

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi

Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - 9. Hafta - 1. Ders - 14.12.2023

I-) Sözleşme Serbestisi ve Sınırları

Hatırlarsanız geçen hafta sözleşme serbestisi ilkesini anlatmıştım. Sonra sözleşme serbestisi ilkesinin sınırlarından bahsetmişim. Bu sınırlardan bahsederken de özellikle emredici hukuk kurallarına aykırılık, hukuka aykırılıktan bahsetmişim. Yani yasaklayıcı hukuk kurallarına aykırılıktan bahsetmişim ve demişim ki, gelecek hafta neyi ele alacağız? Kişilik haklarına aykırılığı ele alacağız. Ahlaka aykırılığı ele alacağız. Kamu düzenine aykırılığı ele alacağız ve arkasından da objektif imkânsızlık dediğimiz bir kavram var. Özellikle sözleşmenin kurulması esnasında edimin objektif olarak, herkes bakımından imkânsız olmasına ilişkin bir kuralımız var. Ondan söz edeceğiz, demiştik.

Yani hatırlayacak olursak Borçlar Kanunu m. 27'deyiz. Borçlar Kanunu 26'yı geride bırakmıştık ama beraberce bir okumakta fayda var. Hafızamızı tazelemek adına iyi olur. TBK m. 26 hatırlarsanız şöyle söylüyordu bize: *“F. Sözleşmenin içeriği, I. Sözleşme özgürlüğü”* kenar başlığı altında:

“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

Bu özgürlükten ne anlaşılması gerektiğini bize kim söylüyor? Yine TBK 27. madde söylüyor. *“II. Kesin hükümsüzlük”* kenar başlığı altında. Diyor ki:

“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

Biz geçen hafta emredici hükümlere aykırılığı ele almıştık. Hatta kapatırken de her iki taraf için emredici olan kurallar, sadece taraflardan biri için emredici olan kurallardan bahsetmiştik. Örneğin, kiracıyı, işçiyi, tüketiciyi koruyan nispi emredici nitelikte hükümler vardır demiştik. Bu hükümler çerçevesinde aksine sözleşme yapılabilir. Yeter ki ne olsun? İşçi lehine olsun, tüketici lehine olsun, kiracı lehine olsun demiştik.

Şimdi biz bugün itibarıyla özellikle kişilik haklarına aykırılığa gelelim. Ahlaka aykırılığa gelelim. Kamu düzenine aykırılığa gelelim.

1-) Sözleşmenin Kişilik Haklarına Aykırı Olması

İsterseniz şöyle ilerleyelim. Kişilik haklarına aykırılıktan başlayalım. Neden kişilik haklarına aykırılıktan başlayalım? Geçen sene beraberce çalıştık diye kişilik haklarına aykırılıktan başlayalım. Geçen sene hatırlarsanız, kişilik haklarının korunması başlığını attığımızda meseleyi ikiye ayırmıştık: Kişinin kişiliğinin kendi hukuki işlemlerine karşı korunması, bir de kişiliğin üçüncü kişilerin hukuka aykırı eylemlerine karşı korunması ayrımını

yapmıştık. İşte geçen sene yaptığımız o ayrımı bugün tekrar hatırlayacak olursak, hangi hükümdeyiz? Medeni Kanun madde 23'ün kenar başlığı, “*B. Kişiliğin korunması., I. Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı.*” 1. fıkrasında bize şöyle söylüyor:

“*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*”

2. fıkra:

“*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*”

Geçen seneki derslerimizde de söylemiştik , eğer bu hükümler aleyhine bir sözleşme yapılacak olursa o sözleşme hangi yaptırıma maruz kalıyor? Kişilik haklarına aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalıyor. Şimdi maddeye tekrar baktığımızda, önce hangi açıdan bakalım?

a-) Hak ehliyetinden vazgeçme

Hak ehliyeti açısından bakalım. Diyor ki kanun koyucu, kimse hak ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. Yani bir kişinin sözleşme yaparken şunları söylemesi mümkün mü?

- “*Ben hiçbir zaman bir malvarlığı değeri edinmeyeceğim!*”
- “*Ben hiçbir zaman evlenmeyeceğim!*”
- “*Ben hiçbir zaman bir menkul mala, bir gayrimenkul mala sahip olmayacağım!*”
- “*Ben hiçbir zaman bir alacak hakkına sahip olmayacağım!*”

Böylesine hak ehliyetinden vazgeçilmesi sonucunu doğuracak hukuki işlemler, sözleşmeler ne olacaklardır? Kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaklardır.

b-) Fiil ehliyetinden vazgeçme

Benzeri şekilde kişinin fiil ehliyetinden vazgeçmesi, fiil ehliyetini sınırlaması da yine kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır. Yani tam ehliyetli bir kişinin, bir başka şahsın âdeta deyim yerindeyse egemenliğine tabi olması, hegemonyasına tabi olması ve onun söylediği şekilde hareket edeceğini belirtmesi, onun izin verdiği ölçüde hukuki işlem yapacağını söylemesi, taahhüt etmesi yine hukuk düzeni tarafından kabul edilemez. Dolayısıyla bu çerçevede baktığımızda fiil ehliyetinden de yine vazgeçmeye ilişkin ya da bunun kısmen sınırlanmasına ilişkin sözleşmeler de yine kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır.

c-) Kişilik haklarının kapsamının hatırlatılması

Kişilik haklarını şöyle hatırlayacak olursak, kişilik haklarının kapsamına sadece ve sadece hak ehliyeti, sadece ve sadece fiil ehliyeti girmiyor. Kişilik haklarının kapsamına kişinin yaşam hakkı, kişinin beden bütünlüğü, kişinin ruh bütünlüğü, kişinin saygınlığı, kişinin adı, kişinin onuru, kişinin özellikle ekonomik açıdan kendisini geliştirme özgürlüğü, sesi üzerindeki hakkı, görüntüsü üzerindeki hakkı hepsi kişilik hakkının kapsamına giriyor. Bunları da

hatırlamakta fayda var. Bu haklar üzerinde de yapılacak işlemlerin ne olması gerekiyor? Kişilik haklarını ihlal etmemesi gerekiyor.

