

**SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNİN
KAMU DÜZENİ GEREKÇESİYLE
SINIRLANDIRILMASI**

Doktora Tezi

Kemal ATASOY

Eskişehir 2020

**SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNİN KAMU DÜZENİ
GEREKÇESİYLE SINIRLANDIRILMASI**

KEMAL ATASOY

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Doktora Programı

Danışman: Prof. Dr. Başak Zeynep BAYSAL ZEKİ

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Ocak 2020

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Kemal ATASOY'ın "Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gereğiyle Sınırlandırılması" başlıklı tezi 07 Ocak 2020 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca **Özel Hukuk Anabilim Dalı Anabilim Dalında, Doktora** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) :**Prof. Dr. Başak Zeynep BAYSAL ZEKİ**

Üye :**Prof. Dr. Şebnem AKİPEK**

Üye :**Prof.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

Üye :**Doç. Dr. Mesut AYGÜN**

Üye :**Dr.Öğr.Üy. Gökçe CANARSLAN**

Prof. Dr. Bülent GÜNŞOY
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal
Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZET

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAMU DÜZENİ GEREKÇESİYLE SINIRLANDIRILMASI

Kemal ATASOY

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2020

Danışman : Prof. Dr. Başak Zeynep BAYSAL ZEKİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 27’de sözleşme özgürlüğüne ilişkin yer alan kamu düzenine aykırılık sınırı, ekonomik kamu düzeni kavramının koruyucu özelliğini yansıtmaktadır. Sözleşmenin iç ekonomik dengesinin bozulması ve toplumsal genel menfaatin ihlal edilmesi halinde ekonomik kamu düzenine aykırılık oluşmaktadır. Sözleşmede toplumun genel menfaatinin dikkate alınması, ahlaka aykırılık ile kamu düzenine aykırılığı ayıran en önemli noktadır. Kamu düzeni kurallarının somutlaştırılması bakımından hakim için zayıf tarafın korunması ilkesi ve sözleşmede taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik hali yol göstericidir. Sözleşme adaleti, hakkaniyet ilkesi ve toplumsal ekonomik barışı sağlama amacı ve ölçülülük ilkesi kamu düzeni kavramının sözleşme hukukunda uygulanmasında dikkate alınmalıdır. Hakimin kamu düzenine aykırılığı tespit edebilmesi için tarafların ekonomik ve sosyal durumunu araştırma ödevini yerine getirmesi gereklidir. Bundan dolayı zayıf tarafın *a priori* belirlenmesi, kamu düzenine aykırılık konusunda isabetli olmayacaktır. Zayıf tarafın sözleşmede yapısal bir eşitsizlik hali nedeniyle korunması ihtiyacı, sözleşmenin mevcut bir piyasa aksaklığı etkisiyle yapılması ile doğmaktadır. Ancak kamu düzenine aykırılığın tespitinde zayıf tarafın başta ekonomik olmak üzere temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi dikkate alınmalıdır.

Anahtar kelimeler: Ekonomik kamu düzeni, Sözleşme özgürlüğü, Zayıf tarafın korunması ilkesi, Sözleşme adaleti, Yapısal eşitsizlik

ABSTRACT

THE LIMITATION IF FREEDOM OF CONTRACT ON THE PUBLIC ORDER

Kemal ATASOY

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School of Social Science, January 2020

Supervisor: Prof. Dr. Başak Zeynep BAYSAL ZEKİ

The contrariety to public order that is about the freedom of contract in the Article 27 of Turkish Obligation Code (No. 6098) reflects the notion of economic public order's protective nature. In case of instability of economic balance of contract and the breach of social general benefit, the contrariety to economic public order arises. Considering social general benefit in contract is the most important arbiter on separation of the contrariety to good morals and the contrariety to public order. The principle of protection of weak party and structural disparity between parties are indicators for jugdes on the subject of embody the rules of public policy. Applying the rules of public policy in contract law requires consideration of contractual justice, the principle of equity, object of social economic peace and the principle of proportionality. Judges have the duty to research the parites' economic and social situation on the subject of establishment of the contrariety to public policy in contract. Hereby it is not suitable that defending the *a priori* detection of weak parties on the subject of the contrariety to public policy. The need of protection of weak party in situation of structural disparity should be arisen due to the existing market failure's effect on making the contract. Yet when the establishment of contrairty to public order is in the question, the subject that should be evaluated is the breach of fundamental rights and freedoms, espieccally economic ones, of the weak party.

Keywords: Economic public order, Freedom of contract, Principle of protection of weak party, Contractual justice, Structural disparity

ÖNSÖZ

‘Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gereğiyle Sınırlandırılması’ başlıklı tez çalışması, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı dahilinde 07.01.2020 tarihinde Prof. Dr. Başak Baysal, Prof. Dr. Şebnem Akipek, Prof. Dr. Hayrunisa Özdemir, Doç. Dr. Mesut Aygün ve Dr. Öğr. Üyesi S. Gökçe Canarslan Karakul’dan oluşan jüri tarafından başarılı bulunarak onaylanmıştır. Kamu hukuku ve özel hukuk arasında disiplinlerarası bir çalışma gerektiren kamu düzeni kavramının Borçlar hukukunda incelenmesi, özel hukuka yabancı olan bu soyut kavramın somutlaştırılması çabası ile şekillenmiştir. Kanun koyucu tarafından kamu düzenine aykırılık sınırı ile sözleşme özgürlüğü açısından düzenlenen bahse konu kavram, özel hukukta yer alan kavram ve ilkelerin yanı sıra anayasal düzenlemeler ile öğretilerdeki farklı görüşlerden yararlanarak ele alınmıştır.

Her daim sancılı olabilecek tez aşamasında doğru yolu bulmamı sağlayan, en umutsuz anımda bana kol kanat gererek farklı ufuklar açan, derin bilgi ve birikimi ile bu tezin sonuçlandırılmasında büyük emeği olan, saygıdeğer tez danışmanım Prof. Dr. Başak Baysal’a sonsuz minnet ve şükranlarımı sunuyorum. Çalışma konusunun belirlenmesi aşamasında beni bu zorlu konu hakkında cesaretlendiren, bilgisini ve sohbetini lisans yıllarımdan beri asla esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Burak Özen’e derin minnet ve şükranlarımla özel teşekkürlerimi iletiyorum. 2013 yılından beri çalıştığım kurum olan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Medeni hukuk kürsüsünde birlikte çalışma imkanı bulduğum sevgili hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Hayriye Şen Doğramacı, Dr. Öğr. Üyesi Pelin Karaaslan, Dr. Öğr. Üyesi S. Gökçe Canarslan Karakul’a ve başta Ar. Gör. Sevtap Yücel, Ar. Gör. Özden Özer Taşkın olmak üzere kürsüdeki tüm asistan arkadaşlarıma teşekkür ederim.

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmanın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarda 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 yaptığımı bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Kemal ATASOY

İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR DİZİNİ	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMI

1. Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve Kamu Düzeni Kavramı	6
2. Çeşitli Hukuk Alanlarında Kamu Düzeninin Tanımı	10
3. Farklı Hukuk Sistemlerinde Kamu Düzeni Kavramı	12
3.1 Anglo-Amerikan Hukuku	12
3.2 Alman Hukuku.....	14
3.3 Fransız Hukuku	15
3.4 İsviçre Hukuku.....	17
4. Kamu Düzeni Kavramının İçeriği.....	20
4.1 Genel Olarak	20
4.1.1. Kamu düzeninin tanımlanması sorunu ve temel özellikleri.....	20
4.1.2. Özel hukuk- kamu hukuku ayrımında kamu düzeninin yeri	27
4.1.3. Kamu düzeninin ulusal hukuka bağlılığı.....	29
4.1.4. Kamu düzeni ve kamu yararı kavramı.....	32
4.2 Ekonomik Kamu Düzeni	34
4.2.1. Kavramın temel özellikleri.....	34
4.2.2. Ekonomik- politik kamu düzeni ayrımı.....	38

4.2.3.	Ekonomik kamu düzeninin türleri.....	39
4.2.3.1.	Yönlendirici- koruyucu ekonomik kamu düzeni	39
4.2.3.1.1.	Koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralında genel- özel menfaat ayrımı.....	42
4.2.3.1.2.	Ekonomik kamu düzeni kurallarının sınıflandırılmasının yerindeliği	45
4.2.3.2.	Sosyal kamu düzeni	49
4.3	Politik Kamu Düzeni	52
4.3.1.	İdari kamu düzeni.....	52
4.3.2.	Anayasal kamu düzeni.....	53
4.3.2.1.	Kişinin ekonomik hak ve özgürlükleri	53
4.3.2.2.	Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin sınırlarından kamu düzeni (1982 Anayasası md. 13 ve md. 48 karşılaştırması).....	55
4.3.2.3.	Bireyler arası özel hukuktan doğan hukuki ilişkilerde anayasanın uygulanabilirliği (Yatay uygulanma prensibi/ die Drittwirkung Theorie/ la théorie des effets horizontaux).....	60
4.4	Kamu Düzeninin Belirlenmesi Sorunu	65
4.4.1.	Yasal- yargısal kamu düzeni ayrımı.....	65
4.4.2.	Kamu düzeni kavramının değişkenliği	70
4.4.2.1.	Anglo-Amerikan hukuku	70
4.4.2.2.	Kıta Avrupası hukuku	75
5.	Kamu Düzeni Kavramına İlişkin Düşünceler	81

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE KAMU DÜZENİ

1.	Sözleşme Özgürlüğü İlkesi	88
1.1.	Sözleşme Özgürlüğünün Çıkış Noktası: İrade Özerkliği	88
1.2.	Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı	90
1.2.1.	Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü	90
1.2.2.	Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü	91
1.2.3.	Sözleşmenin konusunu belirleme ve içeriğini düzenleme özgürlüğü .	91

1.2.4.	Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü	92
1.2.5.	Sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğü	92
2.	Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması İle Korunan Hukuki Değerler.....	93
2.1.	Kişilik Hakkının Korunması.....	93
2.2.	Ekonomik Kamu Düzeninin Korunması	95
2.3.	İşlem Güvenliğinin Korunması.....	97
3.	Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Sınırları	99
3.1.	Genel Olarak	99
3.2.	Sözleşme Özgürlüğünün Hukuki İşlemleri Ayakta Tutma İlkesine Yönelik Sınırları.....	100
3.2.1.	Sözleşme yapma zorunluluğu	100
3.2.1.1.	Yasal düzenlemelerden doğan sözleşme yapma zorunluluğu....	101
3.2.1.1.1.	Kamu hukukundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu.....	101
3.2.1.1.2.	Özel hukuktan doğan sözleşme yapma zorunluluğu	102
3.2.1.2.	Ön sözleşmeden doğan sözleşme yapma borcunun niteliği	104
3.2.2.	Aşırı ifa güçlüğü durumunda sözleşmenin uyarlaması.....	106
3.3.	Sözleşme Özgürlüğünün Hukuki İşlemi Geçersiz Kılan Sınırları ve TBK md. 27 Çerçevesinde Kamu Düzeni.....	108
3.3.1.	Hukuka aykırılık kavramı	109
3.3.2.	Kamu düzenine aykırılık.....	111
3.3.3.	Emredici hükümlere aykırılık	114
3.3.3.1.	Sözleşme özgürlüğünü sınırlama işlevi.....	114
3.3.3.2.	Hukuki işlemlerde emredici kurallara aykırılık ve kamu düzeni.....	116
3.3.4.	Ahlaka aykırılık	118
3.3.4.1.	Sözleşme özgürlüğünü sınırlama işlevi.....	118
3.3.4.2.	Hukuki işlemlerde ahlaka aykırılık ve kamu düzeni	119
3.3.4.3.	Ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık	128
3.3.4.3.1.	Karşılaştırmalı hukukta ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık	128

3.3.4.3.2. Türk hukukunda ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık.....	132
3.3.5. Kişilik hakkına aykırılık	152
3.3.5.1. Sözleşme özgürlüğünü sınırlama işlevi.....	152
3.3.5.2. Kişilik hakkına aykırı işlemler ve kamu düzeni	153
3.3.6. Hukuki işlemin konusunun imkânsız olması.....	154
3.4. Kamu Düzenine Aykırılığın Hukuki İşlemlere Etkisi	155
3.4.1. Türk- İsviçre hukukunda hukuki işlemin geçersizliği ve yaptırım türleri....	155
3.4.2. Karşılaştırmalı hukukta kamu düzenine aykırı hukuki işlemlere uygulanacak yaptırım.....	160
3.4.3. Ekonomik kamu düzenine aykırılığın yaptırımının belirlenmesi	162
4. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerinde Kamu Düzeni Kurallarının Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlayıcı Nitelikteki Görünümleri	166
4.1. Sözleşmelerdeki Şekil Şartı (TBK md. 12 vd.)	166
4.2. Genel İşlem Şartlarının Denetimi (TBK md. 20 vd.).....	168
4.3. Sorumsuzluk Anlaşmalarının Sınırlandırılması (TBK md. 115)	172
5. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bağlamında Kamu Düzeni Kavramına Dair Görüşümüz	174

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU DÜZENİNİN HÂKİM TARAFINDAN SOMUTLAŞTIRILMASI VE KAMU DÜZENİNDEN DOĞAN ZAYIF TARAFIN KORUNMASI İLKESİ

1. Kamu Düzeni Kavramının Hâkim Tarafından Somutlaştırılması	185
1.1. Genel Olarak	185
1.2. Kamu Düzenini İlgilendiren Hukuk Kurallarını Uygulama Sorunu.....	189
1.2.1. Türk medeni hukuku çerçevesinde genel bir bakış	189
1.2.2. Kamu düzeninin çerçeve bir kavram olmasının etkisi	193
1.2.3. Türk hukukundaki içtihadın kamu düzenini somutlaştırma hakkındaki yaklaşımı	196
1.3. Hâkimin Kamu Düzeni Kuralını Belirlemede Takdir Yetkisine İlişkin Unsurlar	200

1.3.1.	Temel anayasal değerler.....	200
1.3.2.	Hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın sağlanması amacı.....	202
1.3.2.1.	Hukuk düzenini koruma ve toplumsal yararı sağlama amacı ile hâkim tarafından dikkate alınması gereken kavramlar	203
1.3.2.1.1.	Sözleşme adaleti	203
1.3.2.1.2.	Hakkaniyet ve toplumsal ekonomik barış	212
1.3.3.	Ölçülülük ilkesi	217
2.	Kamu Düzeni Kavramı Işığında Zayıf Tarafın Korunması İlkesi.....	218
2.1.	Zayıf Tarafın Korunması İlkesinin Hukuki Temelleri	218
2.1.1.	Sözleşmenin zayıf tarafı kavramı	219
2.1.1.1.	Genel olarak	219
2.1.1.2.	Sözleşme ilişkisinde zayıf taraf özelliğinin belirlenmesi	224
2.1.1.3.	Zayıf taraf kavramının genişlemesi ve belirsizleşmesi.....	229
2.1.2.	Düzeltilici adalet ve dağıtıcı adalet kavramları.....	236
2.1.3.	Zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde maddi sözleşme özgürlüğü.....	239
2.2.	Sözleşmede Yapısal Eşitsizlik Hali ve Kamu Düzenine Aykırılık	246
2.2.1.	Karşılaştırmalı hukukta yapısal eşitsizlik hali.....	246
2.2.2.	Yapısal eşitsizlik halinin hukukun ekonomik analizi yöntemi ile ilişkisi.....	251
2.2.3.	Kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunmasında yapısal eşitsizlik halinin rolü.....	260
2.3.	Sözleşmede Zayıf Tarafın Korunması Amacı İle Getirilen Önlemler ...	273
2.3.1.	Sözleşmenin kurulması.....	273
2.3.1.1.	Yasada belirli sözleşme unsurlarının düzenlenmesi.....	273
2.3.1.2.	Çatılı konut ve işyeri kiralalarında yazılı tahliye taahhüdü.....	275
2.3.1.3.	Zayıf tarafı bilgilendirme yükümlülüğü.....	277
2.3.2.	Sözleşme içeriğine müdahale edilmesi	287
2.3.2.1.	Aşırı yararlanma (Gabin)	288
2.3.2.2.	Sözleşme içeriğine dair yorum kuralları	289

2.3.2.3. Tüketici sözleşmelerinde haksız şartların denetimi	290
2.3.3. Sözleşmenin sona ermesi	294
SONUÇ	299
KAYNAKÇA	309
ÖZGEÇMİŞ	

KISALTMALAR DİZİNİ

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ANDHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Article
ATF	: Collections des Arrêts des Tribunal Fédéral Suisse
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CC	: Le Code Civil Français
CEDIDAC	: Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Lausanne
Çev.	: Çeviren(ler)
DCFR	: Draft Common Frame of Reference
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
EC	: European Commission (Avrupa Komisyonu)
Ed.	: Editör(ler)
EEC	: European Economic Community (Avrupa Ekonomik Topluluğu)
ERCL	: European Review of Contract Law
ERPL	: European Review of Private Law
eTTK	: 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu

f.	: fıkra
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HLR	: Harvard Law Review
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İzmir Barosu Dergisi
İBGK	: İtihadî Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JCP	: Journal of Consumer Policy
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
L	: Legislation
LCD	: Loi Fédérale contre la Concurrence Déloyale (İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun)
LGDJ	: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence
md.	: madde
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF-HAD	: Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
OJ	: Official Journal
OR	: Obligationenrecht
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler)
RDC	: Revue des Contrats
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RO	: Recueil Officiel du Droit Fédéral
RTD Civ.	: Revue Trimestrielle de Droit Civil

RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: sayfa
S	: Sayı
SJ	: Semaine Judiciaire
STİSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
ÜFE	: Üretici Fiyat Endeksi
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay
yuk.	: yukarıda
ZGB	: Scwizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Elinizdeki tez çalışmasının başlığı ‘Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gereğiyle Sınırlandırılması’ dır. Bu konunun seçilmesinin nedeni, 6098 sayılı TBK md. 27/ f. 1 hükmündeki sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri arasında içeriği en belirsiz olan kamu düzenine aykırılığı Borçlar hukuku alanında incelemek ve kamu düzeninin uygulamada nasıl somutlaştırılacağı sorusuna cevap aramaktır. Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kamu düzeninin temel özellikleri ve türleri incelenecektir. İkinci bölümde söz konusu kavram TBK md. 27/ f. 1 özelinde ve genel hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise, hâkimin kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti ile kamu düzeni ve zayıf tarafın korunması ilkesi arasındaki hukuki bağ irdelenecektir.

Kamu düzeni kuralları, bir toplumun belirli bir yer ve zaman içerisinde vazgeçemeyeceği temel değer ve menfaatleri koruyucu hukuk kuralları olarak özel hukukta da yer almaktadır. Kamu düzenine ilişkin tek bir tanım getirmeye çalışmaktansa uygulamada ele alınması gereken unsurlarının belirlenmesi daha yararlıdır. Çalışma konusu kavramın belirli bir düzeninin sürekliliğini taşımakla beraber aynı zamanda yer ve zamana göre değişken bir kavramdır. Bu nedenle TBK md. 27’de çerçeve bir kavram olan kamu düzenine ilişkin hâkimin takdir yetkisi söz konusudur. Tüm bunların sonucunda yazılı kuralların yanı sıra yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığı da tanınmalı, inceleme konusu yapılmalıdır. Peki, bu yazılı olmayan kurallar nasıl somutlaştırılacaktır? Çalışma kapsamında özel hukukun anayasallaştırılması ve hâkimin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi amacı doğrultusunda hukuki bir çözüme ulaşılması hedeflenmektedir.

Borçlar hukuku alanında kamu düzeni, ekonomik kamu düzeni olarak algılanmalıdır. Ekonomik kamu düzeni, sözleşmede genel-özel menfaat dengesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan tarafların sözleşmeden bekledikleri ekonomik menfaatler, genel menfaati ihlal etmemelidir. Ekonomik kamu düzeninin anayasal temeli, Anayasa md. 48 hükmündeki sözleşme özgürlüğü ve özel teşebbüs özgürlüğüne dayanmaktadır. Özel hukukun anayasallaştırılması açısından kamu düzenine ilişkin hâkimin takdir yetkisinin sınırının temel hak ve özgürlükler ile belirlenmesi gerekir. Anayasa hükümlerinin yatay uygulanma prensibi ışığında Borçlar hukukunda

kamu düzeni açısından tarafların temel hak ve özgürlüklerini birbirlerine karşı ileri sürebilmesi, hâkimin anayasal değer ve ilkelere başvurabilmesi mümkündür.

