok anlama gelen GİK'in, düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanmasını öngörmektedir (m. 23). GİK'in sözleşme içeriğine girmesinden sonra içerik denetimi iki yönlüdür: İlki m. 27'i konu alan genel içerik denetimi⁸⁸², ikincisi dürüstlük kuralına aykırılık sınırı taşıyan, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümlerin varlığının denetlendiği özel içerik denetimidir (m. 25)⁸⁸³.

Sonuç itibariyle genel hükümlere atfı yapılan haller dışında, GİK'in kendine özgü unsurları ve denetim mekanizmaları mevcuttur. Sözleşme hükmünün/hükümlerinin bir tarafça tek başına, önceden ve birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması, GİK için olmazsa olmaz koşullardır, GİK denetimi için yeterlidir. Yukarıda GİK ile kelepçeleme sözleşmesinin bazı noktalarda kesiştiğini söylemiştik. Ancak ikisini birbirinden ayıran en temel ölçüt ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme, özgürlüğünün sınırlanması hali olup, değerlendirme bu kapsamda yapılmalıdır. Hukuki işlem (sözleşme), ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçmeye veya ahlâka aykırı olacak biçimde özgürlüğün aşırı sınırlanmasına yol açıyorsa, kelepçeleme sözleşmesi vardır, TBK m. 27 gereğince geçersizliğine hükmedilmelidir. GİK'in de önce m. 27 hükmü gereğince genel içerik denetimine tabi tutulacağını, buradan geçerse m. 20-25 özel hükümlerine göre denetimden geçeceğini de belirtmeliyiz.

4.2. Aşırı Yararlanma

Aşırı yararlanma karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede edimler arasında açık bir oransızlığın bulunması, bu oransızlığın zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi

⁸⁸²Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 241; Atamer, 2011, **a.g.k.**, s. 146; Aydoğdu, 2014, **.a.g.k.**, s. 136. Öğretide diğer bir görüş ise kişilik hakkına aykırılık teşkil eden GİK içeren bir sözleşmede, GİK'e ilişkin özel hükümler nedeniyle daha farklı bir yolun izlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişilik hakkı ile GİK'in kapsamı dikkate alındığında GİK'e ilişkin düzenlemelere, kişilik hakkını koruyan TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerinden önce yer verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. B. Görgeç, (2013). Genel işlem koşullarının kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi. *MÜHF – HAD*. 19 (1), s. 435.

⁸⁸³Alman Medeni Kanunu (BGB) § 307'nin karşılığıdır ve yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Bkz. Wurmnest, W. (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 307*. (9. Auflage). Deutschland: C. H. Beck, Rn. 25.

halidir⁸⁸⁴. Bir görüş aşırı yararlanmayı irade bozukluğu olarak nitelemektedir⁸⁸⁵. Ancak bugün çoğunlukla sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir hal olarak kabul edilmektedir⁸⁸⁶. Kurumun kanunda düzenlendiği yer göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmenin (sömürülen) zayıf tarafını korumayı amaçlayan, sözleşme özgürlüğü sınırı olduğu aşikârdır⁸⁸⁷. Buna karşın aşırı yararlanmanın irade bozukluğu halleriyle (yakın) ilişki içinde olduğu da belirtilmektedir. Aşırı yararlanmanın sübjektif unsuru aynı zamanda irade bozukluğu hallerinin de gerçekleşmesine imkân vermektedir⁸⁸⁸. Gerek irade bozukluklarında gerek aşırı yararlanmada öngörülen yaptırımın aynı olmasının da iki kurum arasındaki ilişkiyi gösterdiği ifade edilmektedir⁸⁸⁹.

Aşırı yararlanmanın varlığı için aslen, objektif ve sübjektif iki unsur aranmaktadır. Objektif unsur tektir, edimler arasındaki açık oransızlıktır. Sübjektif unsur iki tanedir, zayıf tarafın içinde bulunduğu bazı haller ve karşı sözleşenin bu halden yararlanması, onu sömürmesi olarak ifade edilebilir. Objektif unsorda sözleşmenin kurulduğu anda, (asli) edimler arasında, herkesin dikkatini çekecek açık bir oransızlık bulunup bulunmadığına bakılmaktadır⁸⁹⁰. Burada belli bir sayısal bir oran aranmamakta, somut olayda hâkimin değerlendirmesine bırakılmaktadır⁸⁹¹. Hâkim edimlerin, sözleşmenin

⁸⁸⁴Aşırı yararlanma tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanmaktadır. Bir görüş, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arası açık oransızlık unsuru bulunmamasına karşın, diğer unsurların değerlendirilmesini ve aşırı yararlanmanın mümkün olabileceğini/kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, Rn. 735 ; Huguenin/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 215; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 415. Kanaatimizce aşırı yararlanmada çıkış noktası edimler arası oransızlıktır. Objektif unsur olarak da nitelenen bu koşulun aşırı yararlanmanın olmazsa olmaz unsuru olduğunu, bu nedenle de tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanmanın uygulama alanı bulamayacağını kabul ediyoruz. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 458; İnan, 1971, **a.g.k.**, s. 202; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 481-482; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 138; B. Kalkan (2004). Türk hukukunda gâbin. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 96; S. İ. Çakırca (2015). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre aşırı yararlanma kavramı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 133.

⁸⁸⁵Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 481, dn. 1'deki yazarlar.

⁸⁸⁶Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 481; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 481; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 415; Aybay, 2020, **a.g.k.**, s. 44; Kaplan, 2021, **a.g.k.**, s. 139; Çakırca, 2015, **a.g.k.**, s. 63; İkizler ve Tüzüner/Tüzüner, 2021, **a.g.k.**, s. 208; P. Gauch (1989). Die übervorteilung Bemerkungen zu Art. 21 OR. *Recht* (3), s. 93; Schwenger, 2016, **a.g.k.**, s. 266.

⁸⁸⁷Sözleşme adaletini sağlamaya yönelik olduğu görüşüyle bkz. Kalkan, 2004, **a.g.k.**, s. 3, 51-52.

⁸⁸⁸Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 481; Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 416.

⁸⁸⁹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 482.

⁸⁹⁰Antalya, 2019a, **a.g.k.**, s. 417; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 101; İnan, 1971, **a.g.k.**, s. 202; Aybay, 2020, **a.g.k.**, s. 45; Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 97; Çakırca, 2015, **a.g.k.**, s. 139. Oransızlığın açık ve aşırı olması görüşü için bkz. Kaplan, 2021, **a.g.k.**, s. 140.

⁸⁹¹Yargıtay'ın yeknesak uygulamasında sayısal oran vermektedir. Bu oranların yasal herhangi bir dayanağı yoktur. Bu kararlarda edimler arası %25 ila %50 seviyesinde bir fark olması halinde açık oransızlığın sağlandığının kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay uygulamasını ortaya koyan bir karar için bkz. Yargıtay 1.HD, 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (<https://www.sinerjias.com.tr/>).

kurulduğu andaki edimlerin objektif değerini ve edimler arası oransızlığı tespit edecektir⁸⁹².

Hükmün lafzıyla zor durumda kalma, düşüncesizlik, deneyimsizlik subjektif unsurların ilkidir⁸⁹³. Bu hallerin bir tarafın karar verme özgürlüğünü zedeleyen subjektif durumlar olduğu ifade edilmektedir⁸⁹⁴. Diğer iki halde bu durum kabul edilse bile, düşüncesizlikte aksine düşünme eyleminden soyutlanmışlık vardır. Düşüncesiz kişinin karar vermesinden ziyade kaygısızlığı, gelişi güzel hareket etmesi ön plandadır⁸⁹⁵. Bu nedenle düşüncesizliğin aşırı yararlanma hali ile pek bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

İkinci subjektif unsur, aşırı yararlanma (sömürme) kastı, zayıf tarafın durumunu bilerek bundan yararlanmaktır. Sömüren tarafın edimler arası oransızlığı bilmesi, bundan yararlanmak istemesi gerektiği, bu nedenle (aşırı yararlanma/sömürme) kastının aranacağı çoğunlukla kabul edilmektedir⁸⁹⁶.

Diğer sözleşme özgürlüğü sınırlarından farklı olarak aşırı yararlanmanın yaptırımı kesin hükümsüzlük değil, sözleşmenin iptalidir⁸⁹⁷. Mülga düzenlemeden farklı olarak

⁸⁹²Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 459; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 139; Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 487; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 482; Çakırca, 2015, **a.g.k.**, s. 135; Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 148; Kramer/BernK, 1991, **a.g.k.**, s. 184; Huguenin/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 215.

⁸⁹³Kanunda sayılan bu hallerin sayıca sınırlı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınır olması nedeniyle aşırı yararlanmanın istisnai bir kurum olduğu, hükümde sayılan hallerle sınırlı olması gerektiği yönündedir. Hükmün içeriğinde yer almayan haller için irade bozukluğu ve TBK m. 27'e başvurulabileceği de belirtilmektedir. Bkz. Kalkan, 2004, **a.g.k.**, s. 135. Sınırlı sayıda olmadığını savunan görüş ise, hükümdükilerin örnek niteliğinde olduğunu, benzer hallerde de uygulama bulması gerektiğini dile getirmektedirler. Bkz. Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 491; Çakırca, 2015, **a.g.k.**, s. 166.

⁸⁹⁴Huguenin/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 216; Çakırca, 2015, **a.g.k.**, s. 149.

⁸⁹⁵Düşüncesizlik yerine düşünemezlik ifadesinin kullanımı önerisi için bkz. Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 101.

⁸⁹⁶Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 492-493; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 140; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 486; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 421; Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 97; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 295; Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, s. 149; Gauch, 1989, **a.g.k.**, s. 98;

⁸⁹⁷Hükümde sözleşmeyle bağlı olmama (mülga hükümde fesih) ifadesine verilen anlam öğretide tartışma konusu olmuştur. Sözleşmeye bağlı olmama ifadesine irade bozukluğu hallerinde olduğu gibi düzelebilir geçersizlik anlamı yükleyen görüş, tarafların sözleşme ile baştan itibaren bağlı olmadığını, süresi içinde iptal hakkı kullanılmazsa, sözleşmenin başından itibaren geçerli hale geleceğini kabul etmektedir. Bkz. Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, s. 111. Fesih ifadesi nedeniyle mülga kanun zamanında aynı görüşte olan Kocayusufoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 495. Çoğunluk, sözleşmenin baştan itibaren geçerli olduğunu, süresinde kullanılan iptal hakkı ile geçersiz kılınacağını savunan bozulabilir geçerlilik görüşünü benimsemektedir. Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 142; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 487; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 422; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 103. Kılıçoğlu, aşırı yararlanma halinde sözleşmenin geçersiz olduğunu, bu geçersizliğin de hükümsüzlük yaptırımı şeklinde olduğu belirtmektedir. Bkz. 2021, **a.g.k.**, s. 296-297. Kanaatimizce sözleşmeyle bağlı olmama ifadesi iptal hakkı başlığıyla ilgilidir/öyle olması gerekir. Sömürülen tarafa tanınan seçim hakkının içeriği iki yönlüdür. Biri başından itibaren geçerli olan sözleşmeyi geçersiz kılabilme, diğeri edimler arası oransızlığın giderilmesi seçeneğiyle sözleşmeyi ayakta tutabilmektir. Her iki seçenekte de tek söz sahibi sömürülen taraftır. Bu da Alman hukukun aksine Türk

TBK'ye edimler arası açık oransızlığın giderilmesi olarak ifade edilen, *kismî iptal* olarak nitelendirilen ikinci bir yaptırım da eklenmiştir⁸⁹⁸. Sömürülen tarafa tanınan, ilkinde bozucu, ikincisinde değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindeki *seçim* hakkının içeriğini oluşturan yaptırımlardır bunlar⁸⁹⁹. Hakkın kullanımı için öngörülen süreler bir ve beş yıldır. Bir yıllık süre düşüncesizlik ve deneyimsizliğin öğrenildiği, zor durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Sömürülen taraf nihayetinde tam/kısmi iptal hakkını sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıl içinde kullanabilecektir.

Kelepçeleme sözleşmesi aşırı yararlanmada da kabul ettiğimiz gibi bir sözleşme özgürlüğü sınırır. Sözleşme özgürlüğü başlığında, bir tarafta zayıf tarafın ekonomik sömürülmesine yönelik aşırı yararlanma⁹⁰⁰, diğer tarafta zayıf tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğün sınırlandırılmasına yönelik kelepçeleme sözleşmesi bulunmaktadır. Kelepçeleme sözleşmesinin aşırı yararlanmadan bariz ilk farkı, TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmasıdır. Kesin hükümsüzlük yerine somut olayın şartları dâhilinde farklı yaptırım türlerinin uygulanması da mümkündür. Somut olayda, aşırı yararlanmada hak düşürücü süreye, yöneltilmesi gereken irade beyanına bağlı iptal yaptırımı söz konusudur. Kelepçeleme sözleşmesinde *aslolan* kesin hükümsüzlük yaptırımıdır. İki yaptırımın kıyasında, iptalin daha az elverişli olduğu ortadadır. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesinin varlığına hükmetmenin sözleşmenin zayıf tarafının daha lehine olduğu açıktır. Ancak sömürülen tarafın iptal yerine edimler arası açık oransızlığın giderilmesini isteyerek sözleşmeyi ayakta tutmak istemesi de onun lehine durum yaratabilecektir. Oysa kelepçeleme sözleşmesinde kesin hükümsüzlük yaptırımı buna olanak tanımamaktadır.