Özellikle de kişinin, yaşamı üzerine sözleşme yapması, geçen seneki derslerde konuşmuştuk. Hani belki örnek abartılı; düello sözleşmesi yapması hukuken kabul edilebilir bir şey değil. Hasta bir kişinin ötanaziye ilişkin bir sözleşme yapması, yani Yunancadan gelen terimle iyi ölüm, güzel ölüm şeklindeki o terime dayanarak bir sözleşme yapması, yaşamının kendi isteğiyle sonlandırılmasına ilişkin sözleşme yapması kabul edilemez.

Yine bir kişinin beden bütünlüğünün veya ruh bütünlüğünün ihlali bakımından (psikolojisi bakımından) böyle tıbbi sonuçları meçhul bir deneyin içerisinde olması ya da belirsiz sonuçlara yol açacak bir sözleşmeye taraf olması kabul edilemez.

d-) Özgürlükler açısından

Özgürlükler açısından meseleye yaklaşacak olursak, TMK m. 23/f. 2:

“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”

Şimd , hepimizin özgürlükleri var. Bu özgürlükler anayasayla da teminat altına alınmış. Bu özgürlüklerden elbette birtakım sözleşmeler yaptığımızda ne yapmak zorunda kalıyoruz? Belli ölçüde vazgeçmek zorunda kalabiliyoruz. Yani bir taşınmazın malikiyim ama bir başka şahsa intifa hakkı tanıdım. Kullanma ve yararlanma hakkı tanıdım. Evet, ben mülkiyet hakkına sahiptim. Ama mülkiyet hakkım sınırlandı. O taşınmazı özgürce kullanma ve o taşınmazdan özgürce yararlanma hakkım sınırlandı.

Her sözleşme kişinin özgürlüğünü, az ya da çok, sınırlar. Bir işçinin hizmet sözleşmesi yaptığını varsayalım. İşçi belli saatlerini ne yapmak zorunda kalacaktır? İşverene tahsis etmek zorunda kalacaktır. Onun emir ve talimatları doğrultusunda ona tabi şekilde çalışmak zorunda kalacaktır. Önemli olan bu özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırılmamasıdır.

Örnekleri şöyle toparlayalım. Medeni Kanun'daki örneklere bakalım. Bir kişi bir dernekte üye kalmaya zorlanabilir mi? Hayır zorlanamaz. Medeni Kanunda 66. maddede açık hüküm var. Bir kişi evlenmeye zorlanabilir mi? Hayır zorlanamaz. Medeni Kanun m. 119'da hüküm var. Bir kişi özellikle çocuğunun dini terbiyesinin verilmesi, dininin seçimi konusundaki hürriyetini sınırlandırabilir mi? Sınırlayamaz. Medeni Kanun'da m. 341'de açık hüküm var, değil mi?

Baktığımız zaman bütün bunları geçen seneki derslerimizde konuşmuşuzdur:

Medeni Kanun m. 66'dan bahsettik. TMK m. 66, 1. cümlesinde diyor ki:

“Hiç kimse, dernekte üye kalmaya zorlanamaz.”

Medeni Kanun m. 119'u hatırlayalım:

“Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. ...”

TMK m. 341. maddeye göre de:

“Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir.

Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir. ...”

Zaten gördüğünüz gibi bunlar da emredici hükümlerdir. Bu emredici hükümlere aykırılık aynı zamanda kişilik haklarına aykırılıktır. Zaten kişilik haklarını koruyan hükümler emredici nitelikteyse aynı zamanda emredici hükümlere aykırılıktan da bahsedeceğiz çaresiz.

Şimdi önemli olan nedir dedik? Bu özgürlüklerin hukuka aykırı şekilde, ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılmasıdır.

Bir kişi bütün hayatı boyunca belli bir kişinin emrinde çalışmayı taahhüt etse, çok uzun yıllara sâri olacak şekilde 30 yıla, 40 yıla sari birtakım taahhütlerde bulunsa ve bu taahhütlerde bir malını örneğin 40 yıl boyunca belli bir şekilde kullanacağından söz etse, 30 yıl boyunca belli bir şekilde kullanacağından söz etse, o malı 30 yıl boyunca satmayacağını, 40 yıl boyunca satmayacağını taahhüt etse bütün bunlar özgürlükleri ne yapar? Aşırı derecede sınırlar. Çünkü kişinin bir taraftan da nesinden söz ediyoruz? Ekonomik özgürlüğünden söz ediyoruz. Kişinin ekonomik varlığını muhafaza etmesinden, onu koruyabilmesinden ve geliştirebilmesinden söz ediyoruz.