TBK md. 27 hükmü çerçevesinde sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri arasında “ekonomik” ahlaka aykırılık- kamu düzenine aykırılık ilişkisi en belirsiz olanıdır. Bu durumun nedenleri, söz konusu iki kavramın ortak özelliklerinin çok olması ve aralarındaki gri alanın büyüklüğüdür. Bu konuda önemle vurgulanması gereken nokta, Türk kanun koyucunun kamu düzenini bağımsız bir sınırlama sebebi olarak TBK md. 27’de düzenlemesidir. Dolayısıyla karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ileri sürülen görüşlerden farklı olarak, ahlak ve kamu düzeni kuralları arasında herhangi bir hiyerarşik ilişkiden bahsedilmesi zordur. Söz konusu ayırımı kilit nokta ise, tarafın ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması halidir. Bu durumun ortaya çıkması halinde taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal açıdan güç eşitsizliğinin ahlaka ve kamu düzenine aykırılık açısından ne derecede önem arz ettiği, asli mi yoksa yan bir unsur mu olduğu sorularının aydınlatılması gereklidir. Türk hukukunda ahlaka aykırılığın uygulama alanının genişletilmesi çabası oldukça sakıncalıdır. Zira böyle soyut, yer ve zamana göre değişken kavramların içeriğinin belirsizleşmesi, yenilenmesinin önlenmesi ve eskimesi tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu tehlikeye karşı alınması gereken önlem, Türk kanun koyucunun açıkça düzenlediği kamu düzeni kavramının ekonomik açıdan somutlaştırılması olmalıdır. Ayrıca bu yönde getirilecek bir çözüm, hukuk güvenliği ile uyumludur. Kamu düzeninin somutlaştırılmasının Borçlar hukuku öğretisinde oldukça tartışmalı olan TBK md. 81 hükmünün uygulanmasının sınırlandırılması gibi pratik sonuçları da doğacaktır.

Sözleşmenin kamu düzenine aykırı olup olmadığına karar verirken hâkim, kamu düzenine ilişkin takdir yetkisi kapsamında somut olayda irade özerkliğinin mi yoksa zayıf tarafın korunması ilkesinin mi ağır bastığını belirlemelidir. Kamu düzenine aykırılık kararında hangi hukuki değer ve ilkelerin ele alınması gerektiği sorusu ise büyük kısmı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarından oluşan mahkeme içtihadı doğrultusunda aydınlatılmalıdır. Bu durum kamu düzeninin ulusal hukuka bağlı olma özelliği gereğidir. Hâkimin takdir yetkisine dair unsurların Türk hukukundaki mahkeme içtihadı ışığında belirlenmesinde temel hedefler, subjektif kamu düzeni görüşlerini bertaraf etmek, kamu düzenine aykırılığın istisnai ve son çare olarak başvurulması gereken bir hukuki çözüm olduğunu vurgulamak, hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın sağlanması amaçları doğrultusunda inceleme yapmaktır.

Borçlar hukukunda irade özerkliğinin mutlak eşitlik doğurduğu görüşünden sözleşme özgürlüğünün kullanımı ile kimi zaman mutlak eşitsizliklerin ortaya çıktığı tespitine varan bir gelişim yaşanmıştır. Bu nedenle Borçlar hukukunda kamu düzeni açısından sözleşme adaleti yönlendirici bir ilke olmalıdır. Kişi sözleşme özgürlüğünü karşı tarafın ekonomik gücünü elinden alacak ölçüde kullanması halinde adil bir sözleşmeden bahsedilemeyecektir. Kamu düzeni kapsamında sözleşme adaleti kavramı ile sözleşmenin toplum açısından ekonomik bir menfaat yaratıp yaratmadığı, genel menfaati ihlal edip etmediği araştırılmalıdır.

Unutulmamalıdır ki, sözleşme özgürlüğünün özgürlük olmaktan çıkıp bir taraf lehine ayrıcalık haline gelmesinin engellenmesi gerekir. Bu noktada zayıf tarafın korunması ilkesi ve maddi sözleşme özgürlüğü kavramı devreye girmelidir. Maddi sözleşme özgürlüğü, zayıf tarafın sözleşme özgürlüğünden tam anlamıyla yararlanamadığı, özgür iradesini sözleşme içeriğine en üst derecede yansıtamadığı hallerde korunmalıdır. Bir çerçeve kavram olarak kamu düzeninin yorumunda anayasal değer ve ilkelerin devreye girmesi fikri aynı zamanda maddi sözleşme özgürlüğünün sağlanması ile de ilişkilidir. Ek olarak, maddi sözleşme özgürlüğünün somut olayda sağlanması adına hâkimin araştırma ödevi de incelenmelidir. Hâkimin tarafların içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumu araştırma ödevinin Yargıtay içtihadında zayıf tarafın mesleği, sözleşme ilişkisine dair sahip olduğu tecrübe düzeyi gibi birtakım ölçütlerin ele alınması şeklinde somutlaştığı görülmektedir. Hâkimin tarafların sosyal-ekonomik durumlarını araştırma ödevine dair değinilmesi gereken bir nokta da zayıf tarafın önceden, *a priori* belirlenip belirlenemeyeceği meselesidir. Bu konuda zayıf taraf kavramının giderek genişletilmesi ve dolayısıyla belirsizleşmesi dikkate alınmalıdır. Klasik anlamda zayıf taraf örnekleri dışında toplumun gelişen sosyal ve ekonomik ihtiyaçları doğrultusunda oluşacak yeni hukuki ilişkilerde veya kamu düzeni kapsamında hâkimin araştırma ödevi doğrultusunda zayıf tarafın *a priori* belirlenmesinin akıbeti irdelenmelidir.

Sözleşmede taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik hali, çalışma için oldukça önemlidir. Zira yapısal eşitsizlik, hem kamu düzeni ile zayıf tarafı koruma ilkesini bir araya getiren hem de ahlaka aykırılık ile kamu düzenine aykırılık ayırımında somut örnek teşkil edebilecek bir kavramdır. Zayıf tarafın kendi menfaatine aykırı bir sözleşmeyi ekonomik bir baskı altında kabul etmesi, bu durumun sözleşmenin yapıldığı ekonomik düzeni etkileyebilecek düzeyde yaygın ve sık görülmesi, dolayısıyla da sözleşmenin

genel menfaati ihlal etmesi halinde yapısal eşitsizlik halinden bahsetmek mümkündür. Kamu düzenine aykırılık açısından bu konuda sözleşmenin kurulması anında mevcut ekonomik düzen ve piyasa koşulları incelenmelidir. Zira ekonomik kamu düzeni kavramı, ulusal ekonomik düzenin korunması, düzgün işleminin sürdürülmesini de kapsar. Tarafın ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması halinde taraflar arası yapısal eşitsizlik varsa ahlaka aykırılık kapsamında çıkararak hâkimin piyasa aksaklıklarını gidermeye yönelik incelemeler yapması gerekir. Dolayısıyla çalışma kapsamında hukukun ekonomik analizi yönteminden yararlanmak yararlı olacaktır. Söz konusu yönetime çalışmada yer verilmesi, aynı zamanda hukuk ve işlem güvenliğini korumak adına zayıf tarafın korunması ilkesinin dogmatik, objektiflikten uzak şekilde ele alınmasını önleme amacını taşımaktadır. Bu açıdan TBK md. 27 uyarınca kamu düzenine aykırılık ile ilgili bilgi asimetrisi ve dışsallık gibi piyasa aksaklığı türleri ve bunlara karşı zayıf tarafın korunması amacı ile getirilen önlemler incelenmelidir.

Sözleşmede yapısal eşitsizlik hali açısından piyasa koşullarından doğan bir zayıflıktan yararlanarak tarafların hak ve yükümlülükleri arasında dengesizlik yaratılması temel bir unsur olarak ele alınmalıdır. Ayrıca nasıl kamu düzeni bakımından sözleşmede özel-genel menfaat dengesi gözetiliyorsa, benzer şekilde yapısal eşitsizlik hali açısından sözleşmenin toplumsal maliyeti ile tarafların, özellikle güçlü tarafın sözleşmeden elde edeceği ekonomik menfaat arasında dengenin sağlanması şarttır. Bu bağlamda Türk hukukunda yapısal eşitsizlik kavramının içeriği ortaya konmalıdır. Örneğin, 2011/83/EU sayılı yönerge ile değiştirilen 93/13/ EEC sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında AB Direktifi'nde haksız şartın tanımlanmasına ilişkin md. 3'te "*... iyiniyet ilkesine aykırı şekilde tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında tüketicinin aleyhine önemli bir dengesizliğe neden olduğu takdirde...*" ifadesinin Türk hukukuna yansması 6502 sayılı TKHK md. 5/ f. 1 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik md. 5/ f. 1 bent (b) hükümleridir. Bu düzenlemelerde, AB Direktifinden farklı olarak, "*dürüstlük kuralına aykırılık*" ölçütü konulmuş ve tüketici aleyhine dengesizliğin önemli olması şartı düzenlenmemiştir. Ayrıca 93/13/ EEC sayılı Direktif md. 4 hükmü, tüketici sözleşmesi maddelerinin haksız şart olup olmadığına dair "*...sözleşmenin kurulması anında sözleşmenin akdedilmesine ilişkin tüm koşulların, ...*" dikkate alınmasını düzenlerken; 6502 sayılı TKHK md. 5/ f. 6 ve ilgili Yönetmelik md. 6/ f. 1'e göre, ilgili AB Direktifi ile benzer şekilde, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartların sözleşmenin kuruluş anına göre ele alınması gerekmektedir. Söz konusu

düzenlemeler ışığında vurgulanması gereken husus, Borçlar hukukunda kamu düzeninin somutlaştırılması için zayıf tarafın korunması amacı ile alınan önlemler bakımından yapısal eşitsizlik halinin şartları ve piyasa aksaklıklarının sözleşmenin akdedilmesindeki rolü, sözleşmeye etkisi gibi konuların irdelenmesi ihtiyacıdır.

Kamu düzeni ile zayıf tarafın korunması ilkesini bir araya getiren yapısal eşitsizlik hali özelinde zayıf tarafın korunması ilkesinin hukuki temelini belirlemesi, kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunması amacının dayandığı değer ve ilkelerin ortaya konması adına ulaşılması gereken bir hedeftir. Yargıtay içtihadından somut olay örnekleriyle hâkimin kamu düzenine ilişkin takdir yetkisini kullanırken ekonomik hak ve özgürlükler ekseninde sözleşme içeriğine müdahale etme imkânını araştırmak, bu bağlamda sözleşmeye dair içerik kontrolünde hangi anayasal değer ve ilkelerin göz önünde tutulması gerektiğini belirlemek çalışmanın nihai amaçları arasındadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMI

1. Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve Kamu Düzeni Kavramı

İktisat tarihi açısından devletin ekonomiye müdahalesi hakkında ortaya konulan yaklaşımlar ve bunların sonucunda getirilen hukuki düzenlemeler, kamu düzeni kavramının hem ülke ekonomisini hem de sözleşmelerle kurulan kişiler arası ekonomik ilişkileri düzenleme aracı olarak kullanılmasında öncü olmuştur. Genel olarak 19. yüzyılda özgürlüklere tanılan alanın genişliği sonucu oluşan ve ekonomi alanında baskın olan “*laissez-faire*” doktrininin, diğer bir ifadeyle klasik liberal anlayışın eksikliklerinin ortaya çıkması sonucu ekonomik hakların yanı sıra sosyal hakların tanınması devletin müdahalesi açısından önem taşır. Ayrıca 20. yüzyılın başında sosyalizmin yükselmesiyle birlikte sosyalist hukuk sistemlerinde devletin ekonomi alanındaki etkinliği, kamu düzeni kavramını ön plana çıkarmaktadır. Tarihsel olarak devletin ekonomiye müdahalesi çerçevesinde sıklıkla başvuru olan kamu düzeni kavramının hukuk düzeni içinde bir yer edinmesinde önemli olan bu gelişmeler ışığında incelenmesi yararlı olacaktır.

Ekonomik özgürlükler ve devletin ekonomiye müdahalesi bağlamında tarihsel gelişmelere bakıldığında öncelikle 18. yüzyılda Fransız Fیزیokratların ortaya koydukları görüşlerin başta Adam Smith olmak üzere çeşitli yazarlar tarafından kuramsallaştırılması ile birlikte oluşturulan klasik liberalizm ekolü söz konusudur. Klasik liberal ekonomide kişinin kendi menfaatine yönelik faaliyetleri genel menfaatin de yerine getirilmesine yardımcı olur, görünmez bir el şeklinde nitelendirilen ekonominin doğal düzeni hiçbir müdahaleye gerek kalmaksızın işler. Bu bakımdan kamu menfaatinin ve sözleşme adaletinin sağlanabilmesi ve piyasanın işlerliği için ekonomik hayatın doğal kanununa ve serbest rekabet ilkesine bağlı kalma, dolayısıyla ekonomi planı kapsamında kişisel menfaatlere öncelik tanıma önemli kabul edilir¹. Ancak ilerleyen yıllarda klasik liberalizmin kişisel menfaatin sağlanmasıyla genel menfaate ulaşılabileceği düşüncesinin gerçekleştirilmekten uzak olduğu anlaşılmış, devletin ekonomiye müdahalesini öngören

¹ Münci KAPANİ (2013). *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 198, Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU (1998). *Anayasa Araştırmaları ve Türkiye Anayasal İktisat Eleştirisi*, İstanbul: BDS Yayınları, s. 25-26, Jacques GHESTIN (2013). *La Formation du Contrat Traité de Droit Civil*, 4. Baskı, Paris: LGDJ Lextenso Éditions, s. 149-150.

fikirler ortaya çıkmaya başlamıştır. Kişilerin hukuki ilişkilerde ekonomik güçleri arasındaki orantısızlığın hızla büyüdüğü ve ekonomik faaliyetlerin doğal kurallarının bozulduğu görülmüştür². 18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başında sosyalist görüşler ve güdümlü ekonomi planları doğrultusunda ekonomik düzende oluşabilecek büyük krizlere karşı veya ekonomik açıdan zayıf konumdaki kişileri koruyucu önlemlerin alınması amacıyla devletin ekonomiye müdahale etme gereksinimi doğmuştur. Örneğin, Alman hukukunda devlet destekli sosyal güvenlik sistemlerinin öncüsü olduğu kabul edilen Bismarck yasası ile 1880’li yıllarda düzenlenen yeni sosyal güvenlik sistemine katılımın gönüllülük esasından zorunlu niteliğe geçişi ve ekonomik aktörlerin bu sisteme kaynak sağlama yükümlülüğü altına girmesi söz konusu olmuştur³. Söz konusu müdahalenin yoğunluğu farklı ülkelerde değişkenlik gösterse de klasik liberalizm görüşü tamamen terk edilmiş; bunun yerine devletin ekonomi alanında tamamen hâkimiyeti veya özellikle Batılı ülkelerde sınırlı müdahalesi görüşü baskın konuma gelmiştir⁴. Neo klasik ekonomi anlayışının 1930’da yaşanan Büyük Buhran öncesine kadar devlet müdahalesini reddeden tutumu bu olay sonrası yön değiştirmiş, Keynesyen teorinin devletin ekonomiye müdahalesinin kaçınılmaz olduğu görüşünün taraftar toplaması ve ekonomi politikalarında bu yönde görülen değişimin ekonomiyi canlandırması ile birlikte piyasalardaki devlet müdahalesi yoğunlaşmıştır⁵. Bu aşamada anayasa düzenlemelerinde ekonomi alanında devletin aktif rolü, planlama gibi kavramların oluşması ile ekonomik kamu hukuku ve ekonomik anayasa gibi kavramlar doğmuştur⁶.

Devletin ekonomiye müdahalesine yönelik faaliyetler, düzenlenen kamu düzeni kuralları aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Başta işçiler olmak üzere korunması gereken, dezavantajlı belirli bir gruba mensup kişilere ve daha sonra tüketiciler, kiracılar, sigortalılar, tacirler gibi farklı sosyal gruplara yönelik yasal düzenlemeler devletin ekonomiye müdahalesinin görünür adımları olmuştur⁷. Örnek olarak, koruyucu devlet

² Ghestin (2013), s. 164.

³ Michael STOLLEIS (2013). “*Origins of the German Welfare State Social Policy in Germany to 1945*”, German Social Policy 2, Ed. Lutz Leisering, Almancadan Çev. Thomas Dunlap, Heidelberg: Springer Publishing, s. 55, s. 58.

⁴ Kapani, s. 201, Ghestin (2013), s. 108. Devletin ekonomiye müdahalesi konusunun Batılı ülkelerde ekonomik gelişmeyi destekleme yükümlülüğü olarak görünümü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. John QUIGLEY (2007). *Soviet Legal Innovations and the Law of the Western World*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 99.

⁵ Dikmen Caniklioğlu, s. 42.

⁶ Turgut TAN (1984). *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara; Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, s. 10, Dikmen Caniklioğlu, s. 31.

⁷ Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL (2001). *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşme Üzerindeki Etkileri*, İstanbul : Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 97, Ghestin (2013), s. 164.

anlayışına sahip olan 1919 Alman Cumhuriyeti (Weimar) Anayasası md. 151’de ekonomik hayatın herkesin insanca yaşamasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilirken, buna uygun olarak ekonomik açıdan zayıf konumdaki vatandaşlara yardım etme amaçlı birtakım hükümler barındırmaktadır⁸.

Tarihsel açıdan klasik liberalizm sonrası planlı ekonomiye geçilmesi ile birlikte devletin ekonomiye yön verici özelliği ağırlık kazanmıştır. Bu bakımdan bazı ekonomik özgürlüklerin mutlak ve dokunulmaz özelliklerini kaybederek tüm toplum çapında uygulanabilir hale gelmesi, dolayısıyla toplumdaki sınıf kavgalarının sonlandırılması ve sosyal barışı sağlama amacı ön plana çıkmıştır⁹. Bu değişimin arka planında Marksist ve sosyalist teorilerin bireysel özgürlük anlayışını eleştirmesi ve bunun sonucunda soyut özgürlük anlayışı yerine eşitlik ilkesine ağırlık verilmesi gerekliliğinin kabulü yatmaktadır¹⁰. Önemli olan nokta, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ile geniş anlamda kamu düzeninin sürdürülebilirliği arasında bir denge kurmaktır. Ancak mevcut bir kamu düzeni içerisinde temel hak ve özgürlüklerden tam yararlanma mümkündür. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hem kamu düzeninin tesisi hem de kişilerin kendi menfaati için kaçınılmaz görülmektedir¹¹.

Devletin ekonomiye müdahalesi konusunda kamu düzeninin elverişli bir araç olduğu sosyalist hukuk düzeninde söz konusu kavram, günümüz hukuk sistemleri ile kıyaslandığında daha geniş kapsamlı ve tartışmasız olduğu bir dönem geçirmiştir. Kamu düzeni kavramının tarihçesinde önemli bir yeri olduğunu düşündüğümüz sosyalist hukuk düzeni çerçevesinde kavramın ele alınışına kısaca göz atmakta yarar vardır. Sovyet hukukunda kapitalist sistemdeki ekonomik açıdan zayıf konumdaki kişilerin korunmasından ziyade kolektif planlama çerçevesinde işçilerin hakkından söz edilebilir. Bu bağlamda yasal düzenlemelerin niteliği açısından vatandaşlara sosyal hakların tanınması değil, Marksist devletin yükümlülüklerinin imtiyazlarının düzenlenmesi söz konusudur¹². Ayrıca bu hukuki ve ekonomik düzende neo-liberal sistemden farklı olarak

⁸ Kapani, s. 55-56.

⁹ Kapani, s. 211. Ayrıca liberal anayasalarda sosyalleşme ve neo-liberal dalga hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU (2014). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları, s. 7.

¹⁰ Kaboğlu (2014), s. 218-219.

¹¹ Bireylerin özgürlüklerinin sınırsız ölçüde, herhangi bir düzenlemeye bağlı kalınmaksızın hukuk düzenince tanınmasının bir ‘özgürlük vaadi’nden farksız olduğuna; bu vaadin gerçek, somut olaya aktarılabilmesi için özgürlüklerin nerede başlayıp, nerede bittiğinin belirlenmesi gerektiğine; kişinin özgürlüğünün başkasının özgürlüğü başladığında sona ermesi ilkesine ilişkin bkz. Kaboğlu (2014), s. 253 vd., Kapani, s. 229.

¹² Kapani, s. 56.

ekonomik faaliyetlere doğrudan müdahale edilerek, sözleşme ilişkilerinin sınırlı derecede katı piyasa koşullarına bağlı kılınması yerine bu koşulların devlet tarafından belirlenmesi tipik bir özelliktir¹³.

Kamu düzeni kavramının Sovyet hukukundaki yeri ve etkisine baktığımızda Sovyet Medeni Kanunu md. 30 hükmü çalışmamızla ilgisi bakımından yol gösterici olacaktır. Bu hükme göre bir hukuki işlemin sahip olduğu amaç kanuna aykırı ise, kanuna karşı hile oluşturuyorsa veya açıkça devlete karşı zarar verici nitelikte ise bu işlem geçersizdir¹⁴. Hukuki işlemin amacı ile kastedilen tarafların taşıdığı saik değil, işlemin meydana getirdiği sonuçtur. Zira Sovyet hukukundaki objektif yaklaşım sonucu yapılan hukuki işlemin sonuçlarının devlete zarar vermesi ya da kanuna aykırılık taşıması halinde geçersizlik yaptırımını söz konusu yapıyor¹⁵. Sovyet hukukunda son derece önemli bir ilke olan devletin menfaati, tüm kurumları içine alan, Sovyet toplumunun mihenk taşı kabul edilen ve ekonomik, politik, sosyal düzenin hepsini belirleyen bir kavramdır. Kişiler ve aile hukukundan doğan haklar, ancak devletin menfaatini koruduğu ölçüde ve ikinci planda korunmaktadır. Kanunen korunan kişilik hakları, devlet politikası olarak istenilen ekonomik ve sosyal gelişimin aksine kullanıldığı takdirde bu korumadan mahrum kalacaktır. Böyle bir hukuk düzeninde kamu düzeni, ahlaki ve felsefi bir çıkarımı yansıtmamakta, tamamen maddi anlamda devletin lehine olanı kapsayan, derleyen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶.