Her iki hukuksal sorunun ortak noktası ise edimler arası (açık) oransızlık olarak ifade edilen unsurdur. Oransızlığın her iki kurumda da sözleşme kurulduğu anda mevcut olması gerekmektedir. Açık oransızlık aşırı yararlanmada objektif, olmazsa olmaz unsurdur, ancak sübjektif unsurlarla tamamlanır. Öte yandan hukuki işlemin (sözleşmenin) kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilmesini sağlayacak unsurlardan biridir, asli unsur da değildir. Başka deyişle kelepçeleme sözleşmesinde ancak diğer

Hukukunda aşırı yararlanmada kesin hükümsüzlük yaptırımının kabul edilemeyeceğini göstermektedir. Hukuken aynı seviyede iki seçenekten birisinin uyarılma talebi olması, her durumda işlemin geçerliliği kabulüne götürür.

⁸⁹⁸Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 488; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 422.

⁸⁹⁹Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 422.

⁹⁰⁰Gauch, 1989, **a.g.k.**, s. 93.

unsurlarla birlikte dikkate alınmaktadır. Kanunun lafzıyla da aşırı yararlanmada edimler arası oransızlık (dengesizlik) *açık* olmalıdır. Herkes tarafından görülebilecek, fark edilebilecek açıklıktır⁹⁰¹. Sayısal bir oran yoktur, olmamalıdır da. Somut olaya göre hâkim takdir edecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, kelepçeleme sözleşmesinde oransızlık ölçütü bir nebze farklılık arz etmektedir, ölçütün *aşırı* olduğu kabul edilmektedir⁹⁰². Kanaatimizce ayrıca olağanüstü ölçütünü de buraya eklemeliyiz. *Aşırı* anlam itibarıyla açıktan çok daha fazlasıdır, onun ötesindedir, gereğinden fazladır, çokcadır. Olağanüstü ise alışılmıştan, benzerlerinden daha farklıdır, fevkalade niteliktedir.

Açık veya aşırı oransızlık değerlendirilmesinde bize yol gösterecek hüküm BGB § 138 ve bu kapsamda ortaya atılan görüşlerdir. Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmesi BGB § 138'de ahlâka aykırılık üst başlığı altında değerlendirilirken (f.1), aşırı yararlanma aynı hükmün ikinci fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır. Bu noktada edimler arası açık/aşırı oransızlığın başlı başına ahlaka aykırılık oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Edimler arası dengesizlik (oransızlık) unsuruyla kelepçeleme sözleşmesini de burada değerlendirmemiz mümkündür, çünkü hükmün kapsamındadır, ahlâka aykırıdır.

Açık oransızlık halinde ahlâka aykırılık bulunduğu kabulünün aşırı yararlanma uygulamasını boşa çıkarabileceği kabul edilmektedir⁹⁰³. O nedenle oransızlığın değerlendirilmesinde, aşırı yararlanmada öngörülen oransızlığın daha da aşılması gerektiği belirtilmektedir⁹⁰⁴. Eğer aşırı ölçüde bir oransızlık/dengesizlik mevcut değilse

⁹⁰¹Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 485; Kalkan, 2004, **a.g.k.**, s. 121.

⁹⁰²Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 144. Bkz. II. Bölüm 3.1.5.2. Alman Federal Mahkemesi 28.11.1975 tarihli I ZR 127/73 sayılı kararının BGH'de temyizinde edimler arası '*dikkat çekici bir oransızlığın*' varlığının sübjektif koşullar da varsa BGB § 138/2 kapsamında ilgili hukuki işlemde aşırı yararlanmaya neden olacağı belirtmiştir. Devamında, bu tarz bir oransızlığın kelepçeleme sözleşmesinde de değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce *dikkat çekici oransızlık* ifadesi aşırı anlamına geldiği kabul ediliyorsa kelepçeleme sözleşmesinin var olduğu kabul edilmelidir. Alman hukukunda her iki hukuki sorununun yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Dolayısıyla edimler arası açık/aşırı oransızlık değerlendirmesine yüklenecek anlamların pek de önemi bulunmayacaktır. Buna karşın, aşırı yararlanmada açık oransızlıkla birlikte sübjektif koşullara ihtiyaç duyulacak, kelepçeleme sözleşmesinde hukuki işlemin (konu, süre, aşırı bağlılık vb. unsurlarıyla) bütün olarak değerlendirilmesi sağlıklı bir karara varılmasını sağlayacaktır. (İlgili kararın edimler arası oransızlık yönüyle de incelenmesi için bkz. Yılmaz ve Dönmez, 2019, **a.g.k.**, s. 2901-2902)

⁹⁰³Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 155; Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 95-96.

⁹⁰⁴Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 144 vd; Atamer, 2001, **a.g.k.**, s. 155; Sungurbey ve Kaneti, 1976, **a.g.k.**, s. 47 vd; Sungurbey, 1994, **a.g.k.**, s. 59; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, s. 501; Hatemi, 1976, **a.g.k.**, s. 243; Gauch, Schlupe, Schmid und Rey, 2003, **a.g.k.**, 129; Gauch, 1989, **a.g.k.**, s. 91 ve 99; Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 96; Bucher, 1988, **a.g.k.**, s. 232. Kelepçeleme sözleşmesinde edimler arası oransızlığın aşırı yararlanmadan farklı değerlendirildiği kararlar için bkz. BGE 51 II 162 (<https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=>); BGE 115 II 232 (www.bger.ch).

(güçlü tarafın tekel olması, konumunu kötüye kullanması gibi) ek unsurların göz önünde tutulması, bu doğrultuda karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰⁵. Keza kelepçeleme sözleşmesinde de edimler arası oransızlık aşırı/olağanüstü değilse, süre, içerik, bağımlılık gibi unsurlara bakılarak hükme varılmaktadır.

Kelepçeleme sözleşmesinde edimler arası oransızlık değerlendirmesinde dikkat edilmesi gereken önemli nokta, aşırı oransızlığın (beraberinde diğer unsurlarla) zayıf tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlandırıp sınırlandırmadığıdır. Bu sayede iki hukuksal sorun arasında sınırı çizmek mümkün olabilecektir. Ayrıca kelepçeleme sözleşmesinde aşırı yararlanmadaki sübjektif unsurlar göz önünde tutulmaksızın, kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmış olup olmadığına bakılmaktadır⁹⁰⁶.

Son olarak aşırı yararlanma ile ahlâka aykırılık arasında güçlü bir bağ bulunduğundan, hatta ahlâka aykırılığın önemli bir türü olduğundan yola çıkılarak, aşırı yararlanmanın TBK m. 27 hükmü gereği yaptırıma tabi tutulup tutulmayacağı da mercek altına alınmalıdır. Öğretide m. 28 ile m. 27 arasında özel-genel hüküm ilişkisi olduğunu kabul edip, aşırı yararlanmanın şartları varsa m. 28'in, şartlar oluşmadığında ise mutlaka m.27'i uygulanması gerektiği sonucu çıkarılamayacağını ileri sürmektedir⁹⁰⁷. Kanaatimizce aşırı yararlanmanın objektif veya sübjektif şartları oluşmadığında, kurumun özünü oluşturan ahlâka aykırılık nedeniyle m. 27'nin çatısı altına girebilme ihtimali her zaman vardır, olmalıdır da. Bunu da somut olay adaleti çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme mümkün kılacaktır. Ayrıca sömürülen tarafın aşırı yararlanmadaki bir ve beş yıllık hak düşürücü süreleri kaçırdığı bir olasılıkta, süresiz kesin hükümsüzlük yaptırımı ile hiç bağlanmamışlık koruması (sözleşme bağından kurtulabilme olasılığı) varken, ona böyle bir imkânı tanımamak hakkaniyete aykırıdır.

4.3. İfa Gücsüzlüğü

Her tür borç ilişkisinde tarafların nihai amacı/ arzusu borcun gereği gibi ifa ile sona ermesidir. İfanın talep edebilmesi için sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanının gelmesi, diğer bir ifadeyle borcun muaccel olması gerekir. Borç muaccel olmadan önce borçlunun

⁹⁰⁵Kramer/BernerK, 1991, **a.g.k.**, s. 96; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.k.**, s. 500.

⁹⁰⁶Ünal, 2017, **a.g.k.**, s. 143-144.

⁹⁰⁷Ateş, 2007a, **a.g.k.**, s. 172-173.

içinde bulunduğu hal ve/veya davranışları dolayısıyla ifa güçleşebilir. TBK m. 98’de genel çerçevesi çizilen, özel hükümlerde de bazı sözleşmeler için kabul edilen ifa güçsüzlüğünde de bu durum görülür⁹⁰⁸. Genel hükümlerle (m. 98), karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin hakkında yapılan haciz işlemlerinin sonuçsuz kalması, iflası vb. ekonomik sebeplerle borcun ifası muacceliyet tarihinde gerçekleşmezse, hakkı tehlikeye düşen tarafa ne gibi hukuki imkânların tanınacağı ortaya konmaktadır⁹⁰⁹. Kademeli hak şeklindeki bu imkânlar, ifa güçsüzlüğü halinde alacağını elde edememe riskiyle karşı karşıya kalan tarafın muacceliyet tarihini beklemeden *kendi edimini ifasından kaçınması* ve uygun bir süre içinde güvence verilmezse *sözleşmeden dönmesi* şeklindedir.

İfa güçsüzlüğü, aslında borçlunun kişisel, nesnel özellikleriyle edimini yerine getirmede yaşadığı zorlukları, güçlükleri ifade eden geniş bir kavramdır⁹¹⁰. Borçlunun geçirdiği ağır bir hastalık, yakınının ölümü gibi nedenler de ifanın gerçekleştirilmesini güçleştirebilir. Borçlunun borcunu ifa etmesinin artık mümkün olmadığı subjektif imkânsızlıktan farklı olarak, burada borcun borçlu tarafından ifası hala mümkündür⁹¹¹. TBK m. 98’den de anlaşılacağı üzere ifa güçsüzlüğü borçlunun ekonomik durumunun bozulması sebebiyle vadede ifayı gerçekleştirmediği durumlarla *sınırlı* bir uygulama alanına sahiptir⁹¹². Kavramı ‘borcun ifasında ekonomik güçsüzlük’ olarak ele alan kanun,

⁹⁰⁸Kira sözleşmesinde kiracının iflası halinde işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesi, uygun süre içinde güvence verilmezse kiraya verenin sözleşmeyi feshedebileceği yönündeki hüküm, ifa güçsüzlüğüne ilişkin özel düzenleme örneğidir (TBK m. 332). Bkz. F. Aral ve H. Ayrancı (2021). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 14. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 335; Eren, 2021b, **a.g.k.**, s. 397 ; Yavuz, Acar ve Özen, 2021, **a.g.k.**, s. 296.

⁹⁰⁹P. Çavdar (2021). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa güçsüzlüğü ve hukuki sonuçları (TBK md. 98). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 36. Hükümün lafzı ifa güçsüzlüğünün ekonomik sebeplere hasredildiğini ortaya koymaktadır. Diğer sebeplerle ortaya çıkan ifa güçsüzlüğü halleri hükmün kapsamında değerlendirilmesi görüşü için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 836; S. Albayrak (2018). *İfa güçsüzlüğü (TBK m. 98)*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 10-11.

⁹¹⁰Çavdar, 2021, **a.g.k.**, s. 36.

⁹¹¹Öğretide bazı yazarların ifa güçsüzlüğünü subjektif imkânsızlık olarak değerlendirdiğini de görmekteyiz. Bu durum TBK m. 138’deki aşırı ifa güçlüğü kurumunun işlerliğini sekteye uğratacağı için, subjektif imkânsızlık hallerinin daha dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Çavdar, 2021, **a.g.k.**, s. 36.