İşte kişinin ekonomik özgürlüğünü sınırlayan, kişinin ekonomik varlığını tehlikeye atan, onu başkalarının egemenliğine tabi kılan; mengene sözleşmelere tabi kılan, cendere sözleşmelere tabi kılan, kelepçeleme sözleşmelerine tabi kılan, boğazlama sözleşmelerine tabi kılan sözleşmeler ne olacaklardır? Kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaklardır. Bunlar böyle yabancı dillerden gelen kelimeler. Özellikle kelepçeleme sözleşmeleri gerçekten de artık bizim dilimize de yerleşmeye başlamıştır diyebiliriz.

Şimdi şöyle kısaca tekrar bakacak olursam. Hak ehliyeti yönünden açıklamaları yaptım, fiil ehliyeti yönünden açıklamaları yaptım, özgürlükler yönünden de birkaç tane daha örnek vermem gerekiyorsa, kişinin evlenme hürriyetine, din ve vicdan özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar ne olacaktır? Kişilik haklarına aykırı olacaktır. Kişinin hak arama hürriyetini engelleyen sözleşmeler kişilik haklarına aykırı olacaktır. Yani; *“Dava açmayacağım”*. Ya da *“İş bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda senin aleyhine dava açmayacağım.”* şeklindeki taahhütleri nedir? Kişilik haklarına aykırı olacaktır diyoruz.

Şimdi şöyle bir örnek var. Federal mahkemenin önüne gelmiş. Dikkatinizi çekeceğini düşünüyorum. Federal mahkemenin önüne gelen örnekte olay şöyle: Bir genç kız var. 22 yaşında. Bir şarkıcı aday. Zürih’te bir stüdyoda kendisine şarkıcılık ve sahne sanatları eğitimi verilecek. Bu eğitim verilirken bir hanımefendi ile bir menajerlik sözleşmesi yapıyor. Bu menajerlik sözleşmesinde bu şarkıcı aday, 22 yaşındaki bu kız, kazancının %40’nun menajeriine ait olacağını söylüyor. Yani menajerinin menajerlik ücreti olarak bunu alacağını söylüyor.

Bu çerçevede baktığımızda, başka taahhütleri de şöyle: Menajerin rızasını almadan; sahneye çıkmayacak, sanatsal faaliyetine ilişkin herhangi bir sözleşme imzalamayacak diyor. Diğer tarafın yani menajerin tüm talimatlarına uyacak diyor. Kendisine menajeri tarafından teklif edilen şarkıları söylemeyi kabul edecek diyor. Menajeri tarafından imzalanmış sözleşmeleri yerine getirecek hatta özel hayatını menajerin talimatları doğrultusunda düzenleyecek diyor. Kendisine yapılan teklifleri menajerine mutlaka bildirecek diyor. Bu kişilerle, kendisine teklif yapan kişilerle sözleşme görüşmeleri yapmayacak diyor. Daha da öteye gidiyor: Bir günden fazla sürecek herhangi bir seyahatini ve yeni adresini derhal menajerine bildirecek diyor. Ne dersiniz? Geçerlidir diyenler? Hocam cendereye alınmış, mengeneyle alınmış, kelepçelenmiş diyenler? Herhalde ikincisi olsa gerek, değil mi?

Kişinin özgürlüklerini bu derece sınırlaması kabul edilemez; ama bir sporunun gece hayatını belli ölçüde sınırlayabilir misiniz? Evet. Bir bale sanatçısının, bir balerin veya bir dans sanatçısının kilosu ile ilgili, beslenmesiyle ilgili birtakım sınırlamalar getirebilir misiniz? Evet. Bir jimnastik sporcusunun bazı sporları yapmayacağına dair, örneğin kayak sporuyla uğraşmayacağına dair, bu çerçevede kendisini tehlikeye atmayacağına dair bazı sınırlamalar getirebilir misiniz? Evet. İşte orada biz hep neye bakacağız? Kişinin menfaatine olan bir sözleşmeyle mi yoksa kişinin bütün özgürlüklerini elinden alan, onu kelepçeleyen bir sözleşmeyle mi karşı karşıyayız diye bakacağız. Spor giysileri veya malzemeleri üreten bir şirket ile bir jimnastik sanatçısı arasındaki sponsorluk sözleşmesinde onun kayak yaparken sakatlanmasını önlemek için böyle bir hükme yer verilmesi halinde bu hükmü kişilik haklarına aykırı bulmak mümkün olmasa gerekir, değil mi?

Şimdi baktığımız zaman acaba kişilik hakları ile ilgili başka söylemem gereken bir şey var mı? Tekrar vurgulayacak olursam. Hakkını aramayacağını taahhüt etmesi, evlenmeyi taahhüt etmesi, evlenmemeyi, hamile kalmamayı taahhüt etmesi, eşinin evlilik dışı ilişkilerine göz yumacağını taahhüt etmesi, evlat edinmeyeceğini taahhüt etmesi, asla mirasçı olmayacağını, ölüme bağlı tasarruflarda bulunmayacağını veya ölüme bağlı tasarruflarda bulunacağını taahhüt etmesi, bir dernekte üye olarak kalacağını taahhüt etmesi, din değiştirme taahhütleri, belli bir partiye oy vereceğine dair taahhütler hepsi, hepsi beraberinde neyi getirecek? Kişilik haklarına aykırılığı getirecek diyebiliriz.

Peki, kişilik haklarına aykırılık sonucunu doğrudan doğruya o zaman bu sözleşmeler ne olacaklar? Medeni Kanun m. 23 ve Borçlar Kanunu m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaklar diyoruz.