Kamu düzeni ile korunan devlet menfaati, ülkenin politik, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını bir araya getiren ve bu ihtiyaçların dönüşümü ile kendini yenileyen bir ilkedir. Bu açıdan devletin menfaati ilkesi, kişiler arasındaki sözleşmelere müdahale eden politik bir araç olarak görülmüş, seneler içerisinde ticari hayattaki tüm sözleşmeleri ekonomik bakımdan kontrol etme yöntemi haline gelmiştir¹⁷. Dolayısıyla Sovyet hukukunda kamu düzeni ile ekonomi politikalarına aykırı sözleşmelerin ekonomik açıdan yönlendirilmesi değil, ortadan kaldırılması amacı güdüldüğü görülmektedir. Ancak 1940'larda kamu düzeninin yalnızca devlet menfaati ile tanımlanması gerektiği görüşü ortadan kalkmış, ekonomik kurumların menfaatleri arasında belirli bir dengenin

¹³ Bu şekilde otoriter ekonomi politikalarının Sovyetler dışında İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman işgali sürerken Fransız hukukunda da uygulandığına ilişkin bkz. Ghestin (2013), s. 109. Ayrıca emredici ya da kolektivist planlamaya ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kapani, s. 203-204.

¹⁴ Philippe MALAURIE (1953). *L'ordre Public et le Contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims : Editions Matot- Braine, s. 189.

¹⁵ Quigley, s. 11.

¹⁶ Quigley, s. 11, Malaurie (1953), s. 190-191.

¹⁷ Quigley, s. 95, Kapani, s. 212.

kurulması¹⁸ ön plana çıkmıştır. Devletin menfaati kavramı da hukuk düzeninin istikrarını sağlamak için sadece ekonomik amaca sahip bir ilke olarak yeniden ele alınmıştır. Değişken koşullar altında devletin öncelikli menfaatini koruma amacının içtihatla öne sürüldüğü Sovyet hukukunda kamu düzeni, batılı hukuk sistemlerindeki maddi, ekonomiye endeksli olma özelliğine benzer şekilde toplumun temel kurumlarının iyi işlemesi olarak tanımlanmaya başlanmış ve devletin değişebilen menfaatiyle her daim uyumlu olması gereken, dolayısıyla da daha karmaşık bir kavrama dönüşmüştür¹⁹. Devletin ekonomik iktidara sahip olduğu, özel sektörün olmadığı bu hukuk sisteminde²⁰ kamu düzeni kavramını kullanırken hâkim, bir sözleşmenin ekonomik içeriğini incelenme ve doğuracağı hüküm ve sonuçların ekonomik politikaları ihlal edip etmediğine karar verme görevine sahiptir²¹.

2. Çeşitli Hukuk Alanlarında Kamu Düzeninin Tanımı

Kamu düzeni kavramı, başta Anayasa, İdare, Devletler Hukuku gibi kamu hukuku dallarının yanı sıra, Uluslararası Özel, Medeni Usul Hukuku gibi özel hukuk dallarında da belirli hukuki sonuçlar doğurması, anlam taşınması nedeniyle inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak kamu düzeninin içeriğini belirlemede ayrı bir önem attığımız idari ve anayasal kamu düzeni kavramlarının geniş biçimde ele alınması nedeniyle bahsi geçen diğer hukuk dallarında kamu düzenine getirilen tanımları bu başlık altında incelemeyi uygun görmekteyiz.

Özel hukuk kapsamında yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta yabancı hukuk kurallarını uygulama kriterlerinden biri olarak kamu düzeni kavramının en fazla önem arz ettiği alanlardan biri uluslararası özel hukuktur. Uluslararası Özel Hukuk alanında kamu düzeni, uygulanacak yabancı hukukun hâkimin hukukundaki temel ilkelere ters düşmesi halinde gündeme gelmektedir. MÖHUK md. 5'e göre; "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır."

¹⁸ Söz konusu denge kurulması sorunun çözümü için beş yıllık ekonomik planlar doğrultusunda karar alındığına ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 196.

¹⁹ Malaurie (1953), s. 195-196.

²⁰ Kapani, s. 212.

²¹ Malaurie (1953), s. 199.

Uluslararası özel hukuk alanında ayrıca kamu düzeninin olumlu ve olumsuz fonksiyonu söz konusudur. Hâkim, kendi ülkesi ile ilgili olayda kendi temel hukuk düzenine aykırı, uygulanması halinde o toplumun ahlak ve dürüstlük anlayışını ciddi anlamda sarsacak olan bir yabancı hukuk kuralını kamu düzenine dayanarak bertaraf etmektedir. İstisnai hallerde hâkimin kendi hukukundaki temel değerlere uymayan yabancı hukuk kuralının olaya uygulamaması kavramın olumsuz etkisidir. Diğer yandan uluslararası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması için haklı sebepler bulunan yabancı hukuk yerine yerel hukukun (Türk hukukunun) tatbikine yönelik sebepler daha kuvvetli ise burada kamu düzeninin olumlu etkisinden bahsedilmektedir. Örneğin, Türkiye’de evlenmek isteyen yabancı kişilerin milli hukukunda yer alan ırk ayrımına dayalı bir evlenme engeli Türk hukukunda insan haklarına aykırı olduğundan yerel hukuk olarak Türk hukuku uygulama alanı bulabilmektedir²².

Medeni Usul Hukukunda kamu düzeninden sayılan kurallar genellikle maddi hukuktaki kamu düzeninden ayrımının yapılabilmesi için usuli kamu düzeni kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Usuli kamu düzeni, Medeni Usul Hukukunda devletin egemenlik yetkisinin en somut kullanımından biri olan yargı erkinin işleyişini sağlamaya yönelik emredici hukuk kurallarının bütünüdür. Hâkimin usuli kamu düzeni kurallarını resen göz önüne alması gerekmektedir. Bu bağlamda davanın yürütülmesi, yargı örgütü kapsamında görev ve yetki ile ilgili kurallar, dava şartlarına ilişkin kuralların usuli kamu düzeninden doğduğu kabul edilmektedir. Usuli kamu düzeni kavramı içerisinde 6100 sayılı HMK md.29’da düzenlenen dürüstlük- doğruyu söyleme yükümlülüğü aynı zamanda adil yargılanma ve mahkemenin vereceği karara duyulan güven açısından önemlidir. Ayrıca HMK md.30’da yer alan usul ekonomisi ilkesi uyarınca bir yargılamanın gecikmeye meydan vermeden, düzenli ve en az masrafla yapılması esas olmalıdır²³. Son olarak, usuli kamu düzeni içerisinde yer alan bir başka ilke adil yargılanma ilkesidir. Temel insan haklarından biri olan adil yargılanma hakkının unsurları, yargılamadaki her iki taraf için de yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede

²² Uluslararası özel hukuk açısından kamu düzeni kavramına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Cemal RUHİ (2019). *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 6-7, Cemal ŞANLI/ Emre ESEN/ İnci ATAMAN-FİGANMEŞE (2018). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 73 vd., Engin NOMER (2017). *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, s. 164 vd., Aysel ÇELİKEL (2017). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, s. 160 vd., Gülören TEKİNALP (2011). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 52-53, Cemile DEMİR GÖKYAYLA (2001). *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 34-35.

²³ Baki KURU (2015). *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: Legal Yayınları, s. 216-217.

makul sürede, aleni ve hakkaniyete uygun şekilde yargılanmasıdır. Bu açıdan mahkemenin karar gerekçesinin tatmin edici, mevzuata ve yerleşik içtihadı aykırı olmaması önem taşır²⁴.

3. Farklı Hukuk Sistemlerinde Kamu Düzeni Kavramı

3.1 Anglo-Amerikan Hukuku

Anglo-Amerikan hukukunda mahkemeler geleneksel olarak kamu düzenine aykırı belirli işlem ve faaliyetleri önleme görevini üstlenir. Bu açıdan mahkemeler, resmi bir düzen içinde hukuku sistemli hale getirmeye çalışmaktan ziyade uyuşmazlıkların çözümü ve uygulamaya dönük yaptırımların geliştirilmesi ile ilgilenmiştir²⁵. Anglo-Amerikan hukukunda 14. yüzyılda ilk olarak kamu düzeni fikrinin ortaya atıldığı düşünüldüğünde bu kavramın tanımının olmaması ilginçtir.²⁶ Aslında İngiliz örf ve adet hukukunda (*common law*) kamu düzeni kavramı içgüdüye dayalı, sezgisel biçimde geliştirilmiştir. Geçmişte İngiliz hâkimler, örneğin 18. yüzyılda bir mahkeme kararında da görüldüğü gibi, topluma neyin tehdit oluşturduğunu kendi bakış açılarından değerlendirmiş; kamu düzeni kavramına atfı, dünyayı algılama biçimine dayanan siyasi düşünceler şeklinde yapmıştır²⁷. İngiliz hâkimlerin tarih boyunca söz konusu kavrama yaklaşımları ve onu algılayış şekli bilinç dışı ve bilinçli uygulama olarak ikiye ayrılabilir²⁸. 14. yüzyıldan itibaren kamu düzenine ait ilk bulgular eşitlik, doğal hukuk ve en sonunda ilahi, tanrısal adalet gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır²⁹. Dönemin kararlarında hukuk metodolojisi bakımından sezgiye dayalı bir yorum getirilerek ‘her insanın kalbinde neyi yapması ve neyden uzak durması gerektiği yazılı’ olduğu söylenmiştir³⁰. Kamu düzeninin bilinç dışı yaklaşımla olabilecek en geniş kapsamda ele

²⁴ Haluk KONURALP (2007). *İstinafta Kamu Düzeni Kavramı*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Çeşme/ İzmir, s. 133 vd. Ali Necip ORTAN (2016). *Medeni Yargılama Hukukunda ‘Görev Bağlamında Kamu Düzeni Mevzuatçılığı’nın Uygulanmasındaki Kayıtsızlık*, Prof. Dr. Akın Öçal’a Armağan, ANDHD Özel Sayı, S.3, s. 56, Kuru, s. 218.

²⁵ Dennis LLOYD (1953). *Public Policy: A Comparative Study in English and French Law*, University of London, The Athlone Press, s. 149, John BELL (1985). *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford: The Clarendon Press, s. 157.

²⁶ Lawarée VALENTIN (2014). *Public Policy in English and American Law*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Belçika, s. 8.

²⁷ Chesterfield v Janssen (1750) davası için bkz. Valentin, s. 8.

²⁸ Percy H. WINFIELD (1928). *Public Policy in the English Common Law*, HLR, Vol. 42, S. 1, s. 92-93.

²⁹ Brendon KALN/ Douglas T. YOSHIDA (2007). *The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law*, Annual Review of Civil Litigation, s. 6.

³⁰ Winfield, s. 78.

alınmasında o dönemde herhangi bir yazılı bir hukuk kuralı (*statue*) bulunmamasının da payı vardır³¹.

İngiltere'nin sanayi devrimiyle birlikte gelişimini takip eden süreçte İngiliz mahkemeleri, ticari hayatın düzgün, sorunsuz işlemesi ve sürekliliği adına korunması gereken bir menfaatin ortaya çıkması sonucu kamu düzeni kavramına daha bilinçli bir yaklaşım sergilemiştir. Önceleri içtihatla kamu düzeni hakkında belirsiz, yeknesak olmayan bir dile rastlanılsa da 19. yüzyıldan itibaren söz konusu kavram günümüzdekine benzer anlamda ele alınmaya başlamıştır³². İngiliz hâkimler, bir yandan ahlak ve genel davranış kurallarını çağrıştıran toplumsal edebe, terbiyeye veya kamusal refaha ya da menfaate aykırı sözleşmeleri kamu düzenine aykırılıktan dolayı geçersiz olduğuna hükmederken, diğer yandan kamu düzeni kavramının muğlak olduğunu kabul eder³³. Kamu düzeni kavramını hırçın ata benzeten ve Anglo-Amerikan hukukunda sıklıkla atıf yapılan kararda Lord Burrough³⁴; “Sözleşme hukuka aykırı olacaksa hem kamu düzenine hem de belirli bir yasaya aykırı olduğu için bu sonuca varılmalıdır. Kamu düzeni bindiğinizde sizi nereye götüreceği belli olmayan hırçın bir at gibidir. Bu pek tartışılmıyor ancak kamu düzeni lehine argümanlar işe yaramadığında kavramın kullanımı sizi yasal alandan saptırabilir.” demiştir. İngiliz hâkimlere göre kavrama ilişkin düşünceler, hem sözleşme özgürlüğü ilkesine hem de toplumsal menfaatin korunmasına dayanır³⁵.

Common Law'da kamu düzeni öğretisinin temel işlevi, mahkemelerin kararlarında toplumun sosyal menfaatinin gittikçe daha geniş bir alanda ele alınmasıdır. Anglo-Amerikan mahkemeler bu nedenle yeni kamu düzeni kuralları oluşturup, bu kurallara doğrudan aykırı olan sözleşmeleri kesin hükümsüz kılar. Kamu düzeninin yasal unsuru, hukuka aykırılığın yaptırımını noktasında ortaya çıkar. Genel bir *common law* ilkesi olarak, topluma zarar veren veya kamusal menfaati zedeleyici sözleşmeler, kamu

³¹ W.S.M. KNIGHT (1922). *Public Policy in English Law*, Law Quarterly, Vol. 38, s. 207, Valentin, s. 9.

³² Robert Alderson WRIGHT (1939). “Public Policy” *Legal Essays and Addresses*, Cambridge: The University Press, s. 68, Valentin, s. 10.

³³ Wright, s. 69, Kaln/ Yoshida, s. 7.

³⁴ Richardson v. Mellish (1824) davası için bkz. Valentin, s. 10.

³⁵ Lord Jessel, *Printing and Registering Co. v. Sampson* (1875) kararında sözleşme özgürlüğüne müdahalesi göz ardı edilemeyecek olan, öncelikli kamu düzeni kavramı dikkate alınmalıdır derken, Lord Pollock, *Egerton v. Brownlow* (1854) kararında bir sözleşme doğrudan kamusal refahı zedeleyici bir amaca sahipse hükümsüzdür demiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Anne MEINERTZHAGEN- LIMPENS (1995). ‘*Quelques Aspects de l’Ordre Public en Droit Comparé*’, L’ordre Public Concept et Applications, Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique, Jean-François Romain, Michèle Grégoire vd., Vol. III, Brüksel: Bruylant, s. 229, Wright, s. 68-69, Valentin, s. 10.

düzenine aykırılıktan dolayı geçersizdir³⁶. Kamu düzeninin sözleşmeyi geçersiz kılan olumsuz etkisinin temelinde olumlu etkisi vardır. Bu tür sözleşmelerin geçersizliği, toplumun menfaatlerini korumaya yöneliktir. Geçersiz sözleşmelere ilişkin bu kararı verme yetkisine sahip olsa da mahkemeler kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkilerini tam fiil ehliyetli kişilerin sözleşme özgürlüğü ile dengede tutmalıdır³⁷.

3.2 Alman Hukuku

Alman hukukunda kamu düzeni teorisi, Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) kavrama yer verilmemesi ile birlikte Kıta Avrupası Hukuku içerisindeki diğer ülkelerden oldukça farklı yönde bir gelişim göstermiştir. BGB tasarısı görüşmeleri aşamasında sosyalist milletvekilleri, ahlaka aykırılık kavramının dolaylı olarak belli bir sınıf adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet eden bir içtihat yaratacağını savunarak kamu düzeni kavramının kanun metninde yer alması teklifinde bulunmuştur. Ancak kamu düzeni kavramı oldukça belirsiz olmasından dolayı mahkemelerde yasal tartışmalara neden olacağı gerekçesiyle nihai kanun metnine alınmamıştır³⁸.

Alman hukuku ile ilgili çalışmamız kapsamında incelenmesi gereken BGB'de iki genel hüküm vardır. Hukuka aykırılığı düzenleyen BGB md. 134 hükmünde yasaklayıcı nitelikte olan, örneğin iş hukuku, rekabet hukuku hükümlerini veya ceza hukukunda suç teşkil eden fiillere ilişkin hükümleri ihlal eden sözleşmenin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Madde metninde hukuka aykırılığın içini dolduran yasal yasaklar, genel sağlık, rekabet özgürlüğü, işçinin korunması gibi toplumun genel menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır³⁹.

³⁶ Farshad GHODOOSI (2016). "The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements", Nebraska Law Review, Vol. 94, S. 3, s. 698-699, Valentin, s. 11.

³⁷ Valentin, s. 12. Bu konuda Amerikan hukukunda örnek verecek olursak, *Twin City Pipe Line Co. v. Harding Glass Co. (1931)* kararında mahkeme "kamu düzenine aykırı sözleşmelerin geçersiz olması kuralı dikkatlice ve yalnızca öğretinin dayandığı sebeplerle sınırlı olarak uygulanmalıdır" tespitinde bulunmuştur.

³⁸ Jean-Baptiste ZUFFEREY-WERRO (1988). *Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs*, Fribourg : Editions Universitaires Fribourg Suisse, s. 121. BGB'nin 31 Aralık 1887 tarihli tasarısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin HATEMİ (1976). *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 kuralı)*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 64, Meinertzhagen- Limpens, s. 224.

³⁹ Bénédicte FAUVARQUE- COSSON / Denis MAZEAUD (2008). *European Contract Law, Materials For a Common Frame of Reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Münih : Sellier European Law Publishers, s. 126, Michel PÉDAMON (2004). *Le Contrat en Droit Allemand*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, s. 81, Meinertzhagen- Limpens, s. 225.

BGB md. 138 hükmü, kamu düzenine yer vermeden, ahlaka aykırılık ve gabin kavramlarını düzenlemekte; bunun neticesinde genellikle ahlak kavramı çerçevesinde ele alınan genel hukuk düzeninden (*allgemeine Rechtsordnung*) bahsedilmektedir⁴⁰. Alman hukukunda söz konusu madde metninde yer alan “*guten Sitten*” kavramının günümüzdeki yorumu, hukuk dışı toplum kurallarını kapsayan ahlak kurallarından öte, bu kavramı medeni hukuk alanında temel hak ve özgürlüklerin ele alınmasında kilit rol üstlenen bir unsur haline getirmiştir⁴¹.

Alman doktrininde *Simitis*⁴², genel ahlak kavramının kamu düzeni ile aynı olduğunu, zira sosyal ahlaktan öte Anayasa ve diğer kanunlardaki etik değerlere atıfla ortaya konulan hukuki ahlakın⁴³ toplumdaki ekonomik ve sosyal koşullara uygun olmayı gerekli kıldığını belirtmektedir. Simitis’in bu görüşü sonrası, Alman doktrininde kamu düzeni kavramı daha yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.

3.3 Fransız Hukuku

Kamu düzeni kavramını hukuk sisteminin önemli bir yapı taşı sayan Fransız hukukunda Fransız Medeni Kanun (CC) md. 6 hükmünde kamu düzenine ilişkin kurallara ve genel ahlaka aykırı sözleşmeler yapılamayacağı düzenlenmiştir. Kamu düzeni, kapsamı altına aldığı bütün hukuk kurallarıyla birlikte değerlendirilir. Ancak toplumsal yaşamın giderek organize, planlı hale gelmesiyle hukuk kuralları daha da zorlu ve karmaşık bir hale bürünmektedir. Fransız hukukunda kamu düzeni, temel kurumların birlik içinde düzgün ve etkili çalışması şeklinde tanımlanabilir⁴⁴. Bu tanım, Fransız kamu düzenini hem kanun koyucuya atıf yapan hem de hâkimi kapsayan özgün bir formülle birleştirir. Dolayısıyla Anglo-Amerikan Hukuku’ndaki tamamen yargıya yönelik olan ‘*public policy*’ kavramından bu yönüyle ayrılmaktadır.

Kamu düzenine ilişkin bir başka hüküm olan CC md. 1162’de ise, sözleşme hükümlerinin ve amacının kamu düzenine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, Fransız doktrininde kamu düzeni kavramının emredici hükümlerden bağımsız, yazılı

⁴⁰ Pierre ENGEL (1997). *Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions générales du CO*, 2. Baskı, Bern : Staempfli Editions SA, s.113.

⁴¹Fauvarque- Casson/ Mazeud, s. 127, Meinertzhagen- Limpens, s. 224.

⁴² G. SIMITIS (1960). *Guten Sitten und Ordre Public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des 138 Abs. I BGB*, Marburg, s. 168, Zufferey-Werro, s. 121.

⁴³ Necip KOCAYUSUFAŞAOĞLU (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, C. I, 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 552.