⁹¹²İfa güçlüğüne ilişkin düzenlemenin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 83’tür. Türk ve İsviçre hukukundaki düzenlemelerin başlık dışında birebir aynı içerikte ifadelerin olduğu görülmektedir. İsviçre hukuku için bkz. U. Leu (2015). *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art 1-529 OR*. (6. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 533. Alman hukukunda ise ifa güçsüzlüğü oluşturan haller (haciz işleminin sonuçsuz kalması ve iflas halleri gibi) örnek olarak sayılmamıştır. 2001 yılındaki Borçlar Hukuku Reformu sonrasında son halini alan BGB § 321’de hüküm şöyledir: ‘Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme uyarınca önceden ifayla yükümlü taraf, sözleşmenin kurulmasından sonra diğer tarafın borcunu ifa edememesi

iflas ve haciz işleminden sonuç alamama gibi borçlunun malvarlığının alacağı ifaya elverişsiz olduğu ekonomik durumlara hasretmektedir⁹¹³. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz diğer durumları bu hüküm kapsamında değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Bu hallerde ise şartlar tam olarak oluşmuşsa, aşırı ifa güçlüğünden (m. 138) yararlanılabilecektir⁹¹⁴.

İfa güçsüzlüğü, süreklilik oluşturacak şekilde borçlunun muaccel borçlarını yerine getirebilecek ekonomik güce sahip olmaması olarak da tanımlanmaktadır⁹¹⁵. Tanımla süreklilik unsuru da vurgulanmakta, kısa süreli, geçici olarak ifa güçsüzlüğüne düşme halleri hükmün koruma kapsamına alınmamaktadır.

İfa güçsüzlüğünün şartları karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olması, sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun borcunu ifada güçsüz düşmesi, ifadaki güçsüzlük nedeniyle alacaklının alacağını elde etmesinin fiilen tehlikeye düşmüş olması şeklindedir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, karşı edimin ifasının uygun bir süre içinde güvenceye bağlanmasını isteyebilir, güvence bağlanıncaya kadar da kendi ediminin ifasından kaçınma hakkına sahiptir. Alacaklı, ifadan kaçınma hakkını kullandığında, temerrüde düşmekten ve sonuçlarından da kurtulacaktır⁹¹⁶. Ödemezlik def'inde olduğu gibi bu da geciktirici bir (güvenlik/aciz) def'idir⁹¹⁷. Ödemezlik def'iden farkı, aciz def'ine tek taraf başvurabilmektedir. Aciz def'inde karşı edimini bir an önce yerine getirmesi için alacaklıya baskıda bulunma amacı da yoktur⁹¹⁸.

nedeniyle alacağının tehlikeye düştüğü anlaşılırsa, ifadan kaçınabilir'. Değişiklikten önceki hükmün lafzı, bir tarafın sadece mali durumunun göz önünde tutulması dolayısıyla eleştirilmiş, son haliyle daha geniş bir kapsama yer verildiği kabul edilmiştir. Bkz. V. Emmerich (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 321.* (9. Auflage). Deutschland: C. H. Beck, Rn. 1; Stadler/JauringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn 1 vd.

⁹¹³Hükümde sayılan sebepler sınırlayıcı değildir. Taraflardan birinin muaccel borçlarını ifa etmek için yeterli para veya ekonomik araçlardan yoksun olması, mali veya kişisel kredi durumunda meydana gelen olumsuz değişikliklerin ifa güçsüzlüğü oluşturacağı kabul edilmektedir. Borçlu aleyhine geçici aciz vesikası düzenlenmesi, borçlunun ödemelerini durdurması, tatil etmesi, aşırı borçlanma, indirim veya erteleme talep etmesi, muaccel borçlarını sürekli olarak ifa edememesi; borçlu hakkında iflas erteleme kararı verilmesi, çek, poliçe ve emre yazılı senetler için protesto çekilmesi vb haller de kapsama dahil edilmektedir. Bkz. Çavdar, 2019, **a.g.k.**, s. 152 ve 156; Albayrak, 2018, **a.g.k.**, s. 42.

⁹¹⁴Çavdar, 2019, **a.g.k.**, s. 37.

⁹¹⁵Çavdar, 2019, **a.g.k.**, s.

⁹¹⁶Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 209.

⁹¹⁷Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 836; Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 99. Geçici def'i olduğu fikri için bkz. Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 302.

⁹¹⁸Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s.99.

Zayıfın himayesi (yede) hükmü olarak ifa güçsüzlüğüyle önceden ifayla yükümlü olan taraf korunmaktadır^{919, 920}. Koruma için, ifa güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşmesi, aciz def'inin kullanılma anında var olması gerekir⁹²¹. Başka ifadeyle, ifa güçsüzlüğü ve buna bağlanan hukuki sonuçların uygulama alanı bulabilmesi için geçerli bir şekilde doğmuş karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin mevcudiyeti şarttır. Sözleşmenin kurulmasından önceki ifa güçsüzlüğü hallerine m. 98'i uygulamak mümkün görünmemektedir⁹²².

İfa güçsüzlüğü (m. 98) genel hüküm çerçevesinde kural olarak sözleşmenin kurulmasından sonraki ifa aşamasını konu edinmektedir. Geçerli bir şekilde doğmuş, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun ekonomik güçsüzlüğünün alacaklı

⁹¹⁹Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 99; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 208.

⁹²⁰Kurumun niteliği öğretide tartışmalıdır. Hükmü *clausula rebus sic stantibus* ilkesine dayandıran görüş, işlem temelinin çökmesinde olduğu gibi burada da baştan hesaba katılmayıp sonradan beklenmedik biçimde gerçekleşen olayların işleme etkisi bulunduğunu kabul etmektedir. Bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 99; Emmerich/MüKoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn. 2; Stadler/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 1. Diğer bir görüş ise, sözleşmenin temelinde/şartlarında bir değişiklikten ziyade, borçlunun kişisel kredi durumunda bir değişiklik meydana geldiğini, işlem temelinin çökmesi teorisine benzemesine karşın ondan bağımsız bir kurum olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Seliçi, 1977, **a.g.k.**, s. 195; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1129; Leu/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 553. Son görüş ise, ifa güçsüzlüğünün tamamen kendine özgü, bağımsız bir hukuki kurum olduğu şeklindedir. Bkz. Çavdar, 2019, **a.g.k.**, s. 49; Antalya, 2019c, **a.g.k.**, s. 114.

⁹²¹Ödünç sözleşmesinde genel hükümden farklı olarak sözleşmenin kurulmasından önce var olan ödeme güçsüzlüğünün de dikkate alındığını görmekteyiz (TBK m. 390). Hükme göre ödünç alanın, sözleşmenin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde ödünç veren teslimden kaçınabilecektir. Ayrıca ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenen ödünç veren de teslimden (ifadan) kaçınma hakkına sahiptir. Bkz. Eren, 2021b, **a.g.k.**, s. ; Yavuz, Acar ve Özen, 2021, **a.g.k.**, s. 407; F. Aral ve H. Ayrancı (2021). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 14. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 365.

⁹²²Açık hükme karşın öğretide bu husus tartışmalıdır. Özellikle sözleşme kurulmadan önceki ifa güçsüzlüğünde, bu durumu bilmeden sözleşme yapan tarafın, sözleşme kurulduktan sonra bu durumu öğrenmesi halinde, m. 98'e başvurup başvuramayacağına yanıt aranmaktadır. Borçlunun sözleşme kurulduktan sonra ifa güçsüzlüğüne düşmesi ve aciz def'inin ileri sürüldüğü anda ifa güçsüzlüğünün mevcut olması gerektiğini kabul eden görüş, ödeme güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmasını hükmün kapsamı dışına itmektedir. Ancak görüş taraftarları bu halde irade bozukluğu hallerine (temel yanılması, nitelikte yanılma, aldatma hükümlerine) dayanarak sözleşmenin iptalinin ve culpa in contrahendo kapsamında borçlunun sorumlu tutulabilmesinin mümkün olduğunu da kabul etmektedir. Bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 99; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 1131; Oğuzman ve Öz, 2022, **a.g.k.**, s. 364; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 116; Leu/BaslerK, 2015, **a.g.k.**, s. 553; Albayrak, 2018, **a.g.k.**, s. 61. Diğer bir görüş ifa güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olduğu hallerde de m.98'in uygulanmasına bir engel olmadığını belirtmektedir. Bunun için de ifa güçsüzlüğünün başlangıçta mevcut olduğunu sonradan öğrenmek, sözleşmenin kurulması esnasında bu durumu bilmemek gereklidir. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 835; Çavdar, 2019, **a.g.k.**, s. 203. Bu görüş, ödünç sözleşmesindeki ifa güçsüzlüğünü düzenleyen m. 390 *özel* hükmüyle de uyumludur. Türk ve İsviçre hukukunda sözleşmenin kurulmasından önceki ifa güçsüzlükleri ilgili (genel) hükümlerin lafzıyla kapsam dışında tutulmuştur. Alman hukukunda da hüküm açıktır. BGB § 321 sözleşmenin kurulmasından sonraki ifa güçsüzlüklerini konu etmektedir. Ancak ifa güçsüzlüğünün sözleşme kurulmadan önce meydana geldiği, ancak bu durumun sözleşme kurulduktan sonra anlaşıldığı hallerin § 321'in uygulama alanına dahil edileceği de kabul edilmektedir. Bkz. Emmerich/MüKoBGB, **a.g.k.**, Rn. 3; Stadler/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn.1.

cephesine yansımaları ve onun korunmasını amaçlayan bir düzenlemedir. Kelepçeleme sözleşmesi sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan bir hükümsüzlük sorunudur. Aynı zaman dilimlerinde meydana gelen iki farklı hukuksal soruna işaret edilmektedir. Tek ortak nokta, zayıf korumaya yönelik genel hükümlerin çatısı altında korumanın sağlanmakta olduğudur. Öte yandan ifa güçsüzlüğü hükmü yedek niteliktedir, aksi kararlaştırılabilmektedir. Kelepçeleme sözleşmesi ve sonuçları ise emredici hükümlere göre değerlendirilmektedir.

4.4. Aşırı İfa Güçlüğü

İrade özgürlüğü ilkesinin sözleşmeler hukukundaki bir yansıması da verilen söze sadık kalınmasını ifade eden pacta sunt servanda/sözleşmeye bağlılıktır⁹²³. Buna göre şartların zorlaşması/değişmesi sözleşmeye etki etmeyecek, taraflar kararlaştırdıklarına uygun hareket edeceklerdir. Lâkin somut olayda sözleşmeye bağlılığın adaletsiz sonuçlara yol açması nedeniyle sözleşmenin, kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliklere uyarlanması yoluna gidilmesi kabul edilmektedir⁹²⁴. Önceleri ‘clausula rebus sic stantibus ilkesi’ adı altında dogmatik temelini bulan uyarılma imkânı, sonrasında Alman hukukunda ortaya atılan ve objektif temellere dayandırılan ‘işlem temelini bozulması/çökmesi’ kuramına dayandırılarak tamamlanmıştır⁹²⁵. Türk

⁹²³Baysal, B. (2020). *Sözleşmenin uyarlanması- BK m. 138 Aşırı ifa güçlüğü*. (Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 4. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 10.

⁹²⁴Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 16.

⁹²⁵Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 1005; D. W. Belling ve H. Belen (2006). Alman Medeni Kanununun ifa engellerine ilişkin yeni düzenlemesi ve Türk Hukuku düzenlemesiyle karşılaştırılması. *Legal Hukuk Dergisi*. 4 (46), s. 3027. Alman hukukunda 20. yüzyılın başlarında kullanılmaya başlanan kavram, önce Alman Medeni Kanunu (BGB) § 242 dürüstlük kuralı çatısı altında ele alınmış, sonrasında 2002 tarihli Borçlar Hukuku Reformu ile yürürlüğe giren BGB § 313 ile açık bir pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. T. Finkenauer (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 313*. (9. Auflage). Deutschland: C. H. Beck, Rn 1; A. Stadler. (2021). *Jauering BGB-Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. (18. Auflage). München: Beck Verlag, Rn 1-2. ; Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 48 vd. Alman hukukunda (BGB § 313) işlem temelini bozulması (Störung der Geschäftsgrundlage) üst başlığı altında iki alt başlık yer almaktadır. Biri başlangıçtaki temel bozuklukları (Fehlen der Geschäftsgrundlage), diğeri sonraki temel çökmesi (Wegfall der Geschäftsgrundlage) halidir. Bkz. Finkenauer/MüKoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn 19; Stadler/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn 3-4. Türk Borçlar Kanunu aşırı ifa güçlüğü başlığı altında sonradan bozulan temeli göz önünde tutmuş, başlangıçtaki duruma sessiz kalmıştır. Hükümle, sonradan ortaya çıkan öngörülemez değişiklikler sonucu ifanın güçleştiği, var olan temel çöktüğü hallere çözüm sunulmaktadır. Bu nedenle m. 138’in başlığının işlem temelini çökmesi şeklinde olması doğru olurdu. Bkz. Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 360, dn. 567.