2-) Ahlaka aykırılık

a-) Sözleşmenin ahlaka aykırılığı veya edimin ahlaka aykırılığı

Diyoruz ki, sözleşmenin yapılması doğrudan doğruya ahlaka aykırıdır veya vaat edilen edim ahlaka aykırıdır. Birçok örnek vermek mümkündür. Bir kişinin öldürülmesi için başka bir şahısla sözleşme yapılması. Elbette hukuka aykırı olduğu gibi ahlaka da aykırıdır.

Bir memura rüşvet verilmesi, onunla rüşvet anlaşması yapılması hukuka aykırı olduğu gibi aynı zamanda ahlaka da aykırıdır. Çok affedersiniz bir fahişeye para karşılığında cinsel ilişki kurulmasına dair sözleşme, yine çok affedersiniz o fahişenin koruyucusuyla yapılan bir sözleşme, hepsi ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizdir.

Aynı şekilde örneğin bir gazetecinin hep belli bir görüşü savunması yönünde, hep belli bir siyasi partiyi desteklemesi yönünde, hep belli bir kişi, belli bir politikacı lehine, bir siyaset adamı lehine yazı yazmasına dair sözleşmeler, ahlaka aykırı bulunacak nitelikteki sözleşmelerdir.

b-) Ortaklaşa güdülen amacın ahlaka aykırı olması

Bu noktada bir başka ihtimal de şudur. Gerçekten de taraflarca ortaklaşa güdülen amaç da ahlaka aykırı olabilir. Yani biraz önce söylediğim gibi sözleşmenin yapılması ahlaka aykırı olabilir. Sözleşmeye konu edim ahlaka aykırı olabilir. Bir de taraflarca ortak olarak güdülen amaç ahlaka aykırı olabilir.

Bu ortak olarak güdülen amaç meselesi birazcık tartışmalıdır. Şöyle örnekler veriyor doktrin haklı olarak. Diyor ki, acaba diyor bir kişi kuyumcudan içeri girdi. Bir adet ziynet eşyası aldı. Karısına mı aldı, kızına mı aldı zaten bilinmiyor. Metresine mi aldı, zaten bilinmiyor. Bilinmiyorsa o kuyumcuyla yapılan bu satım sözleşmesinin herhangi bir şekilde ahlaka aykırılığından bahsetmek mümkün değil.

Peki, bu kişi söz konusu ziynet eşyasını metresi için satın aldı ve kuyumcu da bu durumu biliyor. Acaba satım sözleşmesi geçersiz mi ahlaka aykırılık sebebiyle? Geçersizdir diyenler? Hocam geçerlidir diyenler? Peki. Demek ki birçok arkadaşımızın gönlünden ne geçiyor? Sadece ve sadece bilmesi yetmez geçiyor. Aynı zamanda ne olması gerekir? Kuyumcunun bu amacı da paylaşmış olması gerekir diyor birçok arkadaşımız.

Gerçekten de doktrinde bu mesele tartışmalı. Benim de katıldığım görüş: (Sadece ve sadece taraflardan birinin amacının ahlaka aykırı olması zaten yeterli değil). Karşı tarafın bunu biliyor olması yeterli mi? Bir görüş diyor ki evet yeterli ama bir başka görüş benim de katıldığım görüş sadece bilmesi yetmez aynı zamanda bu amacı paylaşmalı, bu amacı o da gütmeli diyor.

Peki, hocam kuyumcu örneğinde ne olacak? Yazarlar diyorlar ki, kuyumcu alıcının ziynet eşyasını metresi için satın aldığını biliyorsa ve destekliyorsa örneğin bu bağlamda onu daha pahalı bir ziynet eşyası almaya ikna ediyorsa, bu işten daha fazla çıkar elde ediyorsa, daha fazla yarar elde ediyorsa, teşvik ediyorsa o çerçevede onun da aynı amacı güttüğü söylenebilir diyor yazarlar.

Bir başka örneği verirsek mesele çok daha rahat anlaşılacak. Bir araç kiralanması veya bir araç satın alınması sözleşmesi var. Kişi bu aracı İstanbul'dan Ankara'ya gitmek için kullanacak veya bir başka şehre gitmek için kullanacak veya şehrin içerisinde kullanmak amacıyla kiralyor. Zaten karşı taraf hangi amaçla kiraladığını bilmiyor.

Bu çerçevede bakıyoruz ki kişi bu aracı bir kişiyi kaçırmakta kullanacak, bir banka soygununda kullanacak veya bir başka hukuka aykırı eylemde, ahlaka aykırı eylemde kullanacak. Acaba karşı taraf bunu biliyorsa bu araç kiralama sözleşmesi, araç satım sözleşmesi geçerli mi veya geçersiz mi? Ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizdir diyebiliyor muyuz? İşte bazı yazarlar diyorlar ki karşı tarafın bunu bilmesi gerekli ve yeterlidir. Bazı yazarlar da diyor ki sınıftaki egemen görüş gibi, karşı tarafın sadece ve sadece bunu bilmesi yetmez karşı tarafın da aynı amacı, aynı ahlaka aykırı amacı gütmesi gerekir diyorlar. Bu ne demek? Aynı ahlaka aykırı amacı açık ve örtülü şekilde benimsemek demek:

“Madem soygunda kullanacaksınız, size zırhlı veya camları kurşun geçirmez ya da çok daha süratli bir araç verelim ki polis arabaları asla sizi yakalayamasın. Bunlar biraz daha pahalı ama madem soygunda kullanacaksınız bunları kiralamanız daha iyi olur!” (Bu cümlelerin altında örtülü şekilde yatan asıl amaç ne? Kiraya veren de de bu kiralamalardan çok daha fazla çıkar elde etsin! Değil mi?) gibi cümleler, mutabakatlar sonuç itibarıyla ne olacaktır? Karşı tarafın ahlaka aykırı amacının diğer tarafça benimsenmesi, açık veya örtülü şekilde benimsenmesi anlamına gelecektir diyoruz.