⁴⁴ Malaurie (1953), s. 69.

olmayan kurallar şeklinde de var olduğu görüşünün hukuki dayanağını oluşturur. Fransız hukukunda kamu düzeni kuralları, yazılı olan (*l'ordre public textuel*) ve yazılı olmayan (*l'ordre public virtuel*) olarak ikiye ayrılır⁴⁵. Geniş anlamda kamu düzeni, tüm emredici kuralları kapsamına alan ve borçlar hukukunda temel fonksiyonu sözleşme özgürlüğünü sınırlamak olan bir kavramdır. Yazılı hukuk kuralının kamu düzeni niteliğinin açıkça lafzından anlaşılması bir yana, emredici mi yoksa yedek hukuk kuralı mı olduğu noktasında sessiz kalınan ya da yeterince anlaşılamayan hukuk kurallarının kamu düzeninin bir parçası olup olmadığını belirleme yetkisi hâkimdedir. Hâkim, son derece titiz bir inceleme sonucu toplumun menfaatlerini korumak için kurala kamu düzeni niteliğini atfetmenin gerekli olduğunu kabul edebilir, diğer bir ifadeyle söz konusu kurala emredici nitelik atfedebilir⁴⁶.

Dar anlamda kamu düzeni ise, bir anlamda kavramın çekirdeğini oluşturup, sözleşmeye müdahale eden hâkimin yetkilerinin kaynağını oluşturur⁴⁷. Bu kamu düzeni, emredici kurallardan daha geniş kapsama sahip olup, hukukun temel ilkelerine veya mevcut toplumsal temellere aykırı sözleşmelerin geçersizliğinin sebebini oluşturur. Emredici hukuk kuralları dışında bir kamu düzeninin varlığı, kanunun genel ve soyut düzenlemelerini kişinin ihtiyaçlarına uygun hale getirme açısından faydalıdır⁴⁸.

Fransız hukukunda 1804 tarihli Medeni Kanun (*Code Napoléon*) hazırlanırken genel ahlak, kamu düzeninin bir parçası olarak kabul edilmiştir⁴⁹. Bu nedenle geleneksel

⁴⁵ François TERRÉ/ Philippe SIMIER/ Yves LEQUETTE. (2019) *Droit Civil Les Obligations*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Paris: Editions Dalloz, s. 561, Philippe MALAURIE/ Laurent AYNÉS/ Philippe STOFFEL- MUNCK (2018). *Les Obligations Droit Civil*, 10. Baskı, Paris: Déferions Lextenso Éditions, s. 360, Rémy CABRILLAC (2018). *Droit des obligations*, 13. Baskı, Paris: Editions Dalloz, (Cabrillac, *Droit des Obligations*, 2018) s. 25, N. 21, Yvaine BUFFELAN-LANORE/ Virgine LARRIBAU-TERNEYRE (2018). *Droit Civil Les Obligations*, 16. Baskı, Paris: Sirey Editions Dalloz, s. 455, Gaël CHANTEPIE/ Mathias LATINA (2018). *Le Nouveau Droit des Obligations Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, 2. Baskı, Paris: Editions Dalloz, s. 347, Alain BÉNABENT (2016). *Droit des Obligations*, 15. Baskı, Paris: L.G.D.J, s. 140, J. MESTRE (1998). *L'ordre Public dans l'économie Rapport Français*, L'ordre Public, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journée Libanaises, C. XLIX, Paris: LGDJ, s. 126, Kübra DOĞAN YENİSEY (2014). *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 155, Kocayusufpaşaoğlu, s. 550.

⁴⁶ Philippe MALAURIE (1956). *Rapport de France*, La Notion de l'Ordre Public et des Bonnes Mœurs dans le Droit Privé, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française en 1952, C. VII, Montréal: Eugène Doucet Limitée, s. 759.

⁴⁷ Jacques GHESTIN (1984). '*L'ordre Public Notion à contenu variable en droit privé français*', *Les Nations à contenu variable en droit*, Ed. Chaim Perelman, Brüksel: Bruylant, s. 83 vd, Terré/ Simier/ Lequette, s. 562, Yenisey, s. 155.

⁴⁸ Michèle GRÉGOIRE (1995). '*L'ordre Public dans la Jurisprudence de la Cour de Cassation*', *L'ordre Public Concept et Applications*, Les Conférences du Centre de Droit Privé et Droit Économique, V. III, Brüksel: Bruylant, s. 65, Ghestin (1984), s. 79-80, Yenisey, s. 155.

⁴⁹ Derya ATEŞ (2007a). *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 14, dn. 39, Yenisey, s. 161,

olarak kamu düzeni, ahlaki yönden değerlendirilerek ahlaka uygunluk ile bağdaştırılır⁵⁰. Kamu düzenine temel olan ahlak anlayışı modern Fransız hukukunda farklı bir yöne kaymış olup, toplumun bireye yüklediği yükümlülükler seksüel düzen yerine daha çok ekonomik düzenle ilgilidir⁵¹. Kanun koyucu, ekonomik işleyişi etkileyen bir önlemi kamu düzenini korumak adına alıyorsa farklı bir sonuç oluşacaktır. Ekonomik düzen, ahlaki yönü zayıf olup, maddi bir yapı içerisinde programlıdır. Örneğin, ekonomik düzen içerisinde malların dolaşımı, zenginliğin paylaşımı, üretimin organizasyonu konu edilir. Bu nedenle Fransız hâkim ekonomi alanında kamu düzeni kavramını kullanırken oldukça titizdir, yalnızca kanunun ona emrettiğinde kullanmaya dikkat eder. Hâkim, ekonomik kamu düzeni kavramını medeni hukuk alanına adapte ederken dönüştürür, aynı zamanda ekonomi alanına ait kavramlara ahlaki bir özellik verir⁵².

Fransız hukukunda kamu düzeninin göreceli olması, kavramın kendisine aykırı olduğu iddia edilen hukuki işlem ile arasındaki ilişkiye göre tanımlanmasından ileri gelir. Kamu düzeninin belirlenebilmesi için söz konusu hukuki işlemi yapan kişinin amacı ortaya çıkarılmalıdır. Bu değerlendirmeyi çoğu zaman ilk derece mahkemesi yapsa da üst derece mahkemesi, hukuki işleme ilişkin bu değerlendirmenin geçerliliğini incelemelidir. Ardından ihlal edildiği öne sürülen kamu düzeni kuralının koruduğu temel ilkenin veya kurumun kapsamına söz konusu hukuki işlemin etki alanının girip girmediği incelenmelidir. Ancak bu şekilde bir hukuki işlemin kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilebilir⁵³.

3.4 İsviçre Hukuku

Fransız hukukundan İsviçre hukukuna aktarılan kamu düzeni kavramı, genellikle Fransız hukukundaki gibi tanımlanır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin doktrinde de kabul gören 1912 tarihli kararındaki tanımına göre, kamu düzeni, toplum menfaatine yönelik yaratılmış kurallar bütünüdür⁵⁴. Buyurucu, yazılı veya yazılı olmayan bu kurallar

⁵⁰ Fauvarque- Casson/ Mazeud, s. 124.

⁵¹ Ghestin (2013), s 393, Malaurie (1953), s. 64.

⁵² Malaurie (1953), s. 57.

⁵³ Malaurie (1956), s. 760.

⁵⁴ August SIMONIUS (1956). *Rapport de Suisse, La Notion de l'Ordre Public et des Bonnes Mœurs dans le Droit Privé*, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française en 1952, C. VII, Montréal : Eugène Doucet Limitée, s. 802, Engel, s. 113, ATF 38 / 1912 I s. 484, 491-492, SJ 1913, s. 705- 711. Ayrıca Fransız doktrinine paralel olarak İsviçre hukukunda iç hukuktaki kamu düzeni ile uluslararası özel hukukta daha katı şekilde uygulanan kamu düzeni kavramları net bir şekilde ayrıldığına ilişkin bkz. Engel, s. 112, Simoniuss, s. 803.

bütününe uyulması devletin düzgün işleyişi ve temel değerlerin korunması açısından vazgeçilmezdir⁵⁵. İsviçre Hukuku'ndaki kamu düzeni, yasaların, kararnamelerin, devletin pozitif hukukunu oluşturan kararlar, yönetmeliklerin bir bütünüdür. Kamu düzeni, yalnızca idari ve adli alanda kanun koyucunun kural koyma yetkisiyle yazılan hukuk kurallarını kapsar⁵⁶.

İsviçre doktrini ve içtihadı, kamu düzenini iki farklı yaklaşımla ele almıştır. Bunlardan ilki olan sınırlayıcı, katı yaklaşıma göre federal veya kantonlar düzeyindeki tüm kamu hukuku hükümleri, örneğin ceza ve idare hukuku kuralları, özel hukuktaki kamu düzeninin kapsamına girer⁵⁷. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kanun koyucuyu öncelikli toplum menfaatini sağlamak adına kamu hukukuna ilişkin kurallar koymaktan alıkoyamaz. Böylece bu kurallar, örneğin, belirli malların ticaretinin yasaklayan, tavan ve taban fiyatların belirleyen, çalışma saatlerinin ve tatil günlerinin düzenleyen hükümler yoluyla kişiler arasındaki sözleşmelerde uygulama alanı bulur. Söz konusu hükümler her zaman emredici niteliktedir. Bu açıdan “kamu düzenine aykırılık” kamu hukukundaki pozitif hukuk kurallarının ihlalinden başka bir anlama gelmeyecektir. Kavrama ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin kullandığı diğer yaklaşım ise genişleticidir. Buna göre kamu düzeni, devleti veya temel bir menfaate yönelik kurumu ilgilendiren yasal kuralların bütününden, bu kurumun yapılanması, yetkisi dahilindeki görevleri ve yükümlülükleri ile ilgili kurallardan oluşur⁵⁸. Bu yönden kamu düzeni geniştir; çünkü özel hukuk kişilerinin taraf olduğu sözleşmelere uygulanabilen kamu hukuku hükümleri ile sınırlı kalmaz, aynı zamanda toplumun genel menfaatlerini ilgilendiren tüm özel hukuk hükümlerini de içine alır⁵⁹. Buna örnek olarak aile, eşya ve miras hukukunda bulunan hükümler gösterilebilir.

1912 öncesi İsviçre'deki hâkimler, çoğu zaman bir hukuk kuralının emredici niteliğe sahip olup olmadığını kuralın amacıyla emredici hükümlerin amacını kıyaslayarak belirlemekteydi. 1911 tarihli kanun değişikliğiyle bugünkü hukuki yapı kurulmasaydı mahkeme kararlarının benzer içeriğe sahip olmasına ve uyuşmazlık konusu kuralın emredici veya yedek niteliğini belirleme gerekçesini hep aynı yöntemle ele

⁵⁵ Yves LE ROY/ Marie-Bernadette SCHENBERGER (2011). *Introduction Générale au Droit Suisse*, Genişletilmiş 3. Bası, Zürih: Schulthess Medias Juridiques SA, s. 56, Zufferey-Werro, s. 115.

⁵⁶ Malarie (1953), s. 69.

⁵⁷ Peter GAUCH/ Walter R. SCHLUEP/ Pierre TERCIER (1982). *Partie Générale du Droit des Obligations*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Zürih: Editions Schulthess, s. 85, N. 454.

⁵⁸ Zufferey-Werro, s. 115.

⁵⁹ Engel, s. 113, Zufferey-Werro, s. 116.

alınmasına muhtemel gözüyle bakılmaktadır. Yasal terimlerin pozitif hukuka kazandırılmasıyla mahkeme kararlarının gerekçelerinin zenginleşmesi kaçınılmaz olmuştur. Söz konusu madde metninde sözleşme özgürlüğüne ilişkin “kamu düzeni” sınırının girmesiyle birlikte hâkimin bir özel hukuk kuralının kamu düzeninden ileri gelip gelmediğini dikkate alması ve özellikle mahkemenin bir sonuca ulaşabilmek adına toplumun menfaatlerine ilişkin tartışmaların kaygan zeminine yönelmesinin gerekli olup olmadığı önem kazanmıştır⁶⁰. 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)’dan önce kullanılan yöntem tamamen yok olmasa da doktrinin katkılarıyla geliştirilmiş ve kamu düzeni teorisi ile birlikte uygulanmaya başlanmıştır. Dolayısıyla İsviçreli hâkim kendini özel hukuk alanı ile sınırlayabilme imkânına kavuşmuştur. Böylece hâkim, toplumsal menfaatler ve kamu yararına ilişkin, yetkisini aşmasına neden olabilecek ve verdiği kararları tartışmalı hale getirebilecek varsayımlar arasında kaybolmaktan kurtulmuştur⁶¹. Örneğin, 1990 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararına göre⁶², “*Bir sözleşme hükmününün temel hukuk ilkelerini ihlal ettiği durumda, somut olarak kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır. Bu ilkelere bazıları, ahde vefa (pacta sunt servanda), hakkın kötüye kullanılması yasağı, bedelsiz kamulaştırma yasağı, ayrımcı önlemler alma yasağı ve tam fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin korunmasıdır.*’

Özel hukukun temel prensiplerinin korunması ve düzgün işleyişinde toplumun öncelikli menfaati olduğu açıktır. Buna bağlı olarak özel hukukun temel prensipleri, sözleşme özgürlüğünden tüm kişilerin etkili bir şekilde hukuki korumadan yararlanması özgürlüğüne kadar, kamu düzeninin bir parçasıdır. Nitekim ikinci prensip uyarınca adalet ihtiyacının sağlanabilmesi için özel hukukun tanımakla yükümlü olduğu sözleşme özgürlüğü sınırları oluşturulmuştur⁶³. Bu nedenle İBK md. 19/ f. 2 anlamında⁶⁴ kamu düzenine aykırılık, toplumun ayakta ve aynı kaldığı sürece vazgeçemeyeceği temel değerlerini koruyan özel hukuk ve kamu hukuku hükmününün açık bir ihlali olarak tanımlanabilir⁶⁵.

⁶⁰ Simonius, s. 803.

⁶¹ Simonius, s. 803.

⁶² ATF 116/1990 II s. 634, JdT 1992 I s. 63-64, Engel, s. 111.

⁶³ Simonius, s. 804.

⁶⁴ İsviçre Borçlar Kanunu Reformu Projesi olan OR-2020’de söz konusu maddenin karşılığı olan md. 30’a göre, ‘*Sözleşmenin konusu emredici kurallar ve kamu düzenine aykırı olmayacak şekilde özgürce belirlenebilir. İhlal edilen hükmün kapsam ve amacı doğrultusunda emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür.*’

⁶⁵ Zufferey-Werro, s. 116.

4. Kamu Düzeni Kavramının İçeriği

4.1 Genel Olarak

4.1.1. Kamu düzeninin tanımlanması sorunu ve temel özellikleri

Kamu düzeni, iinin doldurulması, unsurlarının nitelendirilmesi ve sınırlarının belirlenmesi neredeyse imkânsız görülen hukuki kavramlardan biridir. Öyle ki, Fransız içtihadı ve doktrininde kamu düzenini tanımlamaya çalışmak, kaygan kumlarda maceraya atılmak, dikenlerle çevrili bir patikada yürümek veya İngiliz içtihadından doğan bir tanımla sizi nereye götüreceği belli olmayan, hırçın bir ata binmek⁶⁶ gibi ilginç benzetmelere konu olmuştur⁶⁷. Kamu veya özel hukuk alanında çalışanlar, kanun koyucudan hâkime, avukatlardan akademisyenlere tüm hukukçular, temelini başka hiçbir yerde bulamadıkları çok çeşitli kuralları ve çıkarımları gerekçelendirmede kamu düzenini kullanmak için çaba göstermiştir⁶⁸. İçinde birçok farklı unsuru barındıran kamu düzeninin bu bakımdan sınırlarının çizilmesi güçtür. Sürekli bir gelişim içinde olması nedeniyle de kavram olarak kamu düzeninin tanımlanması çok zor görünmektedir⁶⁹.

Kamu düzenine ilişkin getirilen tanımlar arasında sonu gelmeyen bir çeşitlilik göze çarpmaktadır. Her tanımın farklı olması esasında kamu düzeninin kaynakları, içeriği ve amaçları bakımından çeşitliliğini yansıtır. İngiliz hukukunda *Winfield*, kamu düzenini “ilke karar yaratan mahkeme içtihatlarında kullanılan veya yargısal yoruma ilişkin, toplumun güncel ihtiyaçlarını esas alan bir ilke” olarak tanımlamıştır⁷⁰. Günümüzde Fransız hukukunda hazırlanan bir hukuk sözlüğündeki bir tanıma göre; “Kamu düzeni, tarafların gerçekleştirdikleri hukuki işlemlerin hükümleri yoluyla ihlal edemeyecekleri toplumun temel değerleridir.”⁷¹ Belçika hukukunda *De Page*, kamu düzenini “devletin

⁶⁶ Richardson v. Mellish, (1824). Hakim J. Burroughs’un kamu düzeninin aşırı esnekliğini ortaya koymak için yaptığı bu tanıma ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. G. H. TREITEL (2015). *The Law of Contract*, 14. Bası, Londra: Thomas Reuters, s. 358, Zufferey-Werro, s. 117.

⁶⁷ Pilon, Marquis de Vareilles- Sommières ve Alglave’a ait çeşitli tanımlar için bkz. Jean-François ROMAIN (1995). *L’ordre Public (Notion Générale) et les Droits de L’homme*, L’ordre Public Concept et Applications, Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique, Jean-François Romain, Michèle Grégoire vd., Vol. III, Brüksel: Bruylant, s. 8, Malaurie (1953), s. 3.

⁶⁸ Sadece Fransız doktrininde kamu düzeni kavramı hakkında yirmiyi aşkın farklı tanım yapıldığına ilişkin bkz. Ghestin (2013), s. 86, Malaurie (1953), s. 4, s. 261 vd., Meinertzhagen- Limpens, s. 228.

⁶⁹ Jean CARBONNIER (2004). *Droit Civil Les biens Les obligations*, C. II, Paris : Quadrige/ Puf, s. 2037, Vincent KARIM (1999). *L’ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation*, Les Cahiers de droit, C. 40, N. 2, s. 407.

⁷⁰ Winfield, s. 92.

⁷¹ Rémy CABRILLAC (2017). “*Ordre Public*”, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2017*, 8. Baskı, Paris: LexisNexis, s. 397.

veya bütünlüğün temel ihtiyaçlarıyla ilgili ya da özel hukukta toplumun ahlaki ve ekonomik düzeninin hukuksal temelini inşa eden yasa veya hukuk kuralı” şeklinde tanımlamıştır⁷². *Duguit*, işlevsel olmayan, kavramsal bir tanım yaparak kamu düzeninin akla gelebilecek her anlamda toplumsal menfaatten başka bir şey olmadığını söylemiştir⁷³.

Diğer yandan maddi anlamda kamu düzeni tanımları da yapılmıştır. Örneğin, *Capitant*⁷⁴ “devletin düzeni, yani devletin işleyişi ve yürütülmesi için önemli kuralların düzenlenmesi ve kurumların bütünlüğü, kamu düzenidir” tanımını yaparken, *Simon*⁷⁵, kamu düzeninin belirli bir toplulukta hukuk anlayışının kendine has özellikleriyle oluşturulduğunu belirtmiştir. Hâkim Truro ise *Egerton v. Brownlow* kararında kamu düzeninin “bir kişinin yasal bir şekilde kamu yararına aykırı veya topluma zarar vermeye yönelik davranışlarını engelleyen bir hukuk ilkesi” olduğunu belirtmiştir⁷⁶. *Hage-Chaine* ise kamu düzeni kuralını dini, ekonomik, sosyolojik, politik, ahlaki düzen temelinden doğan, toplumun korunması ve düzenlenmesi açısından zorunlu görülen, kendine karşıt olan tüm kuralları, kararları veya irade beyanlarını içeren, önleyen veya dışlayan bir norm olarak tanımlamıştır⁷⁷. Son olarak, *Cornu* ise, *Capitant*’ın yaptığı kamu düzeni tanımının en güncel halini sunduğu sözlükte, kamu düzenini kişilerin sözleşmeyle veya davranışlarla ihlal edemeyeceği emredici ve güvenliğin, genel ahlakın korunması için gerekli olan kamu hizmetlerinin işleyebilmesi adına başat nitelikte görülen sosyal, politik vb. temel ihtiyaçların bütünü oluşturan, kanunda yazılı olsun ya da olmasın, yönlendirici kural şeklinde tanımlamıştır⁷⁸.

Kamu düzeni kavramı, muğlak anlama sahip iki kelimededen, kamu ve düzen, oluşur. Düzen, devletin pozitif hukukta kapsayacağı ve koruyacağı hukuki değerler bütünü olarak tanımlanabilir⁷⁹. Ancak hukuki açıdan düzen kavramı, yer ve zamana göre

⁷² Henri DE PAGE (1962). *Trailé Élémentaire de Droit Civil Belge: principes, doctrine, jurisprudence*, C. I, 3. Baskı, Brüksel: Bruylant, s. 87.

⁷³ Léon DUGUIT (1901). *L'état, le Droit Objectif et la Loi Positive*, Paris: Ancienne Libraire Thorin et Fils, s. 668.

⁷⁴ Henri CAPITANT (1898). *Introduction à l'Étude du Droit Civil Notions Générales*, Paris: Libraire de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, s. 26, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54553087/f1.vertical> (Son Erişim Tarihi: 03.10.2019).