İsviçre hukukunda aşırı ifa güçlüğüne ve uyarlamaya yönelik genel bir düzenleme yoktur. Sadece bazı sözleşme tiplerine ilişkin düzenlemelerde bu konular ele alınmaktadır. Öğretideki baskın görüş bunları

Hukukunda da “aşırı ifa güçlüğü” başlığı altında ele alınarak, TBK m. 138 ile yasal bir zemine oturtulmuştur⁹²⁶, ⁹²⁷. Hüküm genel niteliktedir. Kanunda (mülga BK’de de olduğu gibi) bazı sözleşme türlerinde, ortaya çıkan yeni durumun bir taraf için ilişkiye devamı katlanamaz hale getirdiğinin kabul ettiği özel hükümler de mevcuttur⁹²⁸. Bu hükümler aşırı ifa güçlüğünden açıkça bahsetmemekle birlikte, ilgili sözleşmelerde öncelikle uygulanacak hükümlerdir.

sözleşme boşluğunun doldurulması olarak değerlendirmekte, mahkeme kararlarına ise dürüstlük kuralının uygulanma biçimi olarak yansımaktadır. İsviçre hukukunda işlem temelinin bozulması/çökmesi teorisi ise çoğunluk tarafından reddedilmektedir. Bkz. Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 87 vd

⁹²⁶Güncel hükme esas alınan TBK m. 137’nin gerekçesinde de bu yeni düzenlemenin öğretisi ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen “işlem temelinin çökmesi”ne ilişkin olduğu vurgulanmıştır (Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

⁹²⁷İşlem temelinin bozulması/çökmesi sadece aşırı ifa güçlüğünden ibaret değildir. Ancak bu düzenlenmeyle diğer hallerin kapsama dahil edilmesinden bilinçli kaçınılmış, bu gibi durumlarda çözümün ne olacağı da uygulamaya bırakılmıştır. Hükümün lafzını dar tutmadan, amacının işlem temelinin bozulması/çökmesi hallerinin tamamına yönelik olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca burada örtülü bir boşluk vardır, boşluk da amaca uygun genişletme yoluyla doldurulmalıdır. Böylece edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hallerini de kapsayacaktır. Bunun hükmün amacına uygun bir çözüm olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 87; Çavdar, 2021, **a.g.k.**, s. 67. Aşırı ifa güçlüğü dışında işlem temelinin çöktüğü diğer hallerde sorunun TMK m. 1/1 ve 2 hükümlerine dayanarak içtihat yoluyla çözümlenmesi gerektiği görüşü için bkz. C. Baygın (2010). Türk Borçlar Kanunu’nun borç ilişkilerinin hükümleri, borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi konularında getirdiği bazı yenilik ve değişiklikler. *EÜHFD*. XIV (3–4), s. 143.

Kanun sistematığına bakıldığında hüküm, sona erme ve imkânsızlık başlıkları altında düzenlenmiş olsa da, hükümle uyarılma imkânıyla sözleşmenin ayakta tutulmasının amaçlandığı, uyarılmanın mümkün olmadığı hallerde de borçluya dönme/ fesih hakkı tanınarak ilişkiye son verilmek istendiği görülmektedir. Dolayısıyla hükümün düzenlenmesi gereken yer, borçların ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin ayırım olmalıydı. Baygın, 2010, **a.g.k.**, s. 142. Hâkimin, kanunu uygularken sistematığı de dikkate alacağı gerçeğini unutmadan, aşırı ifa güçlüğü, borçlunun temerrüdünden sonra m. 127’de yer almalıydı. Bkz. Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 358.

⁹²⁸Eser sözleşmesinde taraflarca belirlenen götürü bedelle eserin yapımına engel olma veya son derece güçleşmesi durumu da aşırı ifa güçlüğü örneklerinden biridir (m. 480/2).

Öğretide çoğunluk, işlem temelinin çökmesi kuramının temelini dürüstlük kuralına dayandırmaktadır⁹²⁹. Kuramın uygulama alanının da geniş tutulduğu görülmektedir⁹³⁰. Sadece taraflar arasında bozulan ekonomik denge değil, sözleşmeyle izlenen amacın sarsıldığı haller de bu noktada dikkate alınmaktadır⁹³¹.

İşlem temeli olgusunun ‘sözleşmenin kurulması esnasında ortaya çıkan, sözleşmenin asıl içeriğine dahil olmayıp, işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin ortak tasavvurlara, bu tasavvurların sonradan gerçeğe uygun olmamasına’ dayandırıldığı ifade edilmektedir⁹³². İşlem temelinin *çökmüş* sayılması için ise genellikle üç şart aranmaktadır. Bunlar işlem temelinin oluşturan durumlarda sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklik, değişikliğin öngörülemez olması ve bunun sonucu ifanın *taraflardan* beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olmasıdır⁹³³.

İşlem temelinin çökmesine dayandırılan aşırı ifa güçlüğü (m. 138) şartları kurama göre bazı farklılıklar içermektedir. Bunlardan ilki sözleşmenin kurulduğu sırada taraflarca öngörülemeyen veya *öngörülmesi beklenemeyen olağanüstü bir durum* ortaya

⁹²⁹Dural, 2006, **a.g.k.**, s. 60; Akyol, 2006, **a.g.k.**, s. 83; Eren, 2021a, **a.g.k.**, s. 558; Serozan, Baysal ve Sanlı, 2022, **a.g.k.**, s. 370; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 886. Burada sözleşme boşluğu olmadığından, sözleşmenin tamamlanması değil, değiştirilmesi söz konusudur diyerek kurumu hakkın kötüye kullanılmasına dayandıran Gürsoy, K. (1950). *Hususi hukukta clausula rebus sic stantibus (Emprevizyon nazariyesi)*. Ankara: AÜHF Yayını, s. 36.

Alman hukukunda da baskın görüş temelde dürüstlük kuralının bulunduğu şeklindedir. Bunun önemli bir gerekçesi de, işlem temelinin çökmesi kuramının BGB § 313 yürürlüğe girmeden önce dürüstlük kuralına ilişkin § 242 genel hükmün çatısı altında değerlendirilmesi olmuştur. Bkz. Stadler/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 2; C. R. Eleanor (2005). Emprevizyon, hardship ve işlem temelinin çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız hukuki ilişkilerinde sözleşmelerin uyarlanmasına giden yollar (Çev: Başak Baysal) İÜHF. 63(1-2), s. 321; Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 44-45. Türk hukukunda madde metninde de dürüstlük kuralı vurgusu mevcuttur. Öyle ki, Alman hukukunda işlem temelinde değişikliğin ağır, ciddi (schwerwiegend), Türk hukukunda ise olağanüstü olmasının yanı sıra, dürüstlük kuralına da aykırı olması gerekmektedir. Bkz. Finkenauer/MüKoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn 16. Türk hukukundaki bu vurguya karşın, tek başına dürüstlük kuralına dayanmanın yeterli olmadığı, arzulanana sonuca hukuki kıyasla ulaşılabileceği de ifade edilmektedir. Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 151 vd. Dürüstlük kuralıyla temellendirilen aşırı ifa güçlüğü hükmünde dürüstlük kuralı vurgusu yapılmasının haklı eleştirisi için bkz. Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 357, dn. 559.

⁹³⁰Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 152.

⁹³¹Eleanor, 2005, **a.g.k.** 322. Baysal, işlem temelinin çökmesi hallerini üç başlıkta toplamaktadır. Bunlar edimler arası dengenin sarsılması, aşırı ifa güçlüğü ve işlem ile izlenen amacın boşa çıkmasıdır. Madde 138 ile de sadece aşırı ifa güçlüğü düzenlendiğini belirtmektedir (bkz. 2020, **a.g.k.**, s. 236).

⁹³²Stadler/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn.4; Finkenauer/MüKoBGB, 2022, **a.g.k.**, Rn. 1.; Eleanor, 2005, **a.g.k.**, s. 321; N. Kocayusufpaşaoğlu (2000). İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket olarak nitelenebilecek olağanüstü bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır? *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*. İstanbul: Beta, s. 507.

⁹³³Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 226.

çıkmasıdır⁹³⁴. Olağanüstü durumu taraflar öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacakları ya da en azından başka içerikte yapacakları kabul edilmektedir⁹³⁵. Olağanüstü durum *borçludan* kaynaklanmamalı, kendisinden ifanın istenmesi dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde, aleyhine değişmiş olmalıdır⁹³⁶. Borçlunun henüz ifayı gerçekleştirmemiş olması veya ifanın aşırı güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifade bulunmuş olması da son şarttır.

Aşırı ifa güçlüğünde işlem temelini çökertecek durum değişikliklerinin neler olabileceği öğretide tartışma konusudur. Görüşler, sosyal felaket şeklinde olağanüstü bir olay olması gerektiği ve buna gerek olmadığı ayrımıyla ortaya konmaktadır. Halkın tamamını veya büyük bir kısmını etkileyebilecek sosyal felaket olarak kabul edilen olağanüstü olaylar deprem, sel felaketi gibi doğa veya savaş, ekonomik kriz gibi siyasi kaynaklı olabilecektir⁹³⁷. İşlem temelini çökmesi nitelemesinde sosyal felaket boyutunda olay(lar)a gerek olmadığını ileri süren görüş ise, öngörülemeyen durumun ortaya çıktığı normal zamanlarda da uyarlamaya gidilebileceğini, hatta olağanüstü olmasa dahi tarafları etkileyen özel nitelikteki değişikliklerin olağanüstü olmasalar da bu kapsamda değerlendirilmeleri gerektiğini kabul etmektedirler⁹³⁸.

Aşırı ifa güçlüğü (m. 138) işlem temelini bozulması/çökmesi hallerinden sadece biridir (hatta uygulama olanağı en dar olanıdır)⁹³⁹. Aşırı ifa güçlüğü bazen edim karşı edim dengesizliğini de beraberinde getirmektedir⁹⁴⁰. Ancak sadece bu dengesizlikten

⁹³⁴Sözleşmenin kurulması anında var olan, ancak tarafların bilmedikleri durumların irade bozukluğu hükümleriyle, özellikle başlangıçtaki tasavvur bozuklukları için temel hatası hükmüyle çözüme kavuşturulacağı kabul edilmektedir (TBK m. 32). Bkz. Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 230; Antalya, 2019c, **a.g.k.**, s. 315-316; Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 359.

⁹³⁵Stadler/JaueringBGB, 2021, **a.g.k.**, Rn. 25.

⁹³⁶Sözleşmenin kuruluşu sırasındaki ve sonrasındaki değişikliklerin dikkate alındığı, bu halleri kapsayacak şekilde işlem temelini bozulması üst başlığının (yerinde) kullanan Alman Medeni Kanununda borçlu yerine taraflar, olağanüstü yerine ağır ifadesi kullanılmıştır. Madde 138'deki öngörülemeyenlik halinin 'taraflarca öngörülmesi beklenmeyen' şeklindeki genişletilen kullanımı da BGB'de yoktur.

⁹³⁷Kramer und Schmidlin/BernK, 1986, **a.g.k.**, s. 145; Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 249 vd.

⁹³⁸Kramer und Schmidlin/BernK, 1986, **a.g.k.**, s. 145; Kocayusufpaşaoğlu, 2000, **a.g.k.**, s. 511; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, **a.g.k.**, s. 368; Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 254; Ö. Tüzüner ve Ö. Kerem (2015). Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin içtihat incelemesi. *ABD*. (3), s. 459.

⁹³⁹Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 241.

⁹⁴⁰Edim karşı edim arası dengesizliği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Antalya, 2019c, **a.g.k.**, s. 317. Baysal tam veya eksik nitelemesi yapmadan sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde göz önünde tutulacak bir husus olduğunu belirtmektedir ki bu eksik bir ifadedir. Kanaatimizce kefalet sözleşmesi ivazlı olursa tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşır, bu nedenle edimler arası dengesizlik kıstasının (bazen) kefalette de uygulanabileceğini benimsemekteyiz (2020, **a.g.k.**, s. 237). Tek tarafa borç yükleyen kefalet dahil, eksik ve tam iki tarafa borç yükleyen borçlar hukukundaki bütün sözleşmeler için uygulanacağı görüşü için bkz. Stadler/JaueringBGB,

ibaret değildir. Dengesizliğin olmadığı ve sorgulanamadığı durumlarda aşırı ifa güçlüğüne sadece borçlu başvurabilecektir⁹⁴¹. Hükümün lafzı da bu şekildedir. Oysa edimler arası dengesizlikte iki tarafın da uyarılma talebinde bulunabilmesi kabul edilmelidir⁹⁴². Bu nedenlerden dolayı m. 138'in kapsamını işlem temelinin bozulmasının/çökmesinin diğer hallerine hasretmek gerekecektir⁹⁴³.