c-) Hukuka uygunluk sebebi varsa ahlaka aykırılık tartışması yapılamaz

Bu noktada bir şeyi daha söylememiz gerekiyor. Bugün bir randevu evi işletmek için taraflar sözleşme yapsalar yani gizli, kaçak, hukuka aykırı bir randevu evi işletmek için bir sözleşme yapsalar, bir ortaklık sözleşmesi yapsalar, bir kira sözleşmesi yapsalar ne yapacağız biz bunu? Ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu söyleyeceğiz ama bir içtihadı birleştirme kararı hükümet tarafından izin verilen genelevlerle ilgili sözleşmelerin, bunlarla ilgili kiralama sözleşmelerinin hukuka uygun olduğunu söylüyor. Hukuka uygun olduğu içindir ki biz artık neyi tartışmıyoruz? Ahlakı aykırılığı tartışmıyoruz.

Baktığımız zaman bizim kanunumuzda da var. İnternet sitemizde de var. 14.01.1948 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı, E: 30, K: 2. Şöyle söylemiş Yargıtay: *“Bu sebeplere binaen ...”* (yani metni biraz daha geniş şekilde görmek istiyorsanız bizim internet sitemize bakabilirsiniz) *“... hükümetin izniyle genelev açanlara kiralanan gayrimenkule müteallik akdin sahih ve muteber olduğuna ...”* yani geçerli ve hukuka uygun olduğun karar verildi. Peki. Demek ki o zaman ahlaka aykırılığı bazen böyle ne yapamıyoruz, hukuka uygunluk sebebiyle, tartışmıyoruz diyoruz.

d-) Ahlaktan anlaşılması gereken nedir?

Ahlaktan kastımız ne? Ahlak kimin ahlakı? Hâkimin kendi ahlakı mı yoksa topluma mal olmuş, makul, dürüst, namuslu kişilerin normal standarttaki ahlak anlayışları mı? İkincisi, değil mi? Çünkü ahlak anlayışı toplumdan topluma değişebiliyor, yıllar içerisinde değişebiliyor. Yaşam değişiyor, dünya değişiyor. Toplumsal düşünceler değişiyor, ahlak anlayışı da değişiyor.

Yıllar öncesinden bir örnek veriyor yazarlar, geçmişte Fransız tiyatrolarında alkışçılarla yapılan sözleşmeler varmış. Para veriyorlarmış. Alkışçılar da işte oyun esnasında alkışlıyorlarmış. Bu sözleşmeler ahlaka aykırı mı değil mi tartışması yapılmış.

Şimdi bugün bir film vizyona giriyor. O film vizyona girerken yapılan reklamlar, oyuncularla yapılan röportajlar, tanıtım programları, set arkasından yapılan yayınlar, bu anlamda yapılan bütün desteklemeler acaba ahlaka aykırı mı değil mi? Hepsini teker teker bir düşünün bakalım. Acaba ahlaka aykırı mı değil mi? Herhalde ahlaka aykırı olmadığı sonucuna varacaksınız, değil mi?

Demek ki hâkimin kendi ahlak anlayışı değil topluma mal olmuş ahlak anlayışı, herkes tarafından, daha doğrusu, namuslu dürüst makul insanların kabul ettiği ahlak anlayışı esas alınmalıdır diyoruz.

Ahlâk anlayışının da yıllar içinde değişebileceğini unutmamak lazım. Bundan 70 - 80 yıl önce bir mayo defilesi acaba nasıl karşılanıyordu? Şimdi nasıl karşılanıyor?

3-) Kamu düzenine aykırılık

Geldik kamu düzenine. Şimdi kamu düzeni gerçekten de oldukça zor bir kavram. Belki onlarca tarif yapılabilir ama yazarların söylediği bir şey var. Kamu düzeni böyle pek de tanımlanabilir bir şey değildir; kamu düzeni hissedilebilir bir şeydir. Kamu düzeni sezinlenebilir bir şeydir. Tanımlanabilir bir şey değildir ama sezinlenebilir bir şeydir. O zaman hâkim ne yapacaktır? Ferasetiyle (zekâsı veya anlayışı) ile bir sözleşmenin kamu düzenine aykırı olup olmadığını tartacaktır.

a-) Kamu düzenini koruyan kamu hukuku kuralları

Kamu düzeni sadece ve sadece kamu hukuku kurallarından ibarettir diyen yazarlar varmış geçmişte. Ceza hukuku kuralları kamu hukuku kurallarıdır. İdare hukuku kuralları kamu hukuku kurallarıdır. Kamu düzenini sağlayan kurallar kamu hukuku kurallarıdır demişler. Fakat bu görüş kabul görmemiş.