⁷⁵ Alain SIMON (1941). *L'ordre public en droit privé*, Rennes: Univeristé de Rennes Impr. Réunies, s. 252.

⁷⁶ *Egerton v. Brownlow* (1854) Bu dava için bkz. Valentin, s. 17.

⁷⁷ FAYEZ HAGE-CHAINE (1998). *Rapport Général*, L'ordre Public Journées Libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, C. XLIX, Paris : LGDJ, s. 20.

⁷⁸ Gérard CORNU (2016). “*Ordre Public*”, *Vocabulaire Juridique*, Ed. Association Henri Capitant, 11. Baskı, Paris: Quadrige Presses Universitaires de France, s. 720.

⁷⁹ Jean DABIN. (1940) *Autonomie de la Volonte et Lois Imperatives: Ordre Public et Bonnes Moeurs*. Annales de Droit et de Science Politique, C. VIII, Louvain, s. 215, Romain, s. 10.

değiştirdiği için düzeni oluşturan unsurları belirlemek her zaman zor olacaktır. İngiliz hukukunda da ‘policy’ olarak anılan kavram en genelinden en özeline hukuki ilkelerini kapsadığından oldukça belirsizdir⁸⁰. ‘Kamu’ kelimesi toplumdaki düzen içerisinde kolektif ilişkileri yansıtır. Bu düzen, iç hukuk düzeni veya kişiler arasındaki özel düzen ya da onların kabulleri dışında kalan kamu düzenidir⁸¹. Doğaldır ki, ‘kamu’ sıfatı önüne geldiği isme göre çok değişik, örneğin politik veya apolitik, anlamlara gelebilir. *Dabin*⁸², iki farklı kamu düzeni türünü devlet düzeni ve toplum düzeni şeklinde ortaya koymuştur. İlki siyasi ilişkilerle, ikincisi toplumsal menfaate dayalı hukuki çözümün olduğu her durumdaki özel ilişkilerle ilgilenir. *Atamer*’e göre⁸³, ‘kamu’ toplumu, ‘düzen’ ise devlet içindeki hukuk düzenini ifade eder. Kamu düzenine aykırılıkların önüne geçilmesindeki amaç, birey karşısında toplumun menfaatini ve bir bütün olarak hukuk düzenini korumaktır.

Farklı hukuk alanlarında başvuru kamu düzeni, uygulandığı her alanda tek, bölünmez ve aynı kavram olarak sayılıp sayılmayacağı gündeme gelmiştir⁸⁴. Kamu düzeninin ulaşmaya çalıştığı genel amaç, her zaman temel toplumsal ihtiyaçları gözetmeyi sağlamak olsa da birden fazla uygulama alanında farklı içerik ve kapsamda ele alınır. Aynı ilke olarak her zaman uygulanmaya hazırdır, ancak işleyişi için aynı şey söylenemez⁸⁵. Kamu düzenine ilişkin tek bir tanıma ulaşmanın zorluğu da buradan kaynaklanmaktadır. Tarih boyunca doktrinde kamu düzeninin içeriği, amaçları, kaynakları ve etkileri hakkında herhangi bir baskın veya birleştirici görüş ortaya çıkmamıştır⁸⁶.

Kamu düzeni, hukuk kuralları ve hukuki işlemler üzerinde genel bir kavramdır. Kamu düzeninin etkisini tüm durumlarda belirlemek imkânsıza yakın olarak görülmektedir; çünkü bu değerlendirmenin yapılabilmesi tüm hukuk dallarının dikkate

⁸⁰ Malaurie (1953), s. 6.

⁸¹ Romain, s. 10.

⁸² Dabin, s. 216.

⁸³ Yeşim M. ATAMER (2001). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 185.

⁸⁴ Pilon T. 21.04.1931, *Arrêt du Chambre de Requetes de la Cour de Cassation* (1947’den önce Fransa’da temyiz incelemesinden önce bir dilekçenin kabule şayan olup olmadığını inceleyen Yargıtay dairesi) bunun için bkz. Malaurie (1953), s. 9.

⁸⁵ Bu yönde kamu düzeni kavramının sosyal, politik, ekonomik hayata dair hukuki bir bakış açısıyla ideolojik bir yapı oluşturup oluşturmadığı ile kamu düzeni kuralları arasında merkezi oluşturulan değerler bütününden bahsedilip bahsedilemeyeceği soruları için bkz. Alain-Charles VAN GYSEL, Jean-François ROMAIN (1995). *Conclusions Générales: L’ordre Public entre Hétérogénéité et Homogénéité*, L’ordre Public Concept et Applications, Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique, Jean-François Romain, Michèle Grégoire vd., Vol. III, Brüksel: Bruylant, s. 307-308.

⁸⁶ Meinertzhagen-Limpens, s. 221, Malaurie (1953), s. 9.

alınmasına bağlıdır. Temel kavram olarak kamu düzeninin incelenmesi, ele alınan hukuk sisteminin kendine has özelliklerini ortaya koyma fırsatı verir. Bir hukuk kuralının bilimsel veya ampirik deneyime dayalı olup olmadığı incelenebilir; kamu düzeninin tanımını ne kadar belirsizse, hukuk sistemi tecrübeye, gözleme daha çok yer ayırır ve hukuk sisteminin yasal niteliği azalır. Kamu düzeninin önceliği, hukukun kaynağı konusunda ilginç bir noktayı ortaya koyar. Genel menfaatin esas ihtiyaçları bireysel hakları bertaraf ettiği oranda hukuk aynı derecede yasallıktan uzaklaşır ve hâkim, tarafların ve kanun koyucunun iradesi karşısında kamu menfaatini üstün tutmakta özgür bir alana sahip olur⁸⁷. Kamu düzeninin şeffaflığı ve ona verilen önem, ilgili hukuk sisteminin iki uç olan serbest hukuk okulu ve hukuksal pozitivizm arasında nerede durduğunu belirlemeye yarayacaktır⁸⁸.

Günümüzde kamu düzeni koruduğu kuruma göre farklı bir rol oynayan, birleştirici olmayan bir kavramdır⁸⁹. Kamu düzeninin tek kaynağının yasa olduğu kabul edilseydi, açık şekilde belirlenmiş sınırlı sayıdaki kurumları koruyan, sözleşme özgürlüğüne geniş bir alan bırakan, basit ve açık bir kavram olarak görülebilirdi. Ancak uluslararası özel hukuk dışında ulusal hukuk kapsamında idare, medeni usul ve medeni hukuktaki kamu düzenlerinin nitelik farklılıkları gözden kaçırılmayacak bir olgudur. Medeni hukukta işgal ettiği geniş alanı dikkate alacak olursak burada kamu düzeni farklılaşmaktadır. Burada genel bir ilkenin gittikçe genişleyen kapsamına göre nitelendirilmesi, karmaşık hale gelmesi ve farklı kurallar şeklinde düzenlenmesi söz konusudur. Kamu düzeninin gelişimi, birçok farklı kurumu kapsam altına alarak somut olayda ilgili konunun kendi özelliklerini bünyesinde barındırması sonucu oluşmuştur⁹⁰.

Diğer yandan kavrama bütüncül açıdan bakıldığında kamu düzeninde korunan değerlerin birbiriyle ilişki içerisinde olduğu ve belirli bir düzeni sağlama amacına yöneldiği tespitinde bulunanlar da vardır. Farklı hukuk alanlarındaki kamu düzenini birbirinden ayıran noktanın kavramın görünüm biçimleri olduğu savunulmaktadır⁹¹. Buna ek olarak, farklı içerikler taşıması ve karmaşık yapısına rağmen kamu düzeninin

⁸⁷ Fransız hukuku doktrininde hâkimin sözleşmeyi yorumlarken toplumsal kurumların sözleşme içeriğinin nasıl olması gerektiğine ilişkin istekleri doğrultusunda taraf iradelerini ele almasına tartışmalar için bkz. Gabriel MARTY (1950). *‘Role du juge dans l’interprétation des contrats’*, Études sur la Rôle du Juge, Travaux de l’Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française, C. V, Paris : Librairie Dalloz, s. 101, Maurie (1953), s. 17.

⁸⁸ Maurie (1953), s. 17.

⁸⁹ Engel, s. 113, Van Gysel/ Romain, s. 314.

⁹⁰ Maurie (1953), s. 20.

⁹¹ Simitis, s. 111, Yenisey, s. 163.

özü aynıdır. Mutlak olan bu kavram, hukuk düzeninin emredici alanına taşarak kapsayıcı bir nitelik kazanır. Ancak belirtildiği gibi uygulama alanında kamu düzeni, değişken ve nispi bir kavram haline gelmektedir⁹².

Bir kavramın tanımlanması noktasında sınırlarının belirlenmesi yönteminin kamu düzeni açısından daha elverişli olabileceği kabul edilmektedir. Bu çıkarımın nedenleri arasında kamu düzeninin kavramsal olmaktansa, işlevsel niteliği göze çarpmaktadır⁹³. Değişkenliği dolayısıyla kamu düzeninin içeriği sabit terimlerle öz, kısa bir formüle indirgenmesi mümkün gözükmemektedir. Söz konusu kavramın içeriği ancak sınırlandırılabilir veya azaltılabilir. Aynı zamanda hukukun felsefe veya metafizik gibi kurgusal değil, pratiğe yönelik bir bilim olması ve hukuk uygulayıcılarının somut olayda kullanabileceği tanımların gerekliliği söz konusudur⁹⁴. Sonuç olarak kanaatimizce, her ülkenin hukuk sisteminde değişebilen ahlaki, felsefi, sosyal ve politik temellerini içine alan tek bir tanım ile kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlemeye çalışmak bir anlam ifade etmeyecektir. Bütün bu saptamalar göz önüne alındığında, kamu düzenine ilişkin bir “*altın tanım*” getirebilmek mümkün gözükmemektedir⁹⁵.

Kamu düzeni tanımını emredici hükümlerle bağdaştırmanın da bir yararı olmayacağı aşikârdır. Kamu düzeninden doğan hükümlerin hepsi emredicidir, ancak tüm emredici hükümler kamu düzenini koruma amacı taşımaz. Kamu düzeni, gerek kapsamı, kaynakları, gerekse de işlevleri bakımından kendine özgü, bağımsız bir kavramdır. Kamu düzeninin bu özelliği, hukuk düzenine ait olan tüm ilkeleri kapsadığını göstermektedir. Bu bakış açısının özellikle Borçlar hukukunda yasal bir düzenleme yapılmadan önceki dönemde genel işlem şartları konusunda önemli sonuçları olmuş, doktrinde hukuki temeli sağlam bir çıkış yolu bulmayı kolaylaştırmıştır⁹⁶.

Kamu düzeninin emredici niteliği, kanun koyucunun ahlaki, politik, ekonomik, sosyal birikimiyle birlikte toplumun sürekliliği ve yapılanması için vazgeçilmez görülen değerler ve ilkeleri koruma amacından doğmaktadır. Başta kişilerin iradeleri, örneğin sözleşme hükümleri, olmak üzere kanun hükümleri ve mahkeme kararları, örneğin

⁹² Malaurie (1956), s. 753, Yenisey, s. 164.

⁹³ François TERRÉ (1996). *Rapport Introductif*, L'ordre public à la fin du XXe siècle, Ed. Thierry Revet, Paris: Dalloz, s. 3.

⁹⁴ Hage- Chaine, s. 17-18.

⁹⁵ Aynı yönde bkz. Mehmet Serkan ERGÜNE/ Ali Suphi KURŞUN (2018). *Madde 27, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, C. I Genel Hükümler*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 129.

⁹⁶ Oliver GUILLOD/ Gabrielle STEFFEN (2012). *Art. 19-20, Code des Obligations I Commentaire Romand*, Ed. Luc Thévenoz / Franz Werro, 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag, s. 199, Atamer, (2001), s.184.

uygulanacak yabancı kanunlar ve mahkeme veya tahkim kararları bu kavramın emrediciliği ile bağlıdır. Yazılı bir hukuk kuralında kamu düzeni karakterini kanun koyucu verir. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesi açıkça kanun maddesinden anlaşılabilir gibi, örtülü olarak toplumun öncelikli menfaatleri doğrultusunda korunan değerlerin kanun metninin ruhundan çıkarılması sonucu da kuralın kamu düzeni karakteri ortaya çıkabilir⁹⁷. Bu şekilde ailenin, kişiliği geliştirme hakkının veya sözleşme ilişkisinde zayıf tarafın korunmasına yönelik yazılı hukuk kurallarının kamu düzeninden olduğu sonucuna varılabilmektedir.

Ortak yarar, kamu yararı, doğal hukuk gibi kavramlardan farklı olan kamu düzeni, günümüzde geleneksel hukuk kavramlarının tümünden ayrılmaktadır⁹⁸. Kamu düzeni kavramı hem kapsamı hem de kaynakları bakımından hukuk-üstü bir kavram iken, özellikleri gereği tamamen hukuki bir kavramdır. Bu açıdan kamu düzeni, haklar dengesinin gözetildiği, diğer özel hukuk kuralları görünümünde hâkim tarafından uygulanan bir özel hukuk kavramdır. Ayrıca tüm genel ilkelerde olduğu gibi, hâkime kamu düzenini geçici, somut olaya göre değişebilen şekilde uygulama yetkisi tanınmaz; kamu düzeni genel ve süreklilik içeren bir kapsama sahiptir⁹⁹. Süreklilik özelliği bakımından toplumun üzerine inşa edildiği bir kaya olarak da tanımlanan¹⁰⁰ kamu düzeni, değişken özelliği nedeniyle süreklilik içerisinde yenilenen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Fransız hukukunda Napolyon Kanunu olarak da adlandırılan CC md. 6'nın taslak metninde kamu düzeninin varlığının emredici bir kural olduğu belirtilmiştir¹⁰¹.

Kamu düzeni, yapısı ve işlevi gereği yasaklayıcıdır. Bazı emredici hükümlerin çıkış noktası ve belirli bir koruma getirmeksizin temel kurumların zarar görmesini engelleyen bir kavram olarak kamu düzeni, diğer bütün hukuk kurallarını kapsayacak şekilde soyut ve geneldir. Bir hukuk kuralı ile bağlantılı olduğu ve bütün özelliklerini tek bir kavram içinde topladığı takdirde kamu düzeni basit ve devamlılığını sürdüren bir kavramdır. Birden fazla unsura kolayca ayırlamayacağı gibi, bu kavramı görmezden

⁹⁷ Hage- Chaine, s. 19-20.

⁹⁸ Malaurie (1953), s. 67.

⁹⁹ Terré (1996), s. 4, Malaurie (1953), s. 68.

¹⁰⁰ Jean CARBONNIER (1996). 'Exorde', L'ordre public à la fin du XXe siècle, Ed. Thierry Revet, Paris: Dalloz, s. 1.

¹⁰¹ Hage- Chaine, s. 21.

gelmek de mümkün değildir. Esas olarak, bu kavramın diğer kurallarından daha hukuki olmasının nedeni, daha soyut, genel ve süregelen bir yapıya sahip olmasıdır¹⁰².

Diğer taraftan uygulamada ise, kamu düzeninin hukuki özelliği azalır; çünkü somut olayda tüm varsayımları, karşıtlıkları kapsamak adına prensipte var olan karakteristik özelliklerinden sıyrılması gerekir. Bu dönüşüm, tıpkı yapısında olduğu gibi, işlevinde de gerçekleşir. Uygulanma yetkisi bakımından oldukça genel ve soyuttur, hayatın değişimine adapte olduğunda ise özel, olaya yönelik ve pratik bir kavram olmaya başlar¹⁰³. Kanun koyucu, kamu düzenine atıf yapıldığında bu kavramı söz konusu duruma uyumlu hale getirirken, hâkim ise, açık bir karşı duruş, itiraz ile tanımlanan kamu düzenine aykırılık teşkil eden belirli durumları uygun bir şekilde açıklar¹⁰⁴. Kamu düzeni, gerçek hayatın getirdiği karışıklık ve devinimle ortaya çıkan belirli durumlarla ilişkisi bakımından günceldir. Bu açıdan kural olarak kamu düzeninin sahip olduğu özelliklerin belirlenmesi, uygulama alanı bulduğunda bunlara zıt özellikler gösterebilmesi açısından oldukça büyük bir ikilem yaratır. Kamu düzenini yorumlarken bu diyalektiğin yarattığı tuzağa düşülmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Kamu düzeninin tanımının ne başlı başına teorik ne de pratiğe dair bir kavrammış gibi ele alınması gerekir, aksi takdirde tanımın yapılması anlamsız ve imkânsız olacaktır. Ayrımcı bir nitelendirme ile kamu düzeni belirsiz bir kavram olmaktan kurtulamayacaktır¹⁰⁵.

Bireysel ihlallere karşı ve kendi aralarındaki uyumu sağlamak için her bir farklı kurumu koruma amacına sahip olan kamu düzenini temel kurumların birlik içinde düzgün ve etkili olarak çalışması şeklinde tanımlayan *MALAURIE*'ye¹⁰⁶ göre; kamu düzeni iki taraflı işleve sahiptir. Bir yönüyle, medeni hukuk açısından diğer hukuk kurallarını da gözeterek bir kurumun uygulanma alanını belirler. Örneğin, evliliğe ilişkin geçerlilik kuralları, evliliğin varlığının önemli rol oynadığı durumlarda kamu düzenine ilişkindir. Aile hukukuna ilişkin kazanılan durumla yakından ilişkili olduğu sürece evlilik, miras hukukuna ilişkin sonuçlarını genişletecektir. Genel bir ifadeyle kamu düzeni kavramı, hukuk düzeni kapsamında bir kurumun uygulama alanının sınırlarını belirleme fırsatını

¹⁰² Phocoin FRANCESKAKIS (1958). *La Théorie du Renvoi et Les Conflits de Systèmes en Droit International Privé*, Paris : Sirey, s. 35, Malaurie (1953), s. 68, Van Gysel/ Romain, s. 311.

¹⁰³ Malaurie (1953), s. 68, Meinertzhagen- Limpens, s. 231.

¹⁰⁴ Hâkimin kamu düzeni kavramını her bir durum için somutlaştıracağına, kanun koyucunun bu kavramı kullanmasıyla birlikte sözleşme yoluyla tehdit edilemeyecek olan devletin ve toplumun menfaatinin somut şekilde belirleme görevini kendi isteğiyle hâkime devrettiğine ilişkin bkz. Zufferey-Werro, s. 118.

¹⁰⁵ Malaurie (1953), s. 69. Kamu düzeninin işlevsel ve göreceli bir kavram olarak bilinmeyen, şüpheli niteliklerinin artık kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Romain, s. 60.

¹⁰⁶ Malaurie (1953), s. 69.

verir. Diğer yandan, korunan her bir kurumun ihtiyaçlarını da göz önünde bulundurarak bireysel hukuki işlemlere karşı kurumu savunur¹⁰⁷. Kamu düzenince korunması gereken değerleri hedef alan hukuki işlemin yarattığı somut tehdidi önleme imkânı vermesi ve toplumsal yaşamda temel kurumların hâkim tarafından ortaya çıkarılmasına aracı olması nedeniyle kamu düzeni görecelidir¹⁰⁸.

Bu açıdan kamu düzeninin uluslararası özel hukuk, idare hukuku, ekonomik kamu düzeni kavramı ile ekonomi hukuku, sosyal alanda ele alınması ile iş hukuku açısından incelenmesi, geniş ve dar anlamda kavramın tartışılması önemlidir. Zira kamu düzeni, her hukuk dalında o alana has bir hukuki kavram olma özelliğine sahiptir. Tanımlanması oldukça zor gözükken bu kavramı ele alan *Japiot*'a göre, kamu düzeni sahip olduğu gücün bir bölümünü çevresinde sarılı olan gizemden almaktadır¹⁰⁹.

4.1.2. Özel hukuk- kamu hukuku ayrımında kamu düzeninin yeri

Karanlık, karışık yapısının yanı sıra yayılan, nüfuz eden bir kavram olan kamu düzeninin Fransız Medeni Kanunu'nun başlangıç hükümlerinde (md.6) düzenlenmiş olması hem emredici niteliğini hem de genel hukuk teorisinin temel bir parçası olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca irade özerkliğinin genel bir sınırını oluşturan bağımsız bir kavram olarak emredici kuralların ölçütü görevi de görür. Özel hukukta kamu düzeni, hukuki işlemlerle aşılamayan veya değiştirilemeyen kurallar bütünüdür¹¹⁰. Kamu düzeni aynı zamanda özel hukuk açısından rahatsız edici bir işleve sahiptir. Bu kavramla birlikte kamu hukuku, özel hukuku belirsizliğe sürükleyebilir ve özel hukuk buna karşı kendini sınırlamaya çalışır. Kamu düzeninin belirsiz, havada asılı ve değişken yapısı, özel hukuktaki belirlilik ilkesiyle çatışır. Öyle ki, İsviçre doktrininde isabetli olmayan bir görüş, kamu düzeninden doğan hukuk kurallarının yalnızca yasaklayıcı kamu

¹⁰⁷ Terré (1996), s.4, Malaurie (1953), s. 70. Ancak kamu düzeni kavramının hem Fransız hem de Belçika hukukunda özel hukukun ve kamu hukukunun ilgili dallarında uygulanması bakımından suiistimal edilmesi endişesini oldukça yaygın olduğuna ilişkin bkz. Louis BAUDOUIN (1956). 'Rapport Général', La Notion de l'Ordre Public et des Bonnes Mœurs dans le Droit Privé, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française en 1952, C. VII, Montréal : Eugène Doucet Limitée, s. 730.