İşlem temelinin çökmesi kuramına dayanan, kuramın sadece bir kısmını oluşturan aşırı ifa güçlüğü hükümünün kelepçeleme sözleşmesiyle benzer ve farklı özelliklerinin bulunduğu söylenebilecektir. Kelepçeleme sözleşmesinde dayatılan hüküm/hükümler nedeniyle zayıf tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğü sınırlandırılmakta veya sona erdirilmektedir. Aşırı ifa güçlüğünde de bir tarafın ekonomik faaliyet alanını etkileyen bir durum vardır, ancak bunu özgürlükten vazgeçme/sınırlandırma olarak kabul edemeyiz. Aşırı ifa güçlüğünde tarafın (hükümün lafzıyla borçlunun) öngörülemez veya öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü olay sonucu borcunun ifası güçleşmektedir. Bunun borçlunun ekonomik faaliyet alanını etkileyeceği, daraltacağı açıktır. Ancak aşırı ifa güçlüğüünün şartları kendine özgüdür. Her bir olayda bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunludur, aksi takdirde uyarılma/sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır. *Aslolan* sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliklerin sözleşmeye etkisidir. Sözleşme değişikliklere göre yeni bir hal alacaktır veya sona erdirilecektir. Ortaya çıkan değişiklik *sonradan* edimler arası dengeyi de bozup, ifanın güçleşmesine yol açabilecektir. Kelepçeleme sözleşmesinde ise sözleşmenin kurulduğu ana göre değerlendirilme yapılacaktır, yapılmaktadır. Edim karşı edim dengesizliği dahil olmak üzere bütün unsurlarda göz önünde tutulacak an sözleşmenin kurulma anıdır. Zamansal farklılık iki hukuksal sorunun sınırlarını net bir şekilde çizmektedir, diğer şartların/unsurların değerlendirilmesine gerek duyulmayacaktır.

2021, **a.g.k.**, Rn. 6; Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim karşı edim dengesizliğinin değil, aşırı ifa güçlüğü hükümünün uygulanacağı görüşü için bkz. Antalya, 2019c, **a.g.k.**, s. 327.

⁹⁴¹Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 241.

⁹⁴²Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 289; Nomer, 2021, **a.g.k.**, s. 326. Hukuki işlemlerde *konumu belirleyen genel kavram taraftır*. Bir hak tanınırken, her iki taraf eşit gözetilmeli, alacaklı ve borçlu sıfatına yer verilmemelidir. Aşırı ifa güçlüğünde de tarafların eşit biçimde göz önünde tutulması, her iki taraf için uyarılma imkânının kabul edilmesi gereklidir. Bkz. Belen, 2014, **a.g.k.**, s. 358 ve 364.

⁹⁴³Baysal, 2020, **a.g.k.**, s. 248. TBK m. 138 hükümünün amacın boşa çıkması hallerine uygulanamayacağı görüşü için bkz. Canpolat, 2012, **a.g.k.**, s. 232 vd.

Sözleşme kurulduktan, geçerlilik koşullarını sağladıktan, hükümlerini doğurmaya başladıktan sonra gündeme gelen aşırı ifa güçlüğü adı üstünde sözleşmeden doğan borçların ifasına ilişkindir. Kelepçeleme sözleşmesi ise sözleşmelerin kurulma aşamasına ilişkindir. Aşırı ifa güçlüğünde öncelikli çözüm yolu uyarlamadır, bu sayede sözleşme değişikliklerle hükümlerini sürdürmektedir. Kelepçeleme sözleşmesinde ise hükümsüzlükle sözleşmesel ilişki ileriye doğru hükümlerini yitirmektedir.

SONUÇ

Hayatın öngörülemez biçimde hızlı akması, sosyal ve ekonomik düzendeki baş döndürücü gelişmeler ‘iradende özgürsün, serbestçe, özgürce sözleşme yapabilirsin’ söylemini gözden geçirmeyi gerektirmiştir. Devlet bu doğrultuda önce ekonomiyi müdahale etmiş, sonra da kurallarla buna şekil vermeye çalışmıştır. Çıkarılan yasalarla bir yandan özgürlüklere çeşitli sınırlar getirilmiş bir yandan bazı konular vurgulanmıştır. Çalışma konumuz kelepçeleme sözleşmesi de hem bir sözleşme özgürlüğü sınırı hem yasa koyucunun zayıfın korunması vurgusunun ürünüdür. İki genel hükmün çatısı altında ele alınır. Biri zayıfın korunması amacını taşıyan TMK m. 23/2, diğeri sözleşme özgürlüğü sınırlarının hükmü TBK m. 27’dir. Hukuki işlemlerden doğan ihlallere karşı kişilik hakkının koruyan m. 23, ikinci fıkrasında kişisel değerlerden özgürlüklere temas ederek bunlardan vazgeçilemeyeceğini, hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlandırılmayacağını ortaya koyar. Karar verme özgürlüğüne de kapsayacak şekilde ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme veya bu özgürlüğün aşırı sınırlandırılması kelepçeleme sözleşmesi niteliği taşıyabilir. Kişilik hakkı ihlâl edilmektedir, vazgeçme ve aşırı sınırlandırma boyutuyla yapılan hukuki işlemin hüküm veya hükümleri TBK m. 27/1 gereğince genel ahlâka aykırıdır ve geçersizdir.

Kelepçeleme sözleşmesi bir hukuki işlemle ekonomik faaliyet özgürlüğünden vazgeçme veya özgürlüğün aşırı sınırlandırılması halidir. Yapılan hukuki işlemin (hüküm/hükümlerinin) kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ise bazı unsurların varlığını gerektirir. Öğretideki görüşler ve yargı kararlarının izinde bu unsurlar belli başlıklarla sınıflandırılmaktadır. Aslen her birinin birer kelepçeleme hali olduğunu kabul ettiğimiz bu unsurları konu, süre, edimler arası denge ve diğer unsurlar başlıklarıyla ele aldık. Bu unsurlar her somut olayda farklı içerik ve kapsamda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle yapılacak değerlendirmenin somut olaya özgü olması gerektiğini vurguladık. Kelepçeleme hali/sözleşmesi için olmazsa olmaz, her somut olayda mutlaka bakılması gereken unsur ise aşırı bağımlılıktır. Yapılan hukuki işlem zayıf tarafı güçlü tarafa aşırı şekilde bağımlı kılmıyorsa kelepçeleme sözleşmesi bulunamaz yargısına ulaşılmaktadır. Kanaatimizce bu unsur hem ‘kelepçeleme’ sözüne, hem TMK m. 23/2’nin lafzı ve amacına da uygun düşmektedir.

Kelepçeleme sözleşmesinde konu (içerik) kavramına yüklenen anlamı geniş tutup, edim, amaç ve sebep gibi unsurları burada değerlendirdik, ancak bir tarafın kişisel amacı dediğimiz ‘saik’i’ kapsam dışı tuttuk.

Uygulamada, yargı kararlarında en sık karşılaşılan kelepçeleme hali ise süredir. Önemli bir unsurdur ancak tek başına kelepçeleme sözleşmesi oluşturmaya yetmemektedir, diğer unsurların varlığına ihtiyaç duyar. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uzun, sonsuz, kesin olmayan vadeye bağlanmış sürelerdeki gibi sürenin uzunluğu kadar sürenin kısa tutulması da zayıf tarafın ekonomik faaliyet özgürlüğünü aşırı şekilde sınırlandırabilmektedir. Süreyle birlikte fesih hakkına getirilen birtakım sınırlandırmalar da aynı etkiye sahip olabilecektir.

Her hukuki işlemde az çok bulunan edimler arası dengesizlik unsuru ise kelepçeleme sözleşmesinde biraz farklıdır. Aynı unsurun değerlendirildiği aşırı yararlanma haliyle aradaki sınırı daha net ortaya koyabilmek için edimler arası dengesizlikte aşırı/olağanüstü olmayı benimsedik.

Diğer unsurlar başlığı altında hukuki işleme özgü objektif, taraflara ilişkin sübjektif, kişisel durumlar söz konusudur. Bu ve yukarıda bahsettiğimiz diğer unsurlar arasında bir hiyerarşi bulunmadığı gibi, asli-tali unsurlar şeklinde bir nitelendirmeye gidilemeyecektir. Her bir unsurun somut olay adaleti çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Mesela, bir hukuki işlemde bazen yaş, tecrübe gibi yan, tali unsur olarak bakılabilecek kişisel durumlar diğer unsurların önüne geçebilmektedir.

Gerçek kişiler gibi ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkına yapısı, niteliği gereği tüzel kişiler de sahiptir. Dolayısıyla tüzel kişilerin hukuki işlemleri de kelepçeleme sözleşmesi ihtiva edebilecek ve geçersizliğe hükmedilecektir.

Kelepçeleme sözleşmesi unsurları, kapsamı, amacı, tabi olduğu yaptırım vb unsurlarla hukukun bazı kurumlarına benzer nitelik arz edebilmektedir. Bunlardan GİK, aşırı yararlanma, ifa güçsüzlüğü ve aşırı ifa güçlüğü kurumlarıyla karşılaştırılma yapılarak, aradaki sınırın belirginleştirilmesi sağlanmıştır.

Ekonomik faaliyet özgürlüğü üzerindeki kişilik hakkından vazgeçme ve özellikle bu özgürlüğün aşırı sınırlandırılması olarak ortaya çıkan kelepçeleme sözleşmesi genel ahlâka aykırıdır, yer aldığı hukuki işlemin tam/kısmen geçersizliğine yol açmaktadır. Nihayetinde bir özgürlüktür, beraberinde Anayasa ile de korunmaktadır. Ancak özel hukuk hükümleriyle korunan bu özgürlüğün (bu kapsamda ilgili hükümlerin) Anayasaya

aykırı nitelik taşımadığı da ortadadır. Ancak Anayasanın özel hukuka dolaylı etkisinin kabulüyle -konumuz kapsamınsa- genel ahlâk kavramının anayasa hükümlerine uygun olacak şekilde yorumlanması, içeriğinin doldurulması gereklidir.

Yargımız nettir, kelepçeleme sözleşmesi genel ahlâka aykırıdır. Ancak genel ahlâk kavramına verilen anlamın açıklığa kavuşturulması, somutlaştırılması gerekir. Öncelikle hukukun amacı adaleti sağlamaktır, adalet de ahlâkın önemli bir parçasıdır. Bu noktada hâkim öncelikle somut meseleyi Anayasa hükümleri ışığında, adil ve hakkaniyet ölçütlerine uygun şekilde ele alacaktır. Oluşan boşluğu kendi ya da tarafların subjektif değer yargısına göre değil, kamusal vicdanda ortak değer olarak kabul görmüş, dürüst ve makul insan modeline ait ahlâki yargıyı esas alarak dolduracaktır.

Genel ahlâka aykırı hukuki işlemler TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzdür. Kelepçeleme sözleşmesi ihtiva eden hukuki işlem de tamamen veya kısmen kesin hükümsüz kılınacaktır. Önce tam ve kısmi hükümsüzlükle yola çıkılmaktadır. Ancak somut olay adaleti vurgumuzu burada da yineleyerek, bazen somut mesele zayıfın daha çok korunmasını, onun menfaatlerinin ön plana alınmasını gerektirebilecektir. TMK m. 23/2 de zayıfın korunmasını emretmektedir. Bu noktada kesin hükümsüzlüğü bir kıyıya itmeyen, ancak kesin hükümsüzlüğün zayıf taraf aleyhine sonuçlarını törpüleyen veya bertaraf eden sınırlı esnek hükümsüzlük görüşü hakkaniyete uygundur. İzlenecek yol bellidir. Somut olayda adalet zayıf tarafın korunmasıyla sağlanıyorsa sınırlı esnek hükümsüzlüğe, taraflar arası menfaatte dengenin gözetilmesini gerektiriyorsa kesin hükümsüzlüğe gidilmelidir.

Kelepçeleme sözleşmesinde kısmi hükümsüzlüğün basit hali uygulanabileceği gibi, hakkaniyete ve taraf menfaatlerine uygun olduğu müddetçe değiştirilmiş ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlüğe olanak tanınmalıdır.

Gerek kelepçeleme sözleşmesine ait unsurların gerek genel ahlâka aykırılık ve hükümsüzlüğün değerlendirilmesinde hukuki işlemin kurulma anı esas alınmalıdır. Hakkaniyete en uygun an bu andır.

Kesin/kısmi/sınırlı esnek hükümsüz kılınabilecek kelepçeleme sözleşmesinde taraflar edimlerin aynen ifasını talep edemezler. Duruma göre varsa kalan geçerli edimler için ifa yükümlülüğü devam edecektir. Ancak geçersiz kılınan hüküm veya hükümler çerçevesinde ifa edilmiş edimleri iade yükümlülüğü ortaya çıkar. İade de edim diğer

tarafın malvarlığında aynen mevcutsa istihkak talebi ile, değilse sebepsiz zenginleşmeye göre gerçekleştirilir.