Bugün kabul edilen baskın görüş şunu söylüyor: Kamu düzeni kuralları evet kamu hukukundan kaynaklanabilir. Evet, ceza hukukundan kaynaklanabilir. Evet, idare hukukundan kaynaklanabilir. Evet, imar hukukundan kaynaklanabilir. Evet, çevreyi koruyan kurallardan kaynaklanabilir ama kamu düzenini kamu hukuku kurallarıyla sınırlamak doğru olmaz.

b-) Kamu düzenini koruyan özel hukuk kuralları

Kamu düzenini koruyan özel hukukta da kurallar vardır. Geçen haftaki derslerimizi hatırlayalım. Dedik ki zamanaşımından peşinen feragat kesin hükümsüzdür. Bu hüküm neyi korur? Kamu düzenini korur. Mahkemelerin gerçekten de işlerini gereği gibi yapabilmelerine imkân sağlayan bir hükümdür dedik. Borçlar Kanununun 148. maddesindeki hükümdü TBK m. 148: “*III. Sürelerin kesinliği*” kenar başlığı altında.

“Bu ayırımında belirlenen zamanaşımı süreleri sözleşmeyle değiştirilemez.”

Bu da kamu düzenine ilişkin bir hükümdür.

Aynı şekilde bugün tüketicileri koruyan hükümler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alır. Özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıları koruyan hükümler, bizim Borçlar Kanunumuzda yer alır. Bu kurallar da kamu düzenine ilişkin kurallardır.

c-) Kamu düzeninin değişkenliği

Kamu düzenine baktığımızda kamu düzeni de zaman içerisinde değişebilir. Kamu düzenine ilişkin kurallar da zaman içerisinde değişebilir. Bundan 50 yıl önce kamu düzenini sarsacak olan bir olayın bugün itibarıyla kamu düzenini sarsmayacağı söylenebilir.

Özellikle mesela ülkemizde yabancı para ile ilgili çeşitli yasaklar yürürlükte kalmıştır uzun yıllar boyunca. Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki mevzuat çerçevesinde yabancı para ile ilgili birçok sınırlama getirilmiştir. O dönemde bu sınırlamaların kamu düzeni amacıyla sevk edildiği söylenmiştir ama yıllar sonra ekonomik gereklilikler çerçevesinde yabancı para ile sözleşme yapılmasına imkân sağlayacak noktalara gelinmiştir.

Bugün de içinde bulunduğumuz çeşitli sebeplerle Türk vatandaşlarının kendi aralarındaki örneğin taşınmaz satımı, taşınır satımı örneğin kiralama, gayrimenkul kiralama, yabancı para üzerinden sözleşme yapmaları yasaklanmıştır. Onun da altında yine kamu düzenine ilişkin kaygılar var, değil mi? Enflasyonu düşürmek, dolarizasyonu engellemek, Türk parasının tercih edilebilirliğini ve itibarını arttırmaya yönelik birtakım kaygılar, endişelerle bütün bunlar sevk ediliyor. Dolayısıyla, kamu düzeni değişebilen bir kavramdır.

Kısacası, kamu düzeni kamu hukuku kurallarıyla oluşan bir yapı gibi görünmekle beraber bu doğru değildir. Özel hukuk kuralları da kamu düzenini koruyabilir.

Peki, o zaman ne yapacağız? Eğer bir hüküm açıkça kamu düzenini koruyorsa o hükme aykırılık zaten emredici hükümlere aykırılık anlamına gelecek. Örneğin Borçlar Kanunu m. 148; mealen "Bu Kanun'un 3. bölümünün 2. ayrımındaki zamanaşımı sürelerini değiştiremezsin." şeklindeki hüküm, mealen "Zamanaşımı def'inden, peşinen feragat edemezsin" şeklindeki hüküm (TBK m. 160). Hep nedir? Emredici hükümlerdir. Bunlara aykırılık emredici hükümlere aykırılıktır.

Aynı şekilde çevre mevzuatı, imar mevzuatı, ceza hukuku kuralları, idare hukuku kuralları hepsi emredici kurallar olarak karşımıza çıkar.

d-) Yazılı olmayan kurallar

Kamu düzeni, yazılı olmayan kurallarla da karşımıza çıkabilir mi tartışması var. Bazı yazarlar diyorlar ki; "Böyle soyut, afaki, belirsiz, yazılı olmayan bir kuraldan ve onun yarattığı kamu düzeninden bahsetmek hukuk düzenini tehlikeye atar. Kamu düzenini koruyan kuralların mutlaka yazılı olması gerekir!"

Peki, ahlak kuralları yazılı mı? Hayır! Ama yine de ahlaka aykırılıktan bahsedebiliyoruz ve tartışabiliyoruz değil mi?

Kanun, hâkime bir sözleşmenin feshinde haklı sebepleri tartma imkânı tanıyor. Haklı sebepler listesi var mı? Kira sözleşmesinin sonlandırılabilmesi bakımından haklı sebepler listesi şudur? Diyebilir miyiz? Bunlar yazılı mı? Hayır. Hâkime haklı sebebin ne olduğuna dair bir takdir yetkisi tanınmış.

Dolayısıyla işte biraz önce söyledim kamu düzeni tanımlanamaz bir şeydir. Kamu düzeni daha çok hissedilebilir bir şeydir dedim; bu çerçevede diyoruz ki hâkim yazılı olmayan kurallardan da yola çıkarak bir sözleşmenin kamu düzenine aykırı olup olmadığını tartabilir.

Özellikle aileyi koruyan hükümler özellikle çocukları koruyan hükümler özellikle evlilik müessesesi özellikle tek eşliliğe ilişkin hükümler Medeni Kanunun düzenlemeleri veya işte bu konudaki yazılı olmayan kurallar hep ne yapacaktır? Kamu düzenini inşa eden hükümler olarak değerlendirilir. Bu gibi kurallarla belirlenen kamu düzenini ihlal eden sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

Kısaca kamu düzeni kuralları veya kamu düzeni için bir tarif vermek gerekirse: Bunlar toplumun menfaatini koruyan kurallardır. Toplumun çıkarını koruyan kurallardır. Ve toplum menfaati için konulan bu kurallara uyulmasında ve korunmasında toplumun ve devletin yüksek çıkarları vardır. Bu kuralların tümüne kamu düzeni kuralları denebilir.