¹⁰⁸ Malaurie (1953), s. 71, Romain, s. 32. Buna ek olarak doktrinde kamu düzeninin göreceliği nedeniyle kavramın kullanımına getirilen sınırlamaların fazla oluşunu açıklamak için kamu düzeninin evrenselleşmesinden bahsedilmektedir. İnsan hakları, malların, hizmetlerin, kişilerin ve bilginin dolaşım özgürlüğü gibi evrensel değer ve ilkelerin koruyucusu olan kamu düzeninin sadece vatandaşı veya yerel kişiye atfedilen değerleri değil, aynı zamanda dünyanın geri kalanıyla paylaşılan değerleri de kapsadığı savunulmaktadır. Bunun için bkz. Hage- Chaine, s. 22.

¹⁰⁹ Réne JAPIOT (1909). *Des Nullités en Matière D'actes Juridiques*, Paris: Rosseau, s. 302.

¹¹⁰ Malaurie (1953), s. 7.

hukuku hükümleri olduğunu, bunların ihlal edilmesi halinde kamu düzenine aykırılıktan bahsedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹¹¹.

Özel hukuk doktrini için kamu düzeninin içeriğini belirlemek, kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ilişkinin şifrelerini çözmek için iyi bir fırsattır¹¹². Kamu hukukunda kamu düzeni, daha büyük bir rol oynar; çünkü kamu hukukunun genel uygulama kuralı genel menfaatin yerine getirilmesi olup, temel amacı kamu düzenini sağlamaktır. Ancak hem kamu hukukundaki hem de özel hukuktaki kamu düzeni, emredici nitelikte olsa da sahip oldukları ayrı amaçlara farklı yöntemlerle ulaşmaya çalışır. Özel hukukta kamu düzeni irade özerkliğini tanımaz, bununla birlikte kavramın kullanımıyla genel menfaatin yerine getirilmesi sağlanırken kişinin iradesi, hukuki bir araç olmaktan çıkmaktadır¹¹³.

Özel hukuktaki kamu düzeni az veya çok kamu hukukundaki kamu düzeni özelliklerine sahiptir. Özel hukuktaki kamu düzeni, kamu hukukundaki kamu düzeni kavramından daha dar kapsamlıdır; çünkü istisnai bir ilke olarak uygulanır¹¹⁴. Kişinin iradesi genel menfaate aykırı olmadıkça hukuken göz önünde tutulan, korunan irade özerkliği ilkesidir. Diğer yandan kamu hukukuna kıyasla özel hukuk alanında kamu düzeninin kapsamı daha geniştir. Kamu hukukunun tanımadığı veya ona yabancı olan kurumlar ve ahlaki ilkeler özel hukuktaki kamu düzeni tarafından korunur. Örneğin, özel hukukta bazı kamu düzeni kuralları kişiler hukuku veya aile hukuku gibi kamu hukuku alanına girmeyen konularla ilgilidir. Ayrıca ele aldığımız kamu düzeni, özel hukukun özelliklerini bünyesinde barındırır. Kamu hukuku çoğu zaman belirli, genel ve sürekli iken, özel hukuktaki kamu düzeni kavramı çoğu zaman belirsiz, maddi olaya ilişkin ve görecelidir¹¹⁵. Kamu düzeni bütün hukuk sükelerini kapsayan ilkeler bütünü iken, kamu hukuku eşit olmayan hukuk sükeleri arasındaki ilişkileri düzenler. Kamu düzeninin bu alandaki etkisi kamu hukukundan doğan ilişkileri özel hukuk ilişkilerinin yerine koymak olmadığından, özel hukukta yer alması gereken bir kavramdır. Bir hukuki ilişki, kamu düzeni adına hem devlete hem de bireylere yönelik veya bazı gerçek ya da tüzel kişiler için, bazı şartların varlığı halinde yasaklanabilir. Kamu düzeninin sınırlandırılmasında kamu hukukundaki hiyerarşik ilişkiler dikkate alınmayacaktır. Sonuç olarak, kamu düzeni, genel olarak özel hukuktan doğan bir kavram olmasa da sadece kamu hukuku

¹¹¹ Söz konusu görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 544 ve dn. 55'teki yazarlar.

¹¹² Carbonnier (2004), s. 2037, Malaurie (1953), s. 18.

¹¹³ Malaurie (1953), s. 8.

¹¹⁴ Capitant (1898), s. 27.

¹¹⁵ Francescakis, s. 31, Hage- Chaine, s. 23.

içerisinde sınırlandırılmış biçimde ele alınamaz, çoğu zaman özel hukuk alanına da taşacaktır¹¹⁶.

Özel hukuk alanına taşan kamu düzeni kavramının içeriği genellikle devletin veya toplumun genel menfaatini barındıran kurallar topluluğu şeklinde doldurulmakta olup, yalnızca etik değerler aracılığıyla bu özelliğin belirlenebileceği kabul edilmektedir¹¹⁷. Bu açıdan devletin ve toplumun ortak menfaatlerini içeren özel hukuk ilkelerinin büyük çoğunluğu, aile, eşya ve miras hukukunda yer almaktadır. Borçlar hukukunun ise kural olarak tarafların bireysel menfaatlerine yönelik olduğu ve bu nedenle kamu düzeni ile bağdaştırılamayacağı görüşü¹¹⁸ kanaatimizce isabetli değildir.

4.1.3. Kamu düzeninin ulusal hukuka bağlılığı

Kamu düzenine ilişkin tanımlar her zaman ulusal özellikler taşır; çünkü tarihi gelişimlerle bağlantılı olarak söz konusu kavram, uygulandığı hukukun felsefi, politik, dini ihtiyaçları tarafından belirlenmiştir. Bu durum, kamu düzeninin sıkı sıkıya toplumun karakterine bağlı olmasından dolayı hukuk mantığı dışına taşıdığına bir kanıttır. Kayda değer farklılıklarla karışık biçimlerde karşımıza çıkan kamu düzeninin diğer kavramlar, örneğin bağışlama, gibi doğal bir varlığı yoktur, fakat hukuk alanına siyasi yapılanmanın bütününden sirayet etmektedir¹¹⁹. Kamu düzeni, toplumsal amaçların ve tecrübelerin toplamı, ulusal görüşlerin belirginleşmesini sağlayan, hukuk düzeninin ruhuna yön veren bir oktur. Bu bağlamda kamu düzeni, değerler hiyerarşisi kavramı doğrultusunda her ülkeye özgü şekilde siyasi, sosyal, ekonomik, etik anlamda düzenini oluşturan ilkeler arasında önceliği belirleyerek toplumda etkinlik ve uyumu sağlayan kavramdır¹²⁰. Örnek vermek gerekirse, İngiliz hukukundaki *public policy* kavramı, detaylı ve belirli kurallar bütünü iken, Fransız hukukundaki *l'ordre public* kavramı soyut ve genel bir ilkedir.

¹¹⁶ Malaurie (1953), s. 48.

¹¹⁷ Daniel GUGGENHEIM (1995). *Le Droit Suisse des Contrats, La Conclusion des Contrats*, C. I, Cenevre : Georg Editeur SA, s. 36, Engel, s. 114.

¹¹⁸ Andreas Von TUHR/ Hans PETER (1984). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich : Schulthess Verlag, s. 220-221. Borçlar hukukuna egemen olan iyiniyet kuralının görünümünden sözleşme özgürlüğü, sözleşmeyle bağlılık ve güven ilkesinin kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine, zira toplumun hukuk düzeni içerisinde etik değerlerin korunması, üstün tutulması yönünde oldukça büyük bir menfaatinin bulunduğuna ilişkin bkz. Engel, s. 114.

¹¹⁹ ALGLAVE (1868). *Définition de l'ordre public en matière civile*, Revue pratique de droit, s. 524. (Malaurie (1953), s. 10'dan naklen)

¹²⁰ Clotilde BRUNETTI-PONS (2007). 'La Conformité des Actes Juridiques à l'Ordre Public', Études Offertes au Professeur Philippe Malinvaud, Paris: LexisNexis, s. 105, Malaurie (1953), s. 10.

Kamu düzenini kazuistik yöntemle ele alan İngiliz hukuku, soyut bir kamu düzeni teorisi olan Fransız hukukundan çok daha açık, belirli ve somut sınıflandırmalara sahiptir¹²¹. Uluslararası özel hukuk alanında da kamu düzeni kavramının ulusal hukuk politikasını koruma işlevine sahip olduğu belirtilmiştir¹²³.

Karşılaştırmalı hukukta kamu düzeni kavramına yaklaşım farklılığını gösteren bir örneği ele alırsak, hukuk düzenlerinin etkisi altında Fransız doktrini kamu düzeni teorilerinin sınırlarını yasayla ilişkilendirir, çünkü soyut kavramlara yatkındır. İngiliz doktrini ise, genellemeleri sevmez ve karşısına alır, çünkü içinde bulunduğu güçlüğü çözüme arzusunda¹²⁴. Dolayısıyla Fransız içtihadı kamu düzeni kavramını İngiliz içtihadından daha genel bir bakış açısıyla ele alır. Nordenfelt¹²⁵ kararında bu değişik yaklaşımlar aynı olay için farklı yöntemler izlemiştir. Karara konu olayda 46 yaşında bir kişinin ticari faaliyette bulunma özgürlüğünün 25 yıllığına sınırlanmasını öngören sözleşme hükmünün geçerli olup olmadığı hakkında uyuşmazlık çıkmıştır. İngiliz hukukunda Lordlar Kamarası, bu sınırlamayı hem tarafların menfaatleri hem de kamu menfaati bakımından yükümlülük altına giren kişi lehine yeterli bir koruma getirmesi ve kamuya bir zarar vermemesi açısından makul bulmuştur. Ticari sınırlamalara ilişkin makul olma kıstası İngiliz hâkimlere somut olaydaki sonuçları göz önüne alma yetkisini verir. Fransız istinaf mahkemesi ise, İngiliz meslektaşlarından farklı olarak, soyut bir ilkeyle aynı sonuca varır; ticaret yapma özgürlüğüne ilişkin genel sınırlamalar yasaktır. Somut olayda mahkeme, sözleşme hükmünün açıkça genel bir sınırlama getirdiğini ancak süreyle ilgili bir sınırlamanın belirli olabileceği tespitinde bulunmuştur¹²⁶. Fransız mahkeme, kişilerin bireysel menfaat dengesini korumak için karar gerekçesinde hukuki ve genel kıstaslar getirmeksizin sözleşme ve ticaret yapma özgürlüğüne karşı genel sınırlama getiren sözleşmeleri yasaklayan kuralı bu olayda esnetmiştir¹²⁷.

¹²¹ Malaurie (1953), s. 22. Ayrıca İngiliz ve Fransız hukukunun karşılaştırılması için bkz. Meinertzhagen-Limpens, s. 228-229.

¹²³ Francescakis, s. 29, s. 37.

¹²⁴ Malaurie (1953), s. 50. Bu yönde birçok ulusal hukuk sisteminin farklı yaklaşımlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Meinertzhagen-Limpens, s. 240 vd.

¹²⁵ Nordenfelt v. Nordenfelt (1894). Appeal Cases s. 535-575. Bunun için bkz. Wright, s. 70.

¹²⁶ 71 yaşındaki kişinin tekrar ticari faaliyetlerine nasıl başlayabileceğini tahayyül etmenin zorluğu karşısında mahkeme kararının eleştirilmesi açısından bkz. Malaurie (1953), s. 51 vd.

¹²⁷ Aralarında argüman bulma teknikleri açısından farklılık olsa da Fransız ve İngiliz mahkemeleri kamu düzeni sorunlarına kişinin ve devletin ya da kamunun menfaati arasında bir denge tutturmak istemesi, kamu düzenini belirleme sorununun yalnızca teknik meselelerle çözülemeyeceğine ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 51.

Ulusal hukukun aynı konuda kamu düzeni kavramına yaklaşımın farklılığının tespiti adına kira sözleşmesine konu taşınmazın genelev olarak kullanılması örnek verilebilir. Fransız hukukunda genelev işletilmesine dair sözleşmeler, tarafların ortak sebebinin ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersizdir¹²⁸. İngiliz hukukunda da benzer şekilde bir seks işçisinin fuhuş yapabilmesi için araba kiralaması halinde, yalnızca kiraya verenin sözleşmede kiracının sözleşmede güttüğü amacı bilmemesi halinde kira sözleşmesi hükümsüz sayılmayacaktır¹²⁹. Alman hukukunda ise, hâkim, genelevlere ilişkin kira sözleşmelerinin geçerli olabileceği kanısındadır. Ancak kiraya veren, seks işçilerinden ekonomik açıdan zor duruma düşürecek oranda, fahiş bir kira bedeli talep etmesi ya da kiracıyı çalıştırmaya zorlaması, onu hürriyetinden alıkoyması halinde sözleşme geçersiz olacaktır¹³⁰. 1 Ocak 2002 tarihinde BGB revizyonu ile birlikte seks işçisi ile müşterisi arasındaki sözleşme, her durumda geçersiz kabul edilmeyecektir. 20 Aralık 2001 tarihli fuhuşa ilişkin yasaya göre, seks işçisinin kısmen de olsa hizmet edimini yerine getirdiği takdirde müşterinin ücret ödeme borcunun devam etmesi amacıyla sözleşme ayakta tutulmaktadır¹³¹.

Kamu düzeni kavramına değişik yaklaşımlar, farklı ülkelerde bu kavramın farklı unsurlarını ön plana çıkarmaya neden olmuştur. Aynı zamanda kamu düzeninin devreye girdiği uygulamadaki problemlerin sıklığı ve önemi yere ve zamana göre farklılık gösterir. Teorik olarak İngiliz hukukunda hâkimin kamu düzenini belirleme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu ortaya çıkar. Kamu düzenini genel bir hukuk ilkesi haline getiren üstün olma özelliği, hâkime Common Law'ın özel ilkelerine aykırı davranma yetkisi verip veremeyeceği tartışılmaktadır. Fransız hukukunda kamu düzeninin içeriğinden çok sözleşmenin hangi unsurlarının kamu düzenini ihlal edebileceği incelenmiştir. Sovyet hukukunda ise devletin menfaati teorisi ağır basarken, esas sorunu bu menfaatin içeriği teşkil etmiştir¹³². Bir ülkeden diğerine kamu düzeninin somut olayda uygulanması çeşitlilik gösterir. Bu çeşitlilik, kurumların karşılaştığı tehlikelerin ve bunlara ulusal alanda değişebilen etkenlere dayalı atfedilen önem derecesinden kaynaklanır. Şüphesiz ki, cinsel ahlak ve ailenin temel yapıtaşlarına ilişkin sorunlarda kamu düzeni uygulaması, belirli bir benzerlik ve istikrar göstermektedir. Öte

¹²⁸ 4 Aralık 1956 tarihli karar için bkz. Fauvarque- Cosson & Mazeaud, s. 133.

¹²⁹ Pearce v. Brookes (1866).

¹³⁰ 8 Ocak 1975, BGH, 63, s. 365.

¹³¹ Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 133.

¹³² Malaurie (1953), s. 21.

yandan her ülkenin değerler hiyerarşisi ve sosyal önceliği, oraya ait kültüre bağlı olarak değişebilir. Kamu düzeni kavramı, Amerikan hukukunda ırkçılık, rüşvet; İngiliz hukukunda evlenme vaadi, kumar, ticari faaliyetin sınırlandırılması; Sovyet hukukunda devletin menfaati ilkesi olarak beş yıllık ekonomik planlara bağlı kalabilme ve devrimin amaçlarına ulaşabilme amacıyla; Fransız hukukunda ise para biriminin korunması, sözleşmede edimin altın üzerinden belirlendiği veya hayat pahalılığına bağlı olarak mal veya hizmet değerinin değiştirildiği hükümlerin geçerliliği konusunda kullanılmıştır¹³³.

Kamu düzeni, üstün ve öncelikli bir ilkedir. Bu ilkeyi oluşturan ahlaki, siyasi veya ekonomik unsurlardan ilgili olanının somut olaya uygulanmasıyla birlikte ele alınan hukukun temel eğilimleri ve toplumun asli amaçları açığa çıkacaktır.¹³⁴ Her ülkenin yapısına ve hukuk düzeninin ruhuna göre oluşan ilkelerin uygulanmasıyla ortaya çıkan kamu düzeni unsurları, bu kavramı oluşturan anlamı muğlak, tarafsız ‘kamu’ ve ‘düzen’ kelimelerinin ahlaki, politik, dini gerçeklikleri kapsayıp kapsamadığını değerlendirmede dikkate alınmalıdır¹³⁵.

4.1.4. Kamu düzeni ve kamu yararı kavramı

Kamu düzeni kavramının genel özellikleri ile birlikte hukuk düzeni içerisindeki yerini belirlemeye yönelik genel bir çerçeve çizebilmek için çoğu zaman kamu düzeni ile karıştırılan başka bir kavram olan kamu yararını da ele almak ve bu iki kavram arasındaki ilişkiyi ortaya koymak gerekir. Kilise hukuku döneminden bu yana hukukçular, hukukun toplum içindeki düzeni korumayı konu edindiği ve kamu yararının toplumsal yapılanmanın amaçlarından biri olduğu kabulüyle birlikte iki kavramı birbiriyle karıştırmıştır. Özellikle kamu düzeninin bilinçsiz kullanılması bu iki kavramı birbiriyle ayrılmaz şekilde birleştirilmesi tehlikesi yaratır. Kamu yararını ilgilendiren her hukuk kuralının temelinde kamu düzeni olduğunu ileri sürmek, çalışmamıza konu olan kavramın çok geniş biçimde uygulanmasından kaynaklanmaktadır¹³⁶.

Türk hukukunda kamu düzeni ve kamu yararı kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığına ilişkin bir örnek, Anayasa Mahkemesi’nin 2001 yılında verdiği, zayıf

¹³³ Malaurie (1953), s. 22.

¹³⁴ Roscoe POUND (1943), *A Survey of Social Interests*, Harward Law Review, Vol. 57, No. 1, s. 5.

¹³⁵ Malaurie (1953), s. 33.

¹³⁶ Winfield, s. 42, Malaurie (1953), s. 40.

tarafın korunması amacına ilişkin kamu düzenini ilgilendiren bir kararda¹³⁷ karşımıza çıkmaktadır. 6570 sayılı mülga Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna 4531 sayılı kanunla eklenen Geçici md. 7 hükmünün Anayasa'ya aykırılık iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre; *'ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.'* Karara konu olan yasa hükmü, kira sözleşmesinde kiracının korunması amacıyla getirilmiş bir ekonomik kamu düzeni kuralı olmasına rağmen karar metninde kuralın kamu yararı amacıyla getirildiği belirtilmiştir¹³⁸.

Öte yandan kamu düzeni kavramının sınırlı, dar kullanımı ile bu iki kavram arasında belirli bir ayırım sağlanabilir. Her iki kavramın da temelinde özele değil, kamuya ilişkin olma gibi ortak bir özellik vardır. Bu kavramlar devletin olağan yetkisinin kapsamını belirler. Kamu düzeni, toplumsal barışın veya temel hukuk kurallarının ihlalini engellemeye yönelik yasaklamalar yoluyla devlete olumsuz bir görev yükler. Kamu düzeni adına kanun koyucu, zararlı gördüğü hukuki işlemleri; idare, toplum barışını tehlikeye atacak davranışları yasaklar, hâkim ise, öncelikli görevi olan sözleşmeyi uygulamaktan kurtulur. Kamu yararı ise devlete bireylerin ekonomik faaliyetlerini düzenleme, zayıf olanı koruma, ona yardım etme gibi olumlu bir görev yüklemektedir¹³⁹. İdare hukuku açısından devletin klasik kamu düzeni unsurlarının sağlanması açısından kimi bireysel ekonomik faaliyetlere kısıtlama getirmesi kapsamında bazı ekonomik tedbirlerin amacı kamu yararadır. Ekonomik açıdan zayıf olanı koruyan, ikinci grup tedbirlerin ekonomik kolluk aracılığıyla ekonomik kamu düzenini sağlama amacıyla

¹³⁷ AYM, T. 19.07.2001, E. 2001/ 333, K. 2001/ 303, RG T. 15.09.2011, S. 24524, www.kazanci.com (Son Erişim Tarihi: 29.04.2018).

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi, tüketicilerin korunması amacıyla gazetelerin promosyon yapma hakkını sınırlandıran 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 11 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını değerlendirdiği bir diğer kararında kamu düzeni ve kamu yararı kavramlarını birlikte, hatta bunların aynı kavram olduğu izlenimini vererek kullanmıştır. Karar metnine göre; *'11. Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, süreli yayın kuruluşlarınca düzenlenen ve her ne amaç ve şekilde olursa olsun, süreli yayının dışında ikinci bir ürün verilmesinin taahhüt edildiği kampanyalarda, yasalarda belirlenen ve süreli yayıncılık amaçlarına aykırı olmayan kültürel ürünler dışında hiçbir mal ve hizmetin dağıtımının yapılamayacağına ilişkin kuralın, tüketicinin çıkarlarını korumak amacıyla konulduğu anlaşılmaktadır. Yasa koyucunun kamu yararı ve düzeni ile ülke ekonomisini göz önünde bulundurarak tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı düzenleyici tedbirleri alması, Anayasa'nın 172. maddesi gereğidir.'* AYM, T. 29.09.1998, E. 1998/ 25, K.1998/ 56, RG T. 18.03.1999, S. 23643, www.kazanci.com (Son Erişim Tarihi: 29.04.2018).