Kesin hükümsüz bir hukuki işlemde edimlerin ifa edilmemesi nedeniyle zarara uğrayan tarafın, uğradığı zararlara katlanması esas tutulsa da, bazı şartlar altında tazminatın mümkün olduğu kabul edilmektedir. Kelepçeleme sözleşmesinde zarar verme kastından söz etmek pek mümkün görünmemektedir. Bu kasıt varsa da bunun öncelikli amaç olmayacağı ortadadır. Dolayısıyla kusura dayanan haksız fiil sorumluluğuna başvurulamayacak, bu kapsamda tazminat talep edilemeyecektir. Ancak kesin hükümsüz hukuki işlemin geçerli olduğuna duyulan güvenin boşa çıkması zarara sebep olabilmektedir. Dürüstlük kuralından doğan güven zararı olarak da ifade edilen bu zararın tazmini culpa in contrahendo sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Kelepçeleme sözleşmesini içeren kesin hükümsüz hukuki işlemde de bu yönde bir zarar ortaya çıkabilir. Ekonomik, entelektüel vb. konumuyla güçlü tarafın zayıf tarafta uyandırdığı güven kesin hükümsüz sözleşme ile boşa çıkarsa oluşan zararın tazmini gerekecektir. Bulduğu konumu kötüye kullanan tarafın ortaya çıkardığı zarar, kurulacağına veya geçerliliğine güvenilen hukuki işlemin kurulmaması/geçersiz olması nedeniyle uğranılan menfi (olumsuz) zarardır.

KAYNAKÇA

- Acar, M. (2009). Liberalizmin iktisadi modeli serbest piyasa ekonomisi. *Eskiyei*. (15), s. 18-26.
- Adrian, S. (2014). *Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)-Zürcher Kommentar*. (4. Auflage). Zürich: Schulthess. (Adrian/ZürcherK olarak atıf verilmiştir)
- Akbulut, P. E. (2016). *Borçlar hukukunda kesin hükümsüzlük yaptırımının amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yöntemi ile daraltılması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Akın, İ. ve Kayaözü, Z. B. (2020). Telif hakları ve kelepçeleme sözleşmeleri. *TAÜHFD*. 2(1), s. 27-48.
- Akıncı, M. (2001). Ekonomik kamu düzeni ve rekabet kurumu. *Rekabet Dergisi*. 2(1), s. 2-16.
- Akipek, J, Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2021). *Türk medeni hukuku- Başlangıç hükümleri /Kişiler hukuku*. (Yenilenmiş 17. Baskı). İstanbul: Beta.
- Akipek, Ş. (2015). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşulları hükümlerinin konu bakımından uygulama alanı. *İzBD*. 80(3), s. 187-206.
- Akünel, T. (1995). *Türk medenî hukukunda tüzel kişiler*. İstanbul: Beta.
- Akyol, Ş. (2006). *Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Akyol, Ş. (2007). *Medeni hukukta çelişki yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Albayrak, S. (2018). *İfa güçsüzlüğü (TBK m. 98)*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Altınok Ormancı, P. (2011). *Sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Antalya, G. (2019a). *Borçlar hukuku genel hükümler (Cilt V/1.1) Temel kavramlar-Sözleşmeden doğan borç ilişkileri-Marmara hukuk yorumu*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Antalya, G. (2019b). *Borçlar hukuku genel hükümler (Cilt V/1.2) Haksız fiilden doğan borç ilişkileri-Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri-Marmara hukuk yorumu*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Antalya, G. (2019c). *Borçlar hukuku genel hükümler (Cilt V/1.3) Borçların ifası- Borçların ifa edilmemesinin sonuçları- Borcun ifa edilmemesi- Borçlunun temerrüdü- Marmara hukuk yorumu.* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Antalya, G. ve Topuz, M. (2021). *Medeni hukuk Cilt I-Giriş-Temel kavramlar-Başlangıç hükümleri- Marmara hukuk yorumu.* (Genişletilmiş 4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aral, F. (1999). Topyekün temlik. *AÜHFD.* 42 (1-4), s. 98-140.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2021). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri.* (Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 14. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aral, V. (1988). *Toplum ve adaletli yaşam - sorumluluk ve kişiliğin kazanılması.* İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Armbrüster, C. (2021). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG.* (9. Auflage). München: C.H. Beck. (Armbrüster/MüKoBGB olarak atıf verilmiştir)
- Arpacı, A. (2000). *Kişiler Hukuku (Gerçek kişiler).* (2. Baskı). İstanbul: Beta.
- Ataay, A. (1978). *Şahıslar Hukuku.* İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Ataay, A. (1980). *Medeni hukukun genel teorisi / temel bilgiler-genel kavramlar.* (3.Bası). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Atamer, Y. (2001). *Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının denetlenmesi.* İstanbul: Beta.
- Atamer, Y. (2012). Yeni Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca genel işlem koşullarının denetlenmesi -TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile karşılaştırmalı olarak. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu.* Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 9-73.
- Atasoy, K. (2020). *Sözleşme özgürlüğünün kamu düzenine aykırılık sınırı.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Ateş, D. (2007a). *Borçlar hukuku sözleşmelerinde genel ahlâka aykırılık.* Ankara: Turhan Yayınevi.
- Ateş, D. (2007b). Sözleşme özgürlüğü yönünden dürüstlük kuralları. *TBB Dergisi,* (72), s. 75-93.
- Ateş, D. (2007c). İrade özerkliği kapsamında MK. m. 23/II hükmü ve karar özgürlüğü. *ABD.* 2 (7), s. 135-148.
- Ateş, D. (2017). Sözleşmelerde genel ahlâk kurallarının belirlenmesi. *TAAD.* 8 (32), s. 247-268.
- Aybay, A. (2020). *Borçlar hukuku dersleri- Genel bölüm.* (14. Basıdan Tıpkı 15. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Aydoğdu, M. (2014). *Türk Borçlar hukukunda genel işlem koşullarının ve tüketici hukukunda haksız şartlarının denetimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ayiter, N. (1968). Şahsiyet hakları açıncından organ nakli. *AÜHFD*. 25 (1), s. 137-144.
- Ayrancı, H. (2003). Sözleşme kurma zorunluluğu. *AÜHFD*. 52 (3), s. 229-252.
- Ayrancı, H. (2006). *Ön sözleşme*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Barlas, N. (1997). Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, *İHFM*. LV (3), s. 191-208.
- Baş Süzel, E. (2018). Tüketici hukukunda sözleşme kurma zorunluluğu. *BÜHFD*. 13 (167-168), s. 9-37.
- Başpınar, V. (1998). *Borç sözleşmelerinin kısmi butlanı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Başpınar, V. (1999). Kişilik hakkı açıncından kelepçeleme sözleşmeleri. *ABD*. (1), s. 17-34.
- Battal, A. (2001). Anayasa mahkemesinin sözleşme özgürlüğünün sınırlanması konusunda yaklaşımları. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Sempozyumu I- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayınları*. (No: 383), s. 43-94.
- Bauer-Mengelberg, R. (1931). *Knebelungsverträge, Mit einem Exkurs über endlose Verträge*. (2. Neubearbeitete Auflage) Halle/Saale, Leipzig, Berlin: Verlag Sack & Montanus.
- Baygın, C. (2010). Türk Borçlar Kanunu'nun borç ilişkilerinin hükümleri, borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi konularında getirdiği bazı yenilik ve değişiklikler. *EÜHFD*. XIV (3-4), s. 119-144.
- Bayraktar, K. (1972). Hekimin tedavi nedeniyle cezâi sorumluluğu. İstanbul: *İÜHFY*. s. 242-249.
- Baysal, B. (2006), Fransız Borçlar Hukuku Reformuna İlişkin Ön Tasarıya Genel Bir Bakış, *İUHFM*, LXIV (2), s. 215-233.
- Baysal, B. (2020). Sözleşmenin uyarlanması - BK m. 138 Aşırı ifa güçlüğü. (Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 4. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Beckmann, R. M. (1988). *Nichtigkeit und Personenschutz/Parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Belen, H. (2014). *6098 sayılı Borçlar Kanunu genel hükümler (Kısa şerh)*. İstanbul: Beta.
- Belen, H. (2021). *Miras hukuku -Şema kitap*. (2. Baskı). İstanbul: Beta.
- Belen, H. ve Köksal, M. (2020). *(Medeni) Hukukun temel kavramları – Şema kitap*. İstanbul: Beta.

- Belling, D. W. ve Belen, H. (2006). Alman Medeni Kanununun ifa engellerine ilişkin yeni düzenlemesi ve Türk Hukuku düzenlemesiyle karşılaştırılması. *Legal Hukuk Dergisi*. 4 (46), s. 3025-3037.
- Belser, E. M. (1998). Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz. *AJP*, s. 433-445.
- Belser, E. M. (2000). *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*. Schweiz: Universitätsverlag Freiburg.
- Bozkurt, T. (2008). Hakkında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sorunu: özellikle sözleşme hürriyeti açısından durum. *ABD*. Y: 66 (1), s. 134-142.
- Böhme, H. (1931). *Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichgerichts*. Leipzig.
- Brandner, H. E. (1983). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung. *JZ*. (18). Tübingen: J.C.B. Mohr, s. 689-696.
- Breithaupt, W. (1964), Die gute Sitten. *JZ*. Nr. 9, s. 283-285.
- Bucher, A. (2009). *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*. 4. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag
- Bucher, E. (1987). Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" i. S. von BGE 111 II 245-259. *SJZ*. Bd. 83, s. 37-47.
- Bucher, E. (1988). *Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil*. (2. Auflage), Zürich: Schulthess.
- Bucher, E. (1993). *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung, Die Natürlichen Personen, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB*. 3. Auflage. Bern: Verlag Stämpfli. (Bucher/BernK şeklinde atıf verilmiştir)
- Bucher, E. und Aebi-Müller, R. E. (2017). *Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB* (Berner Kommentar). Bern: Stämpfli Verlag.
- Bulut, N. (2000). Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında genel ahlâk. *AÜEHFD*. IV (1-2), s. 32-33.
- Busche, J. (1999). *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Canbolat, F. (2012). *Sözleşmelerde amacın gerçekleşmesi, çökmesi ve boşa çıkması*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Çağlayan Aksoy, P. (2016). *Hukuka ve ahlâka aykırılık unsurları çerçevesinde salt malvarlığı zararlarının tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Çakırca, S. İ. (2015). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre aşırı yararlanma kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Çavdar, P. (2021). *Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa güçsüzlüğü ve hukuki sonuçları (TBK md. 98)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Çelik, N. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri. *Sicil Dergisi*. (25), s. 5-9.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T. ve Özkaraca, E. (2021). *İş hukuku dersleri*. (Yenilenmiş 34. Bası) İstanbul: Beta.
- Çelikleş, İ. (2003). Aracı kurumların faaliyet izni alabilmeleri için öngörülen mecburi sigortanın sözleşme özgürlüğü açısından değerlendirilmesi. *Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul: Beta, s. 931-938.
- Çiçek, M. (2020). Aristoteles'in adalet anlayışı. *MCBÜSBD*. 18 (4), s. 1-11.
- Dasser, F. (2016). *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht. Art 19-20. Orell Füssli Kommentar*. (3. überarbeitete Auflage). Zürich: Orell Füssli Verlag AG.
- Dayındarlı, K. (2010). *Borçlar Kanunu'na göre alacağın temliki*. (Gözden geçirilmiş, güncelleştirilmiş, genişletilmiş 4. baskı). Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti.
- Demircioğlu, H. R. (2007). *Culpa in contrahendo sorumluluğu*. Yayınlanmış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Di Marzo, S. (1959). *Roma Hukuku*. (Çev: Ziya Umur), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Dinçkol, A. (1975). Hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasında "hak ve nısfet". *YD*. 19 (75), s. 214-230.
- Dinçkol, A. (2004). Hâkimin takdir yetkisinin kullanılması sürecinde hakkaniyet. *HfSA* 9, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 173-188.
- Doğan, A. S. (2020). Kişilik hakkının 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında korunması. *Bilişim Hukuku Dergisi* (2), s. 143-180.
- Doğan, G. (2006). *Ön sözleşme (sözleşme yapma vaadi)*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- Dörner, H. (2021). *Bürgerliches Gesetzbuch-Nomos Hand Kommentar*. (11. Auflage). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. (Dörner/HKBGB şeklinde atıf verilmiştir)
- Dural, M. (1976). *Borçunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Dural, M. ve Ögüz, T. (2021). *Türk Özel Hukuku cilt II-Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, A. ve Sarı, S. (2021). *Türk özel hukuku-Cilt I-Temel kavramlar ve Medeni Kanunun başlangıç hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Dural, M. ve Öz, T. (2022). *Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku*. İstanbul; Filiz Kitabevi.
- Egger, A. (1930). *Zürcher Kommentar*. I. Band. Einleitung, Das Personenrecht. Art. 1-89 ZGB, 2. Auflage. Zürich: Schulthess. (Egger/ZürcherK olarak atf verilmiştir)
- Eleanor, C. R. (2005). Emprevizyon, hardship ve işlem temelinin çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız hukuki ilişkilerinde sözleşmelerin uyarlanmasına giden yollar (Çev: Başak Baysal) *İÜHF*M. 63(1-2), s. 321-342.
- Emmerich, V. (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 321*. (9. Auflage). Deutschland: C. H. Beck. (Emmerich/MüKoBGB şeklinde atf verilmiştir)
- Erçoşkun Şenol, K. (2016). Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ve bunun genel sınırı: TBK m. 27. *İÜHF*M. LXXIV (2), s. 709-730.
- Eren, F. (2015). Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi. *İzBD*. 80(3), s. 289-223.
- Eren, F. (2021a). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (26. baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2021b). *Borçlar hukuku özel hükümler*. (9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ergül, O. (2013). Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi karşısında çalışanın ücreti gizli tutmakla yükümlü kılmanın hukuksal temelsizliği üzerine. *Erdal Onar Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, I, s. 433-487.
- Ergüne, M. S. (2004). Reform sonrası Alman Medeni Kanununda imkânsızlık halleri ve sonuçları. *İÜHF*M, LXII (1-2), s. 351-380.
- Erman, H. (1974). Borçlar hukukunda akit serbestisi ve genel olarak sınırlamaları. *İÜHF*M. (1-4), s. 601-620.
- Ersoy Artunç, Ç. (2008). Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht. *İÜHF*M. 40 (57), s. 295-320.
- Finkenauer, T. (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 313*. (9. Auflage). Deutschland: C. H. Beck. (Finkenauer/MüKoBGB şeklinde atf verilmiştir)
- Fischer, M. (1952). *Der Begriff der Vertragsfreiheit*. Zürich: H. R. Sauerländer.
- Fischer, R. (1974). Vertragsfreiheit und Sozialbindung. *Deutsche Richterzeitung*. (52. Jahrgang, Heft 7), Köln: Carl Heymanns Verlag KG, s. 200-212.
- Fornasier, M. (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 305-310*. (9. Auflage). Deutschland: C. H. Beck. (Fornasier/MüKoBGB şeklinde atf verilmiştir)
- Furrer, A., Müller-Chen M. ve Çetiner, B. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Gauch, P. (1968). *System der Beendigung von Dauerverträgen*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg.