Dolayısıyla bu şekilde tanımlar yapılabilir. Tekrar söyleyecek olursak, toplumun çıkarlarını, toplumun düzenini, toplumun menfaatini, devletin devlet aygıtı olarak erklerini koruyan hükümler kamu düzenine ilişkin hükümlerdir diyebiliriz.

4-) Başlangıçtaki objektif imkânsızlık

TBK m. 27'deyiz. Yine 1. fıkrasındayız. Sözleşmenin konusunun imkânsız olması. Bunun için biz şöyle didaktik bir yöntem benimsiyoruz derslerde ve ders kitaplarında. Öğretici bir yöntem benimsiyoruz. Başlangıçtaki imkânsızlık diyoruz, başlangıçtaki imkânsızlık.

a-) Sonraki imkânsızlık = edimin ifasının sözleşmenin kurulmasından imkânsızlaşması

Başlangıçtaki imkânsızlık kavramının bir de karşıt bir kavramı var: Sonraki imkânsızlık. Sonraki imkânsızlığı biz size ikinci dönemdeki derslerde anlatacağız. Yani bir sözleşme kurulduktan sonra, bir kişi bir edimini taahhüt ettikten sonra o edimin imkânsızlaşması, o edimin imkânsız hale gelmesi kavramını biz size ikinci dönemde anlatacağız.

Bir edimin imkânsızlaşması = sonraki imkânsızlık. Edimin sonradan imkânsızlaşması yani sonraki imkânsızlık kavramı ikinci dönemin konusu olacaktır.

b-) Edimin sözleşme kurulmadan önce imkânsız olması = başlangıçtaki imkânsızlık

Bugünün konusu ne? Bugünün konusu sözleşme yapılırken sözleşme konusunun imkânsız olması. Edimin (ifasının) imkânsız olması yani çok klasik bir örnektir. Kişi ne yapıyor? Bir satım sözleşmesinde bir parça borcu var, bir tablo var, bir halı var, evdeki bir vazo var. Bu vazo, bu halı, bu tablo, örneğin ressam X'e ait tablo. "*Bunun mülkiyetini*

nakledeceğim.” diye taahhütte bulunuyor ve fakat sözleşme kurulduğu esnada söz konusu tablo yanmış bulunuyor. Söz konusu halı yanmış bulunuyor. Yani yok olan bir şeyin mülkiyetini nakletmek mümkün mü? Edim imkânsızdır, bir diğer söyleyişle edimin ifası imkânsızdır.

Dolayısıyla başlangıçtaki imkânsızlık kavramı genellikle şöyle irdelenir. Bu imkânsızlık nasıl olmalıdır? Sözleşme kurulmadan önce mevcut olmalıdır. Birinci kuralımız.

İkinci kuralımız nedir? Bu imkânsızlık yeryüzündeki herkes için söz konusu olmalıdır. Yanan bir halının, tuzla buz olan bir vazunun, yanan bir tablonun, teslim edilmesi mümkün değil. Dolayısıyla bütün bu örneklerde edim herkes için imkânsızdır. Dolayısıyla işte bu noktada da bu imkânsızlığın objektif olmasından söz edilir. Edimin ifasının herkes için imkânsız olmasından söz edilir

1- Demek ki sözleşme kurulurken edim imkânsız olacak. 2- Bu imkânsızlık objektif olacak. Yani herkes için edimin ifası imkânsız olacak. Eğer durum böyle ise yine Borçlar Kanunu diyor ki; böylesine bir akit kesin olarak hükümsüzdür diyor.

aa-) Filli imkânsızlık

Birkaç tane daha örnek verelim. Bir tanesi fiili imkânsızlık örneği olsun. Biraz önce bahsettiğim ressam X'e ait tablonun mülkiyetinin nakledilmesine dair sözleşme, evdeki İran halısının, el halısının, ipek halının mülkiyetinin nakline dair sözleşme. Yani hep böyle ferden muayyen, belirli bir nesnenin teslimine, mülkiyetinin nakline dair sözleşmelerden söz ediyoruz.

bb-) Cins borçları - nev'i telef olmaz ilkesi

Oysaki 3 kilo pirinç, 5 ton buğday, 2 litre zeytinyağının ifasının imkânsız olması mümkün değil. “*Nev'i telef olmaz*” ilkesi var. Roma hukuku derslerinde de görmüşsünüzdür, nev'i telef olmaz (*Genus non perit*).

Yani bir cins borcu söz konusuysa; sayma, ölçme, tartma ile belirliyorsak sözleşmenin konusunu, 2 kilogram un, 3 litre zeytinyağı, 5 ton kömür, 3 ton pamuk diye belirliyorsak, nev'i telef olmaz. Yeryüzünden pamuk yok olmadığı müddetçe, kömür yok olmadığı müddetçe, buğday yok olmadığı müddetçe, zeytinyağı yok olmadığı müddetçe bu edimin ifasının imkânsızlığından söz edilemez.

cc-) Parça borçları - ferden muayyen borç

Dolayısıyla örnek nasıl olmalı? Bir parça borcu olmalı, ferden muayyen bir borç olmalı. Ferden muayyen bir eşya söz konusu olmalı. Ressam X'in şu tablosu, evdeki şu halı, şu vazo gibi. 34 ABC 123 plakalı araç gibi. Borcun konusunun ne yapılmış olması lazım? Bireyselleştirilmiş (ferdileştirilmiş) olması lazım diyoruz.

dd-) Hukuki imkânsızlık

2. örnek hukuki imkânsızlık örneği olsun. Hukuki imkânsızlık ne şekilde karşımıza çıkabilir? Özellikle inşaat yasakları vardır. Siz şehrin belli bir alanında inşaat yapmayı taahhüt etmişsinizdir. Fakat o alanda inşaat yapmak yasaktır.