¹³⁹ Malaurie (1953), s. 41.

yapıldığı kabul edilmektedir¹⁴⁰. Anayasa hukuku alanında da konuya aynı perspektiften bakan *KABOĞLU*'na göre¹⁴¹, “iktisadi özgürlüklerin kötüye kullanılması, maddi kamu düzenini ihlal etmeyebilir; ancak kamu yararını, toplum düzenini ve ekonomik kamu düzenini ciddi biçimde zedeler; kalıcı etkiler bırakır.”

Sonuç olarak, kamu yararı bir düzen içindeki adaletin tesisini amaçlar, kamu düzeni ise düzen ile adalet arasında bir zıtlık yaratarak, düzeni sağlama fonksiyonunu adaletin tesisi ihtiyacının önüne geçirebilir¹⁴². *MALAUURIE*, bu iki kavramı birbirinden ayırırken şu tanımları kullanmıştır¹⁴³; “*Kamu yararı, toplumsal yararı hedefleyen kurallar toplamı iken, kamu düzeni, toplumun üzerine inşa edildiği yapının temeli, ana çerçevesine ilişkin küçük bir ışık huzmesidir.*”

4.2 Ekonomik Kamu Düzeni

4.2.1. Kavramın temel özellikleri

Ekonomik kamu düzenine ilişkin klasik kamu düzeni ile benzer şekilde öğretilde farklı tanımlar mevcuttur. Bu tanımlardan birine göre ekonomik kamu düzeni, var olduğu ilgili toplumun temel ekonomik düzeninin hukuki görünümü şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁴. Québec hukukunda yapılan bir tanıma göre ise, ekonomik kamu düzeni, malvarlığı değerlerin ve hizmetlerin el değiştirmesini doğrudan düzenlenmesini konu edinmektedir¹⁴⁵. Kavrama ilişkin öğretilde önemli çalışmalar yapmış olan *FARJAT*'a göre, ekonomik kamu düzeni, ekonomik yapıyı, sosyal ilişkileri, sözleşme içindeki ekonomik dengeyi düzenleyen, sözleşmesel ilişkilerde bağlayıcı kuralların bütünüdür¹⁴⁶.

Özel hukuk alanında ekonomik kamu düzeni, ulusal ekonomik yapıyı korumak ve bu yapının belirli bir şekilde örgütlenmesini sağlamak üzere devletin neyin yapılması gerektiğini düzenlemesi ile oluşur. Bu açıdan neyin yapılmaması gerektiğini söyleyen klasik anlamdaki kamu düzeninden farklı olarak ekonomik kamu düzeni, pozitif ve

¹⁴⁰ Özge OKAY TEKİNSOY (2011). *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 156.

¹⁴¹ Ö. İbrahim KABOĞLU (2002). *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: İmge Kitabevi, s. 459.

¹⁴² Malaurie (1953), s. 67.

¹⁴³ Malaurie (1953), s. 41.

¹⁴⁴ Okay Tekinsoy, s. 157.

¹⁴⁵ G. RÉMILLARD (1993). *Commentaires du Ministre de la Justice*, C. I, Québec : Les Publications du Québec, s. 860.

¹⁴⁶ Gérard FARJAT (1963). *L'ordre Public Économique*, Paris: LGDJ, s. 38.

düzenleyici niteliktedir¹⁴⁷. Genel olarak, ekonomik kamu düzeni kuralları hukuk düzeninin kişilere olumlu yükümlülükler getirdiği, yapılması beklenenin belirlendiği kurallar şeklinde düzenlenmiştir¹⁴⁸. Ekonomik kamu düzeni, pozitif niteliği ile birlikte yasaklayıcı kuralları bünyesinde barındırabilmektedir. Belirli birtakım sözleşme hükümlerinin, farklı uygulamaların önüne geçilebilmesi için yasaklar öngörebilir. Ekonomik kamu düzeninin yasaklayıcı normları, klasik anlamdaki kamu düzeninden sıyrılarak ekonomik ilişkileri düzenleme görevi ile daha dar bir çerçeveye sahip olabilir. Bu bakımdan bir hukuki işlemin ekonomik kamu düzenine aykırılık taşıması halinde tamamından ziyade bir kısmının geçersiz hale gelmesi ya da düzenlenmesi öngörülebilir¹⁴⁹.

Ekonomik kamu düzeni, klasik kamu düzenine oranla daha somut nitelikte bir kavramdır. Ulusal ekonomik düzenin yönetilmesi ve kişilerin belirli iktisadi politikalar altında yönlendirilmesi amacı, ekonomik kamu düzeni kurallarına somut özelliğini vermiştir. Söz konusu kuralların oluşumunda özgürlükler ve eşitlik ilkesi gibi soyut kavramların yanı sıra süregelen ekonomik hayatın içinde meydana gelen durum ve olayların yarattığı somut ihtiyaçlar ön plana çıkmaktadır¹⁵⁰. Ekonomik kamu düzeni, kişilerin hukuki konumlarından daha ziyade ekonomik açıdan konumlarıyla ilgilenmektedir. Sözleşmesel ilişkilerde tarafların ekonomik şartlarının her bir sözleşme için farklı olması ve ekonomik faaliyetlerin sayısız görünüm şekillerinin ortaya çıkması, ekonomik kamu düzeni açısından birlik sağlanması amacını doğurmuştur. Bu bağlamda ülke ekonomisinin yönetilmesi ihtiyacı, yönlendirici ve bireysel durumlara yönelik somut nitelikte kuralların tanınmasına yol açmıştır¹⁵¹.

Esas amacı zayıfların korunması, bireyler arasındaki ekonomik ilişkilerin düzenlenmesiyle birlikte genel olarak sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi olan ekonomik kamu düzeni, inceleme konusu yaptığımız kavramın değişkenlik özelliğini açık bir şekilde yansıtmaktadır. Ekonomik kamu düzeninin kaynakları ve aykırılık halinde öngörülen yaptırım türleri farklılık göstermektedir¹⁵². Ticari hayatın yeniliklere açık

¹⁴⁷ Tan (1984), s. 129, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 142, Okay Tekinsoy, s. 151.

¹⁴⁸ Georges RIPERT (1934). *L'ordre Économique et la Liberté Contractuelle*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génay, Bibliothèque nationale de France (BnF) Gallica, www.gallica.bnf.fr (Son Erişim Tarihi: 23.10.2017), s. 352.

¹⁴⁹ Farjat, s. 98.

¹⁵⁰ Farjat, s. 99.

¹⁵¹ Georges RIPERT (1948). *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, s. 30, Farjat, s. 99.

¹⁵² Farjat, s. 97.

olması özelliği ve buna ayak uydurmadaki hızı, ulusal ekonomik düzeni belirli kurallar çerçevesinde çizen kanun koyucu da var olmalıdır. Değişken niteliğine vurgu yapıldığında ekonomik kamu düzeninin istikrarlı bir toplum düzeninin veya devletin ihtiyaçlarından çok zamanın ihtiyaçlarını karşılaması beklenmelidir. Bu nedenle ekonomik kamu düzeni kavramının Fransız hukuku doktrininde ilk incelenmeye başlandığı dönemde kişiler arasındaki sözleşmenin kanun hükmünde olduğu anlayışından sıyrılarak kişiler kadar kanun koyucunun da ekonomik değişikliklere yön verme yetkisine sahip olması gerektiği belirtilmiştir¹⁵³.

Ekonomik düzende ticari hayatın hızı da göz önüne alındığında zamanın ihtiyaçlarını karşılama görevini taşıyan ekonomik kamu düzeni kurallarının değişken niteliği, bu koşullar altında kanun koyucunun detaylı şekilde öngördüğü yazılı hukuk kurallarını sıklıkla yeniden gözden geçirme zorunluluğu ile yakından ilişkilidir¹⁵⁴. Söz konusu kuralların düzenlediği hususların değişkenliği, ekonomik faaliyetlerinin çeşitliliği, çoğu zaman ekonomiye ilişkin mevzuatın sürekli değişen siyasi şartlar altında sosyal güç dengelerinin çekişmesinin bir yansıması niteliğinde olması, ekonomik kamu düzeninin bu özelliğinin sebeplerinden birkaçı olarak sayılmaktadır¹⁵⁵.

Değişken niteliğine paralel olarak, ekonomik kamu düzeninden doğan kuralların piyasadaki üretim ve tüketim çeşitliliğini kapsayıcı olması gereklidir¹⁵⁶. Bu çeşitlilik, ekonomik kamu düzeninin korunması amacıyla yapılan faaliyetleri yönlendirme etkisine sahiptir. Örneğin, söz konusu çeşitliliğin geniş bir yelpazede olması durumunda idari nitelikte kararlar alabilen Rekabet Kurumu gibi kamusal yetkilere sahip kurum ve kuruluşlar aracılığıyla her bir sözleşmenin piyasa şartlarıyla uyumlu olup olmadığı denetlenerek ekonomik kamu düzeninin gözetilmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte ekonomik kamu düzeni kurallarının konusunun değişken niteliği, sadece ekonomik etkenlere değil, sosyal etkenlere de bağlıdır. İncelediğimiz kavramın türleri bakımından değişkenlik özelliğine bakacak olursak, politik kamu düzeni ve koruyucu ekonomik kamu düzeni, sözleşmeden daha durağan nitelikte iken, yönlendirici ekonomik kamu düzeni bunun tam tersi özelliktedir¹⁵⁷. Kamu düzeni kurallarının değişiminde ekonomik gelişmelerin yarattığı etkiye kıyasla sözleşmesel ilişkilerde daha görünür sorunlar yaratan

¹⁵³ Ripert, (1934), s. 350.

¹⁵⁴ Farjat, s. 100.

¹⁵⁵ Ripert, (1948), N. 21.

¹⁵⁶ Farjat, s. 100.

¹⁵⁷ Carbonnier (2004), s. 2038.

sosyal faktörlerin daha ön planda olduğu belirtilmektedir. Siyasi gelişmelerin ekonomi alanındaki yasama faaliyetlerini etkilediği ve sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesinin kanun koyucunun gözünde sürekli değiştiği gözlemi, Fransız hukukunda fiyatların kısa dönemler içinde vergilendirilmesi, sabitlenmesi ya da serbest bırakılması gibi çeşitli düzenlemelerin varlığına dayandırılmıştır¹⁵⁸.

Değişken ve belirsiz olmasına karşın ekonomik kamu düzeni kavramı, klasik anlamdaki kamu düzenine benzer şekilde ticari faaliyetlerde bulunma, rekabet etme özgürlüğü gibi birtakım anayasal değerlere de bağlıdır¹⁵⁹. Girişim ve rekabet özgürlüğü çerçevesinde bir yandan sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda taraflar kendi özel düzenlerini yaratırken, diğer yandan bu özel düzendeki bazı işlemlere yaptırımlar öngörülmektedir. Bu iki karşıt unsur arasında pozitif hukukun ikinci unsur çevresinde daha fazla hüküm düzenlemesi özellikle piyasadaki kartelleşmeye ve monopol yaratacak birleşmelere karşı önlem alma ve rekabeti koruma amacıyla ilişkilidir¹⁶⁰. Taraflar arasında sözleşme ile kurulmuş özel düzene ekonomik kamu düzeni gerekçesiyle müdahale edildiğinde bu noktaya dikkat edilmelidir. Ekonomik kamu düzeni adına rekabet hukuku açısından neo-liberal düzenlemeler, işletmeleri tasfiye etmeyi değil, kurallar çerçevesinde kontrol etmeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan ekonomik kamu düzeni kurallarının bağlayıcılığı mutlak değil sınırlı düzeydedir¹⁶¹.

Bu başlık altında ekonomik kamu düzeninin temel özelliklerinden bahsettikten sonra kavramın çerçevesinin daha ayrıntılı belirlenmesi adına günümüze kadar gelen doktrindeki sınıflandırmalar ele alınacaktır. Bu şekilde öncelikle kamu düzeni kavramına ilişkin temel bir ikili ayırım olan ekonomik-politik kamu düzeni ayırımı ele alınacak, daha sonra Kıta Avrupası Hukuku içerisinde geniş bir etkiye sahip Fransız ve Alman hukukunda konuya dair yaklaşım farklılığı dolayısıyla oluşan ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık kavramları incelenecektir. Ekonomik kamu düzeni kavramına ilişkin son olarak, çalışmamızın kapsamını belirleyici rolü olan yönlendirici-koruyucu kamu düzeni ayırımı ile doktrinde söz konusu ekonomik kamu düzeni türleri arasındaki yeri tartışmalı olan, iş hukukundan doğan bir tür olarak sosyal kamu düzeni kavramı inceleme altına alınacaktır.

¹⁵⁸ Farjat, s. 101.

¹⁵⁹ Terré (1996), s. 4, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 143.

¹⁶⁰ Farjat, s. 105.

¹⁶¹ Farjat, s. 106.

4.2.2. Ekonomik- politik kamu düzeni ayrımı

Kamu düzeni kavramı açısından doktrinde genel olarak ikili bir ayrıma gidilerek ekonomik kamu düzeni karşısına politik kamu düzeni kavramı konulmuştur. Politik kamu düzeni ile kanun koyucu, toplumun iyi yönde düzenlenmesine yönelik, vatandaşların hukuk alanında sonuç doğuran eylem ve işlemlerini konu alan bazı emredici kurallar koyar¹⁶². Hukuki işlem türleri içinde en yaygın olan sözleşmelerde alacaklı ve borçlu arasında belirli bir hedefe yönelik geçici bir ortaklık söz konusudur. Ancak bu küçük ortaklık, kurulduğu ve faaliyetlerini sürdürdüğü yapıyı, düzeni ihlal ederek oluşturulamaz. Hukuk düzeninde devleti, aileyi ve iş hayatını düzenleyen kurallar sözleşmeler yoluyla ihlal edilemez. Söz konusu kurallara politik kamu düzeni kuralları denir¹⁶³. Politik kamu düzeninin ele aldığı öncelikli kurumlar devlet ve ailedir¹⁶⁴.

Politik kamu düzeni kurallarına örnek olarak, devleti ve aileyi koruyan birtakım hukuk kuralları gösterilebilir. Başlıca politik kamu düzeni kuralı, devleti ve devlet düzenini bozucu hukuki işlemlerin emredici kuralla yasaklanmasıdır. Hazine gibi siyasi kurumların kurallarına veya TC Anayasası hükümlerine aykırı sözleşmeler ya da Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yasaklanmış sözleşmeler politik kamu düzenine aykırı olduğundan kesin hükümsüzdür. Aile hukuku açısından örneğin, eşler arasında Türk Medeni Kanunu'nda yer alan boşanma sebepleri dışında farklı bir boşanma sebebinin sözleşme ile kararlaştırılmasının yasaklanması politik kamu düzeninden ileri gelen bir kuraldır. Eşler arasında aile hukukundan doğan temel yükümlülüklerini, örneğin çocuğun bakım yükümlüğünü, ortadan kaldırmaya yönelik sözleşmeler yine politik kamu düzenine aykırıdır¹⁶⁵.

Bu iki kamu düzeni türü arasındaki ilişkiye değinecek olursak, politikanın ekonomi üzerinde önceliği söz konusu olduğundan bireyler arasında oluşturulan ekonomik ilişkiler, toplu yaşamın gereksinimleriyle uyumlu olmalıdır¹⁶⁶. Politik kamu

¹⁶² Vincent KARIM (1998). *Rapport Canadien*, L'ordre Public Journées Libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, C. XLIX, Paris : LGDJ, s. 104, Ghestin (2013), s. 101.

¹⁶³ Meinertzhagen-Limpens, s. 222, Ripert (1934), s. 347.

¹⁶⁴ Ghestin (2013), s. 101, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 142, Karim, s. 412, Hage-Chaine, s. 27.

¹⁶⁵ Reha POROY, Saibe OKTAY, Samim ÜNAN (1998). *Rapport Turc*, L'ordre Public Journées Libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, C. XLIX, Paris : LGDJ, s. 293-294.

¹⁶⁶ Ripert, (1934), s. 348.

düzeni, sözleşmeleri yasaklamaya, ekonomik kamu düzeni sözleşmelerin içeriğini düzenlemeye yönelik kurallar koyma eğilimindedir¹⁶⁷.

Öğretide ekonomik- politik kamu düzeni ayrımını eleştiren bir görüş ise, kavramın içeriği dikkate alınarak yapılan bu ayrımın pratikten daha çok, teorik bir anlam taşıdığını savunmaktadır. Buna göre, kamu düzeni kurallarının siyasi karakterinin yanında taşıdığı ekonomik amaçların üstünlüğü dikkate alınamayacak kadar az olması riski söz konusudur. Kamu düzeni kuralını düzenlerken kanun koyucu birden fazla amaç izleyebilmektedir. Bütün bunlar göz önüne alındığında kamu düzenine ilişkin bir benzetmeye dayanarak kayan kumlar üzerinde ekonomik- politik ayrımının yapılması bu görüş çerçevesinde sakıncalıdır¹⁶⁸.

Ekonomik- politik kamu düzeni ayrımına yönelik çalışmamızı ilgilendiren husus, borçlar hukukundaki kamu düzeni kurallarının belirlenmesinde dayanak noktası oluşturan, politik kamu düzeni kurallarının ve bu kuralları ortaya çıkaran temel değerlerin tespit edilmesi olacaktır. Özellikle politik kamu düzeni kurallarının normlar hiyerarşisi çerçevesinde hem kamu hukuku hem de özel hukuk kurallarından üstün olduğu Anayasa hükümlerinin ve anayasal değerlerin incelenmesi önem teşkil etmektedir. Bu amaçla politik kamu düzeni kavramını çalışmamızda idari kamu düzeni ve anayasal kamu düzeni şeklinde iki ayrı başlıkta değerlendirmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz¹⁶⁹.

4.2.3. Ekonomik kamu düzeninin türleri

4.2.3.1. Yönlendirici- koruyucu ekonomik kamu düzeni

Büyük oranda Fransız doktrininde geliştirilen ekonomik kamu düzeni kavramı iki çeşit şekilde sınıflandırılmaktadır. Bunlar, yönlendirici ekonomik kamu düzeni (*l'ordre public économique de direction*) ve koruyucu ekonomik kamu düzenidir (*l'ordre public économique de protection*). Ekonomik kamu düzeni kavramının bu şekilde sınıflandırılması, hukuk kurallarının ekonomik işleyiş içinde düzenlemek istediği alanlar ve sahip olduğu amaç göz önüne alınarak yapılmaktadır¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Ghestin (2013), s. 122, Karim, s. 412, Terré (1996), s. 8.

¹⁶⁸ Hage-Chaine, s. 28.

¹⁶⁹ Aşağıda bkz. I, 4.3, s. 46 vd.

¹⁷⁰ Ruth SEFTON-GREEN (2011). "A vision of social justice in French private law: paternalism and solidarity", The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Ed. Hans- W. Micklitz, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 240, Michelle CUMYN (2007). 'Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité', Revue Juridique Thémis, Vol. 41, S. 1, s. 17, Chaine, s. 26.

Yönlendirici ekonomik kamu düzeni, devletin kamu yararını sağlama amacıyla ekonomik ilişkileri yönettiği düzeni ifade eder. Yönlendirici kamu düzeni kuralları ile genel kamu menfaatinin korunması ve kişilerin yaptığı hukuki işlemlerin ulusal çapta belirlenmiş siyasi, sosyal veya ekonomik planlar içerisinde kalması amaçlanmaktadır¹⁷¹. Ayrıca öngörülen kuralın özel ve kişisel menfaati aşarak ortak, genel menfaate yönelik olması durumunda söz konusu hükmün yönlendirici kamu düzeninden ileri geldiği kabul edilmektedir. Yönlendirici kamu düzeni, toplumun kutsal bir özellik atfetmesi nedeniyle korunan değerlerin ihlal edilmemesini amaçlamaktadır¹⁷². Bu tip kamu düzeni içerisinde devletin enflasyonu kontrol altında tutmak için fiyat sınırlandırmaya, yasal çalışma sürelerinin belirlemeye veya rekabet hukukuna ilişkin yaptığı düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir¹⁷³. Türk hukukundan tipik bir örnek vermek gerekirse, Yargıtay, 1975 tarihli bir kararında ulusal para biriminin korunmasına ilişkin bir kanun hükmüne aykırılık oluşturan sözleşmeyi kamu düzenine aykırılık olarak tanımlamıştır¹⁷⁴.