- Gauch, P. (1983). Modifizierte Teilnichtigkeit (Anmerkungen zu BGE 107 II 218 ff). *recht.* s. 95-100.
- Gauch, P. (1989). Die übervorteilung Bemerkungen zu Art. 21 OR. *Recht* (3), s. 91-101.
- Gauch, P., Schlupe, W., Schmid, J. und H. Rey. (2003). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess.
- Göksu, T. (2002). Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, *SJZ*. 98 (2), s. 89-101.
- Gören, Z. (2001). Temel hakların özel hukuk düzenine etkisi-Temel hakların yatay (üçüncü kişilere) etkisi. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları. s. 3-33.
- Görgeç, B. (2013). Genel işlem koşullarının kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi. *MÜHF – HAD*. 19 (1), s. 403-440.
- Gözler, K. (2001) Anayasa değişikliklerinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından getirdikleri ve götördükleri: Anayasa'nın 13. Maddesinin yeni şekli hakkında bir inceleme, *ABD*. 59 (4), s.53-67.
- Gözler, K. (2002). 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir abesle iştilal örneği, *AYD*. 19, s. 326-354.
- Gümüş, M. A. (2021). *Borçlar Kanununun genel hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güner, A. (1952). Medeni hukukta hâkimin takdir hakkı. *AD*. 43 (5), Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, s. 656-673.
- Güneş Peschke, S. (2014). *Roma hukukundan günümüze kişilik haklarının korunması (iniuria)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güral, J. (1953). *Hükümsüzlük nazariyeleri karşısında Türk Medeni Kanununun sistemi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Güriz, A. (1996). *Hukuk felsefesi*. (4. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Gürkan, Ü. (1995). Kişilik kavramının evrimi. Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara: *AÜHF Yayınları* No: 498, s. 39-46.
- Gürsoy, K. (1950). *Hususi hukukta clausula rebus sic stantibus (Emprevizyon nazariyesi)*. Ankara: AÜHF Yayını.
- Gürzumar, O. B. (2006). *Zorunlu unsur doktrinine dayalı sözleşme yapma yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Güvel, A. Ö. (2020). Roma Hukukunda tüzel kişiler. *AÜHFD*. 69 (2), s. 483-499.
- Güven, P. (2004). Rekabet hukukunda sözleşme yapma zorunluluğu (Rekabet Kurulu kararları ışığında zorunlu unsur doktrininin değerlendirilmesi). *Perşembe Konferansları-Rekabet Kurumu*, Ankara: Bilkent, s. 3-99.

- Hatemi H. (1976). *Hukuka ve ahlâka aykırılık kavramı ve sonuçları. (Özellikle B.K. 65 kuralı)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Hatemi, H. (2012). BK m. 19-20 ve TBK m. 27'nin karşılaştırılması. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin değerlendirilmesi sempozyumu. *Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF-HAD*. (2. Bası), İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 97-99.
- Hatemi, H. (2021a). *Medeni hukuka giriş*. (Gözden geçirilmiş 10. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Hatemi, H. (2021b). *Kişiler hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Hatemi, H ve E. Gökyayla. (2021). *Borçlar hukuku genel bölüm*. (5. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Hausheer, H. und Aebi Müller, R.E. (2020). *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*. 3. Auflage. Bern: Stämpfli.
- Havutçu, A. (2003). *Açık içerik denetimi yoluyla tüketicinin genel işlem şartlarına karşı korunması*. İzmir: Güncel Yayınevi.
- Helvacı, S. (2001). *Türk ve İsviçre Hukuklarında kişilik haklarını koruyan davalar*. İstanbul: Beta.
- Helvacı, S. (2021). *Gerçek kişiler*. (9. Bası), İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Helvacı, S. ve Erlüle, F. (2021). *Medeni hukuk*. 7. Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Hirsch, E. (1996). *Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi dersleri* (2. Bası) Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Honsell, H. (2002). Iustitiva distributiva-ius commutativa. *FS für Theo Mayer-Maly*. Köln-Wiemar-Wien: Böhlau Verlag, s. 287-302.
- Honsell, H. (2013). Kritische Bemerkungen zum OR 2020, *SJZ*, 109 (20), s. 457-461.
- Honsell H., Vogt, N. P. und Wiegand, W. (2015). *Obligationen Recht I - Basler Kommentar*. (6. Auflage), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag. (İşleyen yazar/BasK şeklinde atıf verilmiştir)
- Huguenin, C. (1984). *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR*. Bern: Verlag Stampfli & Cie AG.
- Huguenin, C. und Hilty, R. M. (2013). *Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess.
- Huguenin, C. und Meise, B. (2015). *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art 1-529 OR*. (6. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag. (Huguenin und Meise/BaslerK. şeklinde atıf verilmiştir)
- Huguenin, C. (2019). *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*. (3. Auflage), Zürich/Basel/Genf: Schulthess.

- Hürlimann, R. (1984). *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*. Schweiz: Universitätsverlag Freiburg.
- İşıktaç, Y. (2007). *Hukukun kaynağı olarak sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İkizler, M. ve Tüzüner Ö. (2021). *Medeni hukuk I-Başlangıç hükümleri-Kişiler hukuku*. Ankara; Adalet Yayınevi. (İkizler ve Tüzüner/Bölüm Yazarının soyadı şeklinde atıf verilmiştir)
- İmre Z. ve Erman, H. (2021). *Miras hukuku*. (15. Basım). İstanbul: Der Yayınları.
- İnan, A.N. (1971). *Borçlar hukuku genel hükümler-Birinci kitap-Temel kavramlar, hukuki muamelelerden doğan borçlar*. Ankara: AÜHFY.
- İşgüzar, H. (1989). *Tek satıcılık sözleşmesi*. Ankara : Dayınlarlı Hukuk Yayınları.
- Jäggi, P. (1960). Fragen des Privatlichen Schutzes der Persönlichkeit. *ZSR*. (79). s. 135-261.
- Jauernig, O. (2004). *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: Verlag C. H. Beck.
- Kabadayı, T. (2013). Hakkaniyet adaletin temelidir. *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. (15), s. 49-57.
- Kalkan, B. (2004). *Türk hukukunda gabin*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kaneti, S. (1988-1990). Anayasa mahkemesi kararlarına göre anayasanın özel hukuka etkileri. *İÜHFY*, 53 (1-4), s. 199-211.
- Kaneti, S. (2007). *Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- Kaneti, S. (2017). Anayasa Mahkemesi kararlarına göre anayasanın özel hukuka etkileri. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale*. Ankara, s. 581-596.
- Kaplan, İ. (2007). *Hâkimin sözleşmeye müdahalesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kaplan, İ. (2021). *Türk borçlar hukuku-TBK m. 1-206 (Genel hükümler)*. (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karabağ Bulut, N. (2014). *Medeni Kanununun 23. maddesi kapsamında kişilik hakkının sözleşmeye özgürlüğüne etkisi*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Karadeniz Çelebican, Ö. (2005). *Roma Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karakaş, F. T. (2015). *Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karlı, Ö. (2008). *Sebebi gösterilmeyen borç tanınması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kaşak, F. E. (2021). *Sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak kanunun emredici hükümlerine aykırılık*. (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A. (1984) Manevi tazminatın hukuksal niteliği. *ABD*. (1), s. 15-22.

- Kılıçoğlu, A. (2021a). *Medeni Hukuk*. (4. Bası), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. (2021b). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (25. Bası), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. (2021c). *Borçlar hukuku özel hükümler*. (Gözden geçirilmiş güncelleştirilmiş 3. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kırkbeşoğlu, N. (2011). *Türk özel hukukunda kısmi hükümsüzlük*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kocaağa, K. (2018). *Ceza koşulu (Sözleşme cezası)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kocaman A. B. (1988). Gelirden ve malvarlığından yoksun aile fertlerinin, kredi alan eş veya ebeveyn lehine akdettikleri kefalet sözleşmelerinin ahlâka aykırılığı sorunu. *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 371-388.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1959). *Türk Medeni Hukukunda gayrimenkul satış vaadi*. İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1980). Kişilik haklarını koruyan manevi tazminat davasına ilişkin yeni gelişmeler. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*. İstanbul, s. 141-180.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1987). *Miras hukuku*. (3. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1996). Değişik kısmi hükümsüzlük ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlük kavramları ile ilgili düşünceler. *Prof. Dr. Selim Kaneti 'ye Armağan*. İstanbul: Aybay yayınları, s. 25-33.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2000). İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket olarak nitelenebilecek olağanüstü bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır?. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*. İstanbul: Beta, s.507- 514.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2017). *Borçlar hukuku genel bölüm. Cilt: 1 (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Basıdan 7. Tıpkı Bası)*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Koç, N. (1981). Türk medeni hukuku ve Roma hukukunda hükümsüzlük (butlan). *DEÜHFD*. (2), s. 127-172.
- Koller, A. (2017). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. (4. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Koschaker P. ve Ayiter, K. (1993). *Roma Özel Hukukunun ana hatları*. İzmir: DEÜHFY.
- Kostkiewicz, J.K, Wolf, S., Amstutz M. und Fankhauser, R. (2021). *ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch-FüssliK/Andrea Büchler*. (4. aktualisierte Auflage). Zürich: Orell Füssli Verlag AG.
- Koyuncuoğlu, H. (2014). Sözleşme sonrası rekabet yasağı düzenlemeleri. *TBB Dergisi*. (111), 447-456.