Siz şehrin belli bir alanında belli katta inşaat yapmayı taahhüt etmişsinizdir. 20 katlı gökdelen yapmayı taahhüt etmişsinizdir. 10 kata kadar izin vardır. Yani bunlar hukuki imkânsızlık örnekleridir. Deminki örnekler fiili imkânsızlık örnekleri. Bu örnekler hukuki imkânsızlık örnekleri.

Siz büyük bir araziye sahipsinizdir. Arazinizi 500 m² lik parseller halinde bölüp satma niyetiniz vardır. İfraz edip her birine tapuda ayrı sayfalar açtırıp her birini ayrı ayrı satma arzunuz vardır. Fakat imar mevzuatı demiştir ki; “1.000 m² nin altında bir parselasyona müsaade etmiyorum. 1.000 m² nin altında bir ifraza, ayırmaya müsaade etmiyorum.” demiştir. Dolayısıyla sizin bu taahhüdünüz ne olacaktır gerçekten de? Hukuken imkânsız olacaktır.

Bir başka örnek: X maddesini ithal etmeyi taahhüt etmişsinizdir. Bir ilacın üretilmesi için veya bir patentin yaratılabilmesi için veya bir makinenin üretilebilmesi için. O ham madde veya o nesnenin ithali yasaktır. Sözleşmenin kurulmasından önce yasaklanmıştır. Hiç kimsenin o parçayı, o nesneyi, o ham maddeyi ülkeye ithal etmesi mümkün değildir. Objektif olarak imkânsızdır.

Demek ki objektif imkânsızlık çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Hukuki imkânsızlık, fiili imkânsızlık ama önemli olan şudur. Öğrencilerin kafasında ne kalmalıdır? İmkânsızlık sözleşme kurulmadan önce mevcut olmalıdır ve imkânsızlık herkes için bir imkânsızlık hali olmalıdır. Yani objektif imkânsızlık hali olmalıdır.

ee-) Culpa in contrahendo = Sözleşme görüşmelerinde kusur

Şimdi bu noktada iki tane mesele kalıyor geriye.

Bunlardan bir tanesi *Culpa in contrahendo* meselesi. Yani sözleşme görüşmelerinde kusur meselesi.

Satıcı sattığı tablonun, sözleşmenin yapılmasından önce zaten yandığını biliyorsa ancak ona rağmen sözleşme görüşmelerini sürdürüyorsa o zaman karşı tarafın bu sözleşmeye duyduğu güven nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Sözleşme görüşmelerinde kusur kavramı.

Satıcı sattığı tablonun yandığını biliyorsa sözleşme görüşmeleri başlamadan önce o zaman alıcının bu sözleşmeye güvenerek yaptığı harcamaları, masrafları bu sözleşmeye duyduğu güven nedeniyle uğradığı zararı gidermek zorundadır. Bu zarara menfi zarar, olumsuz zarar denir.

Şunu söylemek istiyorum. “Tabloyu satın almak için Amerika’dan buraya uçtuk geldik. Ekspere getirdik yanımızda. Avukat getirdik yanımızda. Avukata, uçağa, otele, ekspere

ödediğimiz ücretler, yaptığımız ödemeler var. Bütün bunlar boşa gitti. Ben seninle bu sözleşmeyi yapmasaydım, eksper de tutmayacaktım, Amerika'dan Türkiye'ye de uçmayacaktım, otelde de kalmayacaktım, yanımda avukat da getirmeyecektim, tercüman da tutmayacaktım, hiçbirini yapmayacaktım. Dolayısıyla madem sen kusurlusun, sözleşme görüşmeleri esnasında, o halde benim uğradığım zararı gidermek zorundasın!”

ff-) Koruma yükümlülükleri - TMK m. 2 den kaynaklanırlar

Biz size derslerimizin başında bazı kavramlar anlattık. Edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri. Bir de koruma yükümlülükleri var.

Bir sözleşme yapmak için bir araya gelen şahıslar birbirlerinin şahıs varlığı değerlerine, malvarlığı değerlerine etkide bulunma şanslarını arttırıyorlar. Bu doğrultuda birbirlerinin malvarlığı değerlerine, şahıs varlığı değerlerine zarar verme riski söz konusu. O zaman işte bu nedenle daha da özen göstermek zorunda kalıyorlar. Özen yükümlülükleri devreye giriyor, koruma yükümlülükleri devreye giriyor. Karşı tarafın şahıs varlığı değerlerini, malvarlığı değerlerini koruma yükümlülükleri söz konusu oluyor. Birbirlerine bilgi vermek birbirlerini aydınlatmak yükümlülüğü altında oluyorlar.

Bu koruma yükümlülüklerine aykırı davranışlar da işte bahsettiğimiz gibi “*culpa in contrahendo*” = “sözleşme görüşmelerinde kusur” başlığı altında ele alınıyor.

www.ilhanhelvacidersleri.com