- Kramer, E. A. (1974). *Die "Krise" des liberalen Vertragsdenken*. München: Wilhelm Fink Verlag.
- Kramer, E. A. (1990). *Berner Kommentar, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-20 OR*. Bern: Verlag Stämpfli. (Kramer/BernK şeklinde atıf verilmiştir)
- Kramer, A. und Schmidlin, B. (1986). *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*. Bern: Stämpfli Verlag. (Kramer und Schmidlin/BernK şeklinde atıf verilmiştir)
- Kramer, E. A. (2004). Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz? (BGE 129 III 209 ff.). *recht.* s. 27-31.
- Kut, A. (2016). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*. (3. Auflage). Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG.
- Küçükyalçın, A. (2004). Karşılaştırmalı hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması. *AÜHFD* 53 (4), s. 101-124.
- Künzler, F. (1951). *Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB*. Zürich: Dissertation, Buchdruckerei W. Plüss.
- Larenz, K. und Wolf, M. (2004). *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: Verlag C. H. Beck.
- Leu, D. und von der H.C. (2003). Übermäßige Bindung und die guten Sitten. Zum Verhältnis von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 129 III 209 vom 30. Oktober 2002 i.S. C., D. und E. (Beklagte und Berufungskläger) gegen A.-Fonds (Kläger und Berufungsbeklagter). *SZW*. s. 221-228.
- Leu, U. (2015). *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art 1-529 OR*. (6. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag. (Leu/BaslerK. şeklinde atıf verilmiştir)
- Mansel, H.O. (2021). *Jauering BGB-Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. (18. Auflage). München: Beck Verlag. (Mansel/JaueringBGB olarak atıf verilmiştir).
- Mayer-Mally, T. (1994). Was leisten die gute Sitten??. *AcP*. (194). s. 105-176.
- Musielak, H. J. (2017). Vertragsfreiheit und ihre Grenzen. *JuS*. Heft 10, s. 949-1044.
- Nobel, P. (1990). Gedanken zum Persönlichkeitsschutz juristischer Personen. *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini*. Bern: Stämpfli, s. 411-425.
- Nomer, H. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (Gözden geçirilmiş, genişletilmiş 18. baskı), İstanbul: Beta.
- Odyakmaz, Z. (1998), Genel olarak idarenin sözleşmeleri. Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, *GÜHFD*. 2, (1-2), s. 141-195.

- Oftinger, K. (1948). Die Vertragsfreiheit. Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen, *Recht-Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*. Zürich: Polygraphischer Verlag A.G., s. 289-306.
- Oğuzman, K. / Barlas, N. (2021). *Medenî hukuk*. (27. Bası), İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler-Cilt 2* (Gözden Geçirilmiş 16. Bası) İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2022). *Borçlar hukuku genel hükümler-Cilt 1* (Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası) İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve S. Oktay-Özdemir. (2021a). *Eşya hukuku*. (23. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir. S. (2021b). *Kişiler hukuku (gerçek ve tüzel kişiler)*. (20. Bası), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oktay, S. (1996). Federal Mahkemenin 21 Haziran 1988 tarihli kararının çevirisi ve incelenmesi. *İÜHFİM*. LV (1-2), s. 489-500.
- Oktay, S. (1997). Uzun süreli sözleşmelerin geçerliliği ve sona erme düzeniO. *İÜHFİM*. LV (3). s. 210-234.
- Oktay-Özdemir, S. (1999). *Teminat amaçlı alacak devri ve toptan temlik sözleşmeleri*. *İÜHFİM*. LVII (1-2), s. 265-299.
- Öktem, N. (1993). *Sosyolojinin ve felsefenin verileriyle devlet ve hukuk felsefesi akımları*. İstanbul: Der Yayınları.
- Öz, T. (1990). *Öğreti ve uygulamada sebepsiz zenginleşme (Borçlar Kanunu 61.-66. maddelerine ilişkin içtihatlar ile)*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- Özen, M. ve Şahin, M. E. (2010). Ötenazi. *ABD*. 68 (4), s. 15-36.
- Özlem, D. (2014). Ahlâkta, hukukta ve siyasette özgürlük kavramı üstüne. *İÜHFİM*. LXXII (1), s. 87-94.
- Öztan, B. (2021). *Kişiler hukuku-Gerçek kişiler* (11. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pedrazzini, M. und Oberholzer, N. (1993). *Grundriss des Personenrechts*, (4. Auflage), Bern: Stämpfli Verlag.
- Perdecioğlu, İ.E. (2020). İnsan haklarının yatay etkisi ve mülkiyet hakkının yatay etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında görünümü. *TAAD*, Y: 11 (43) s. 49-77.
- Riener, H. M. (2002). *Personenrecht des ZGBStudienbuch und Bundesgerichtspraxis*. 2. Auflage. Bern: Stämpfli.
- Riener, H. M. (2020). *Die Stiftungen, Art. 80-89c ZGB, Die juristischen Personen (Berner Kommentar)*. (2. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag. (Riener/BernK şeklinde atıf verilmiştir)

- Ruth, A. (2008). *Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss*. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Sack, R. (1985). Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten. *NJW*. (38. Jahrgang, Heft. 14), s. 761-769.
- Sağlam, F. (2002). 2001 yılı anayasa değişikliğinin yaratabileceği bazı sorunlar ve bunların çözüm olanakları. *AYD*, 19, s. 1-17.
- Sağlam, M. (2002). Ekim 2001 tarihinde yapılan anayasa değişiklikleri sonrasında düzenledikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorunu. *AYD*, 19, s. 233-266.
- Sancakdar, O. (2017). Kamu hukukunda kişiliğin korunması. *İKÜHFD*. 16 (1), s. 39-67.
- Sanlı, K. C. (2015). *Hukuk ve ekonomik perspektifinden sözleşme hukuku ve sözleşme yaptırımlarının ekonomik analizi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Sayın, Y. (2020). *Roma'da köle ve hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Scheuing, R. (1930). *Der Knebelvertrag*, Stuttgart: Druck von Strecker und Schröder.
- Schmidt-Salzer, J. (1970). Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht. *NJW*, Heft 1-2, s. 8-15.
- Schubert, C. (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. (9. Auflage), München: CH Beck. (Schubert/MüKoBGB olarak atıf verilmiştir)
- Schwarz, A. B. (1948). *Roma hukuku dersleri* (Çev: Türkan Rado), İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık.
- Schwenk, E. H. (1968). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. *NJW*. Heft 18, s. 822-826.
- Schwenzer, I. (2016). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. (7. ergänzte Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Seliçi, Ö. (1977). *Borçlar Kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Serdar, İ. (2015). TBK'nin genel işlem şartları hükümlerinin kişi bakımından uygulama alanı. *İzBD*. 80(3), s. 226-240.
- Serozan, R. (1968). Culpa in Contrahendo, akdin müspet ihlâli ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarının ortak temeli: Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi. *MHAD*. s. 108-129.
- Serozan, R. (1977). Kişilik hakkının korunmasıyla ilgili bazı düşünceler. *MHAD*. 11 (14), s. 93-112.
- Serozan, R. (1983). Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken. *Juristische Blätter*. (105. Jahrgang, Heft: 21/22), Wien: Springer Verlag, s. 561-573.

- Serozan, R. (2000). Revision des Ursprünglich Aufgezwungenen und Nachträglich Eingetreten missverhältnisses der Leistungen in Gegenseitigen Verträgen-Versuch einer ganzheitlichen Erfaassung chronologisch unterschiedlicher Tatbestände. *IÜHFD*. (49), s. 101-129.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden dönme*. (Gözden geçirilmiş 2. bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R., Engin, İ ve Atamer, Y. (2022). *Medeni hukuk genel bölüm/kişiler hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Serozan, R., Baysal, B. ve Sanlı, K. C. (2022). *Serozan borçlar hukuku genel bölüm- İfa, ifa engelleri, haksız zenginleşme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Siebert, W. (1969). Şahsiyet hakları ile ilgili meseleler. Çev: Bilge Öztan. *AÜHFD*. XX (1-4), s. 217-230.
- Singer, R. (1995). Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst. *JZ*. 50. Jahrgang, s. 1133-1188.
- Sirmen, L. (1972). Modern hukukta sözleşme kavramı ve Türk Hukuku. *Prof. Dr. Cahit Oğuzoğlu'na Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 441-472.
- Sirmen, L. (2015). Genel İşlem Şartları Kavramı. *İzBD*. 80(3). 207-224.
- Spiro, K. (1952). Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduzierten Umfang aufrechterhalten werden?. *ZBJV*. (88). Bern: Verlag Stämpfli, s. 449-470.
- Spiro, K. (1975). *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen-Band II*. Bern: Stämpfli.
- Stadler, A. (2021). *Jauering BGB-Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. (18. Auflage). München: Beck Verlag. (Stadler/JaueringBGB olarak atıf verilmiştir)
- Sungurbey, İ. (1957). *Borç ikrarı ve borç vaadi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Sungurbey, İ ve Kaneti, S. (1976). *Medeni hukuk sorunları 3. Cilt*. İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Sungurbey, İ. (1994). *Türkiye'de bankaların içyüzü*. Çorlu: Devrim Gazetesi Yayınları.
- Süzek, S. (2014). Yeni Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde işçinin rekabet etmeme borcu. *İÜHFM*. 72 (2), s. 457-468.
- Süzek, S. (2021). *İş hukuku*. (Yenilenmiş 21. Baskı). İstanbul: Beta.
- Şen Doğramacı, H. (2010). Çerçeve sözleşmeler. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Şenol, N. (2011). *Bayilik sözleşmesi, sona ermesi ve sonuçları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tahiroğlu, B. ve Erdoğan, B. (2005). *Roma Hukuku dersleri*. İstanbul: Der Yayınları.

- Tanör, B. (1976). *Anayasa hukukunda sosyal haklar*. İstanbul: May Yayınları.
- Taşar, M. (2007). Ekonomik özgürlük kavramı ve Türkiye’de özgürlüklerin gelişimi. *SÜHFD*. (15), s. 143-167.
- Taşkent, S. ve Kabakçı M. (2009). Rekabet yasağı sözleşmesi. *Sicil Dergisi*, (16), 21-46.
- Taşkın, A. (1991-1992). Tüzel kişilerin kişilik hakkının korunması. *AÜHFD*. 42(1-4), s. 201-243.
- Tekinay, S. S. (1992). *Medeni hukukun genel esasları ve gerçek kişiler hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tekinay, S., Akman S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku genel hükümler*. (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tercier, P., Pichonnaz, P. und Develioğlu, H. M. (2016). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Tiryaki, R. (2008). *Ekonomik özgürlükler ve Anayasa*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Topuz, S. (2009). *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda denge bozulması ve güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tunçomağ, K. (1963). *Türk hukukunda cezai şart*. İstanbul: Baha Matbaası
- Tuor, P., Schnyder, B., Schmid, J und Rumo-Jungo, A. (2015). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 14. Auflage. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Tüzüner, Ö. ve Öz, K. (2015). Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin içtihat incelemesi. *ABD*. (3), s. 421-470.
- Uçaryılmaz, T. Ş. (2018). Roma hukukunda sözleşmesel bona fides (dürüstlük kuralı) kavramı ve çağdaş hukuka etkisi., *TBB Dergisi*. (135), s. 335-382.
- Ulusoy, A. (2008). Hukuk ve ekonomi ilişkisine ideolojik yaklaşımlar ve ekonomik kamu düzeni kavramı. *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları. (4), s. 25-31.
- Umur, Z. (1999). *Roma Hukuku*. İstanbul: Beta.
- Ünal, A. (2017). *Kelepçeleme sözleşmeleri-Sözleşmedeki hükümler sebebiyle kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması*. (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Üskül, Z. Ö. (2003). *Bireyciliğe tarihsel bir bakış*. İstanbul: Büke Yayıncılık.
- Villey, M. (1985). Roma Hukuku güncelliği (Türkçesi: Bülent Tahiroğlu), İstanbul: Der Yayınları.
- von Tuhr, Andreas und Peter, Hans (1984). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. (3. Auflage). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG.

- Wagner, G. (2020). *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch -BGB § 823-826*. (8. Auflage). München: C.H. Beck. (Wagner/MüKoBGB olarak atıf verilmiştir)
- William, O. D. (2021). Die Rechtsfolgenfrage von Art. 27 Abs. 2 ZGB. *recht.* s. 74-87.
- Wolf, E. (1989). Vertragsfreiheit -eine Illusion?. *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Wurmnest, W. (2022). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I. § 307 (9. Auflage). Deutschland: C. H. Beck. (Wurmnest/MüKoBGB şeklinde atıf verilmiştir)
- Yağcıoğlu, B. (2019). *Türk ve İsviçre hukukunda ceza koşulu (cezai şart)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2021). *Borçlar hukuku dersleri özel hükümler*. (17. Baskı). İstanbul: Beta.
- Yeşiller, M. (2011). Roma Hukuku'nda hükümsüzlük halleri. *GÜHFD*. XV (3), s. 77-94.
- Yıldız, M. E. (2021). Ceza hukukunda failin irade özgürlüğü tartışmaları. *AÜHFD*. 70 (4), s. 1439-1478.
- Yılmaz, Ç. M. ve Dönmez, G. (2019). Alman Federal Mahkemesinin 28.11. 1975 I ZR 127/73 sayılı kararı ışığında kelepçeleme sözleşmesinde dair bir değerlendirme. *LHD*. 17 (199). s, 2885-2912.
- Zevkliler, A. ve Acabey, M. B. (2021). *Zevkliler-Medeni hukuk I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.