Koruyucu ekonomik kamu düzeni ise taraflar arasında ekonomik açıdan bir eşitsizlik meydana geldiğinde zayıf olan tarafın korunması amacını taşımaktadır. Burada bahsedilen koruma, sosyal ve ekonomik açıdan zayıf taraf lehine sözleşmeyi eşitler arası bir işlem haline getirmeyi amaçlamaktadır. Bu durum çoğunlukla işinde uzman, tacir sıfatına sahip sözleşme tarafının önceden belirlediği maddelerden oluşan sözleşme metnini tüketici olarak nitelendirilen tarafın kabul etmesiyle meydana gelmektedir¹⁷⁵. Koruyucu kamu düzeni kuralının uygulanması ile sözleşme ilişkisinde bir taraf lehine hak ve yükümlülükler dengesinde eşit bir durum sağlanmaktadır¹⁷⁶. Sözleşme ilişkisi içinde eşitliğin sağlanması aynı zamanda koruyucu kamu düzeni kurallarının çoğu zaman belirli bir kategoride bulunan kişilerin örneğin, kiracıların, işçilerin, tüketicilerin menfaatini koruması nedeniyle toplumsal ekonomik barışın sürekliliğine de hizmet etmektedir¹⁷⁷.

Sözleşme içerisinde bir tarafı koruma amacının belirtilmesinin yanında ticari hayatın içerisinde kesin, tam bir eşitlik halinden veya zayıf taraf niteliğinin her daim tek

¹⁷¹ Karim, s. 412, Mestre, s. 128, Carbonnier (2004), s. 2038, Cumyn, s. 17.

¹⁷² Marie- Caroline VINCENT-LEGOUX (2015). “*L’ordre public et le contrat Étude de droit comparé interne*”, L’ordre public, Archives de Philosophie du Droit, C. 58, Paris : Dalloz, s. 218.

¹⁷³ Ekonomik ve sosyal açıdan sözleşme içerisinde zayıf tarafa verilen yaygın örneklerden birkaçı kiracı, işçi, sigortalanan, tüketici ve çiftçidir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Karim, s. 413, Hage-Chaine, s. 28, Okay Tekinsoy, s. 149.

¹⁷⁴ Y. 12. HD., E. 1975/11670, K. 1975/11541, T. 30.12.1975. www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 20.07.2018).

¹⁷⁵ Mestre, s. 137, Cumyn, s. 17.

¹⁷⁶ Carbonnier (2004), s. 2039, Mestre, s. 136, Hage-Chaine, s. 27, Okay Tekinsoy, s. 150.

¹⁷⁷ Vincent-Legoux, s. 220, Mestre, s. 137, Terré (1996), s. 5.

bir tarafa ait olacağından bahsetmenin zorluğu da karşımıza çıkmaktadır. Tacir sıfatına sahip kiracı ile kiraya veren arasında yapılan bir iş yeri kirasına ilişkin sözleşmesinde zayıf tarafın kim olacağı sözleşmenin yapıldığı koşullara bağlı olarak değişebileceği ileri sürülmektedir. Bu nedenle aslında koruyucu ekonomik kamu düzeni, sözleşmenin iç ekonomik dengesi ile ilgilidir¹⁷⁸. Bu noktada kişisel zararın önlenmesinden bahsedilmelidir. Sözleşme ilişkisinde bir tarafın korunmasına veya ekonomik açıdan tehlike yaratabilecek klotların geçersiz kılınmasına yönelik önlemler koruyucu kamu düzenindedir. Söz konusu önlemlerin yer aldığı kurallarda ön plana çıkan bireysellik unsurudur¹⁷⁹. Diğer yandan koruyucu kamu düzeninden doğan kurallar, ekonomi politikası doğrultusunda koruma önlemlerinin alınması için de düzenlenmiş olabilir. Özellikle iş hukuku alanında çalışma saatlerine, ücretlere, emekliliğe ilişkin düzenlemeler bu niteliktedir. Bu politik koruma önlemlerini öngören kurallar, tıpkı diğer koruyucu kamu düzeni kuralları gibi, kişisel, özel menfaati koruma amacına sahiptir¹⁸⁰.

Koruyucu ekonomik kamu düzeni kavramının hukuki ilişkilere etkisi, sözleşmenin çeşitli aşamalarında söz konusu olabilir. Bir sözleşmede koruyucu kamu düzeni gereğince özellikle irade beyanının geçerliliğini korumak üzere sözleşmenin kurulması aşamasında birtakım hukuk kuralları konulmaktadır. Bu açıdan koruyucu kamu düzeni kuralları ile zayıf tarafın irade beyanının sakatlanmasını önleme amacıyla geçerlilik şartı olarak tarafları düşünmeye sevk eden, işlem hakkında bilgilendiren şekil şartı getirilebilir, bilgilendirme yükümlülüğü, cayma hakkı, borçlu lehine vadeden sonra ifa için yasal bir ek süre düzenlenebilir. Aynı zamanda koruyucu kamu düzeni kuralları ile sözleşmenin içeriğine ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Söz konusu kamu düzeni kuralları, sözleşme süresi boyunca tarafların bağlı kalacağı veya tarafların öngördükleri ancak sözleşme dengesini bozucu nitelikte olan sözleşme hükümlerini geçersiz kılan kurallardır. Koruyucu ekonomik kamu düzeninin sözleşmeye müdahalesine hukuk düzeninin bağladığı sonuç, büyük ölçüde sözleşmenin geçersizliği olsa da zayıf taraf için ekonomik durumu açısından sözleşme ilişkisinden sağladığı menfaatin temel ve vazgeçilmez nitelikte olması halinde bu durum büyük bir tehlike arz etmektedir¹⁸¹.

Yönlendirici ve koruyucu şeklinde genellikle ikiye ayrılan ekonomik kamu düzeni kurallarının niteliğine dair Fransız Hukuku öğretisinde tartışmalı iki husus ön plana

¹⁷⁸ Farjat, s. 119.

¹⁷⁹ Farjat, s. 122.

¹⁸⁰ Ghestin (2013), s. 116, Farjat, s. 120.

¹⁸¹ Mestre, s. 137.

çıkıştır. Bunlardan biri, kamu düzeni kavramının toplumun tamamını, geneli kapsayıcı özelliğine uygun olan yönlendirici kamu düzeni kurallarının yanı sıra koruyucu kamu düzeni kurallarının da bu çerçevede değerlendirilmesinin isabetli olup olmadığı meselesidir. Bu açıdan koruyucu ekonomik kamu düzeni kurallarının taşıdığı amaç, getirdiği yaptırımın niteliği gibi unsurlarla birlikte bireysel mi yoksa toplumsal menfaati mi koruduğu incelenmelidir. Diğer bir ifadeyle, tarafların yarattığı özel düzen olan sözleşmeye genel menfaati koruma refleksiyle hukuk düzeni çerçevesinde müdahale edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Değnilmesi gereken ikinci mesele ise, yönlendirici ve koruyucu kamu düzeni ayırımının kendisiyle ilgilidir. Ekonomik kamu düzenine ilişkin geniş ölçüde kabul edilmiş olan bu sınıflandırılmanın isabetli olup olmadığı, aradaki sınırın ne derece belirgin olduğu tartışılmıştır. Tartışmalar hakkında fikir sahibi olabilmek için Türk hukuku çerçevesinde bu ayırımın sınırlarının silikleştiği, görünürlüğünün azaldığı örnekleri ele almak ve incelemek ışık tutacaktır. Çalışmamızın bu kısmında kamu düzeni kurallarının niteliğini daha iyi kavrayabilmek adına bu konulara değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

4.2.3.1.1. Koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralında genel- özel menfaat ayrımı

Koruyucu ekonomik kamu düzeni kurallarının çoğu zaman sözleşmenin belirli bir tarafının sahip olduğu özel menfaati koruma amacı taşıması, söz konusu kuralın kamu düzeni niteliğinin daha yakından incelenmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Klasik kamu düzeni kavramı ile özel menfaatin korunması amacının tek bir hukuk kuralının bünyesinde bir araya gelmesi genellikle ilk bakışta şüpheyle yaklaşılabilir bir durumdur. Genel menfaat kavramının özel hukuka yansımalarını incelemek için öncelikle genel menfaatin içeriğinin belirlenmesi, kavramın tanımlanması gerekmektedir.

Genel menfaat, felsefi açıdan toplumda gücü elinde bulunduranların paylaştığı değer ve yargıların bir bütünü olarak sübjektif özelliği vurgulanan, hangi kesimin nasıl bir adalet anlayışı doğrultusunda tanımlanması gerektiği belirlenemeyen bir kavram şeklinde ele alınmıştır. Özel hukuk kapsamında genel menfaat, hem kamusal çıkar ile bireysel, özel çıkarlar arasındaki hiyerarşinin oluşturulması bakımından bir etken hem de bu hiyerarşik ilişkinin bir sonucu olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan söz konusu kavram, belirli bir yer ve zamanda sözleşmeleri hukuk düzeni içerisinde meşrulaştırma araçlarından biri olup, kendisine atfedilen bu özelliği, çatışabilecek belirli menfaatler

arasında temel değerler ve ilkeler ışığında oluşturulan bir sınıflandırmanın sonucu ortaya çıkması dolayısıyla kazanmaktadır. Genel menfaat içerisinde kamusal ve özel alanda doğan menfaatlerin hiyerarşik bir bağlamda ele alınmasını ve bu yöntemin adil ve hakkaniyete uygun olmasını sağlayan nokta topluma egemen olan değerlerin göz önünde tutulmasıdır. Yer ve zaman bakımından göreceli olsa da, genel menfaatin maddi açıdan meşruluğu, pozitif hukuktaki belirli hukuk kuralları ile toplumun temel değer ve ilkeler bütününe ifade etmektedir. Menfaatler arasındaki hiyerarşinin meşruluğunu sağlayan söz konusu hukuk kuralları ile toplumsal değerler ve ilkeler, *a priori*, dışsal ve emredici niteliktedir¹⁸².

Koruyucu ekonomik kamu düzeni kurallarının genel menfaat kavramı ile bağlantısı ise, özel hukukta sözleşmelerin menfaatler arası hiyerarşiye uygunluğunu dogmatik biçimde denetleyebilme amacı ile ilgilidir. Özel hukuk süjesi olan kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerden bekledikleri ekonomik menfaatlerin genel menfaat ile uygun düşüp düşmediği, onu ihlal edip etmediği hukuk düzenince kontrol edilmelidir¹⁸³. Sözleşmenin geçerliliği ve bağlayıcılığı, objektif hukuka uygun olması, dolayısıyla genel menfaati sağlaması halinde söz konusudur. Bu noktada sözleşmenin genel menfaate yönelik olup olmadığının belirlenmesinde sosyal hukuk kavramı da devreye girmektedir¹⁸⁴. Kamusal ve özel menfaatler arasındaki hiyerarşik sıranın ve dolayısıyla genel menfaatin tespitinde sosyal hukuk ile devletin sağladığı hukuk düzeninin birleştirilmesi¹⁸⁵ söz konusudur. Bundan dolayı koruyucu kamu düzeni kurallarının amacı belirlenirken genel menfaatin korunması da göz önünde tutulmalıdır. Sözleşme ile güdülen bireysel amacın karşısında hiyerarşik ilişki içerisinde öncelikli olan bir menfaat söz konusu olduğunda kamu düzeni adına bu menfaatin korunması mümkündür¹⁸⁶. Kamu düzeni kavramı, esasında toplumda yerleşmiş sosyal değer ve yargılarla adalet arasındaki

¹⁸² Mustapha MEKKI (2004). *L'intérêt Général et le Contrat Contribution à une Étude de la Hiérarchie des Intérêts en Droit Privé*, Paris : LGDJ, s. 57-58, s. 65 vd.

¹⁸³ Bu doğrultuda genel ve özel menfaatler arasında bir derecelendirmenin daha adil olacağı, kamu düzeni kuralının her uyuşmazlıkta çatışan menfaatleri değerlendirerek ve karşılaştırarak uygulanmasının önerilmesine ilişkin bkz. Japiot, s. 305, Farjat, s. 116.

¹⁸⁴ Malaurie (1953), s. 122. Hukuka uygunluk bağlamında sadece kanunlardan veya devletin belirleyeceği düzenden bahsedilemeyeceği, bu açıdan değerlendirilmesi gereken birden fazla kaynak olduğu, bu kaynak çeşitliliğin anayasal hakların ve AİHS'te yer alan temel hakların yatay uygulanması sonucu söz ettiğimiz değerler hiyerarşisi ile eşdeğer olan normlar hiyerarşisinin yumuşamasına neden olduğuna ilişkin bkz. Mekki, s. 183-184.

¹⁸⁵ Sözleşmenin zayıf tarafına ilişkin belirli kategorilere ait kişilerin (örneğin; işçiler, tüketiciler, tam ehliyetli olmayanlar, kiracılar) korunması ile özel hukukun yapı taşlarından sözleşme özgürlüğünün etkili şekilde kullanılmasını sağlama amacı, hem kamusal hem de özel menfaatin kamu düzeni kavramında birleştiği saptamasının yapılmasına imkân vermektedir. Buna ilişkin bkz. Vincent-Legoux, s. 217.

¹⁸⁶ Ghestin (2013), s. 376, Farjat, s. 110, Mekki, s. 188, Capitain (1898), s. 27.

çekişme sonucu üstün tutulması gereken menfaati belirlerken, belirli bir yer ve zamanla sınırlı olmak üzere ortaya bir değerler tablosu da koymaktadır. Bu şekilde menfaatler hiyerarşisi ile hukuki ve toplumsal değerleri birleştirme aracının kamu düzeni olduğu belirtilmektedir¹⁸⁷. Somut olayda çatışan menfaatlerin ağırlıklarının ölçülmesi, koruma derecelerinin sıralanması ile hâkimin kamu düzeninin sınırlarını belirlediği öne sürülmektedir¹⁸⁸.

Genel menfaat- özel menfaat ayrımının kamu düzeni kuralının ihlal eden sözleşmenin tabi olacağı geçersizlik türü çerçevesinde tartışıldığı Fransız hukuku doktrininde hakim görüşe göre¹⁸⁹, bu ayrımın karşıtlıktan daha çok birbirini tamamlayıcı nitelikte, bir sentez olarak ele alınması gerekmektedir. Bu noktada önemli olan husus, kamu düzeni kuralının ihlal eden hukuki işlemin geçersizliğinin hem genel hem de özel menfaate yönelik olmasıdır¹⁹⁰. Bu bağlamda geçersizlik yaptırımını ile korunan bir kişinin sahip olduğu bu zırh, belirli sosyal ilişkiler kapsamında getirilmiş olup, genel menfaat içindeki sosyal barışı sağlama doğrultusunda ekonomik gücün kötüye kullanılmasının önlenmesi amacını taşımaktadır¹⁹¹. Koruyucu kamu düzeni kuralı niteliğindeki bir hukuk kuralının ihlali sonucu öngörülen geçersizliğin, sonuç olarak, hem genel hem de özel menfaate yönelik getirilen bir önlem olması nedeniyle kamu düzeni kapsamında bu iki menfaatin arasında mutlak bir ayırmadan bahsedilmesi mümkün görünmemekle birlikte söz konusu ayrımın bir yanılısama olduğu da ileri sürülmektedir¹⁹².

¹⁸⁷ Ayrıca kamu düzeninin bir ideali yansıtan genel menfaat adına pozitif hukukta olması gerekeni ifade ettiğine ilişkin bkz. Mekki, s. 185-186. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 4 Kasım 1901 tarihli evlilik ile ilgili kararı bu bakımdan ilginç bir örnektir. Evliliğe ilişkin kurallarda iki temel prensip söz konusudur; evliliğin geçerliliği ve evliliğin iptali (butlanı). Söz konusu karar, bu iki ilkeyi karşı karşıya getirmektedir. İrade sakatlığı sebebiyle evlilikleri iptal edilen çift, bu karara karşı itirazlarını geri çekmiş ve açıkça kararı kabul etmiş, daha sonra ise birbiriyle yeniden evlenmişlerdir. Paris İstinaf Mahkemesi, yirmi yıl sonra çiftin iptal kararına yaptıkları itirazı, çiftin tutarsız ve çelişkili davranışları dolayısıyla kendi evliliklerinin önüne kamu düzeni engeli koyduklarını öne sürerek reddetmiştir. İstinaf mahkemesi ve kararın raportörü *PILON*'a göre, evlilik iptal edilmelidir; çünkü butlan sebebi olan irade sakatlığı ile kurulan, iptal edilebilir bir evlilik birliği içerisinde çiftin evli kalması kamu düzenine aykırıdır. Fransız Yüksek Mahkemesi'ne göre ise, evliliğin iptaline ilişkin hükümlerin isabetli ve tutarlı uygulanması son derece önemli ve öncelikli olduğundan iptal kararına karşı itirazı geri çekmenin hüküm ve sonuçlarını göz ardı edilmelidir. İptale ilişkin kuralların bu 'isabetli olma' ihtiyacı, ikinci evliliğin geçerliliğine ilişkin kamu düzeninin çıkarımlardan daha ağır basmaktadır. Fransız Yüksek Mahkemesi evliliğin iptali kurallarının tutarlı uygulanması bakımından bir alt mahkemenin kararının tam tersi şekilde evliliğin geçerli olduğuna karar vermiştir. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Malaurie (1953), s. 122-123.

¹⁸⁸ B. MERCADAL (1991). "*De l'exception d'ordre public*", Mélanges à André Breton et Fernand Derrida, Paris: Dalloz Éditions, s. 242, Japioit, s. 306-307, Mekki, s. 201.

¹⁸⁹ Farjat, s. 118, Mekki, s. 600-601. Québec hukukuna ilişkin bkz. Cumyn, s. 19, s. 23, Karim, s. 415 vd.

¹⁹⁰ Farjat, s. 117, Meinertzhagen- Limpens, s. 226.

¹⁹¹ Pierre KAYSER (1933). "*Les Nullités d'Ordre Public*", RTD Civ., Vol. 32, s. 1135, Farjat, s. 328.

¹⁹² Farjat, s. 328, Mekki, s. 602. Fransız hukuku doktrininde azınlıkta kalan bir görüş, özel menfaati koruyan bir hukuk kuralı söz konusu olduğunda kamu düzeni çemberinden çıkılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre koruyucu kamu düzeni kuralının ihlalinin nispi hükümsüzlük yaptırımına bağlanması

4.2.3.1.2. Ekonomik kamu düzeni kurallarının sınıflandırılmasının yerindeliği

Sözleşmedeki belirli bir tarafı koruma amacı doğrultusunda koruyucu kamu düzeninin yönlendirici kamu düzeninden daha az buyurucu niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada sözleşme ilişkisi içerisinde korunması amaçlanan tarafın daha lehine olması muhtemel bir kuralın yönlendirici kamu düzeni kuralı yerine uygulanması gerekmektedir. Kamu düzeninin emredici niteliğini esneten, indirgeyen koruyucu kamu düzeni kurallarının korunan tarafın aleyhine hukuk kuralı ihlallerini yasaklaması karşısında, lehe olan aykırılıkları kabul etmesi, hatta tarafları buna teşvik etmesi göz önüne alındığında bu kavramın ilginç, kısmi ve göreceli bir kamu düzeni anlayışını yansıtmakta olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁹³.

Yönlendirici- koruyucu ekonomik kamu düzeni ayrımının bir hukuk kuralının emredici niteliğini derecelendirmek için yapılması, özellikle hükümlerin değişik derecelerde emredici olabileceğini kabul eden Anglo-Amerikan Hukuku'nda işlevsel olabilmektedir. Ancak bu ayrımı genelleştirmenin güçlüğü gözden kaçırılmamalıdır. Bu konuda cetvelle çizilmiş bir ayırmadan bahsetmek imkânsıza yakındır. Kıta Avrupası Hukuku'nda mevcut bir kamu düzeni kuralında ekonomik ve sosyal amaçların bir bütün haline gelebilmesi ve kamusal ya da bireysel (genel-özel) menfaatler arasındaki ayrımın her zaman açık olmaması nedeniyle bu sınıflandırmanın kullanışlı olmadığı ileri sürülmüştür. Hem yönlendirici hem koruyucu kamu düzeni özelliğini gösteren hukuk kurallarının varlığı, ayrımın genelleştirilmesi ve kesinliği hakkında belirli bir sonuca ulaşmamızı engellemektedir. Kimi hukuk kurallarının bu iki taraflı niteliği, ele aldığımız sınıflandırmanın belirginliğini ve işlevini azaltmaktadır. Somut örnek vermek gerekirse fiyat endekslenmesine ilişkin hukuk kuralları incelendiğinde kanun koyucunun hem yönlendirici kamu düzeni içerisinde piyasadaki para akışının kontrolünü sağlama hem de koruyucu kamu düzeni özelliğini gösteren sözleşme ilişkisinde borçluyu koruma amacı

durumunda kuralın kamu düzeni özelliği ve yaptırımı arasında bir çelişki meydana gelir. Zira kamu düzenin ihlalinde geçersizliği ileri sürme hakkının kamuya tanınması gerekmektedir. Kamu düzeni kurallarının hepsi emredicidir, ancak emredici kurallarının tamamı kamu düzeni yerine özel düzene ilişkin olabilmektedir. Emredici bir hukuk kuralının ihlali sonucu nispi hükümsüzlük söz konusu olduğunda özel menfaati koruyan bir kamu düzeni kuralı yerine özel düzene ait bir emredici hükmün varlığını benimseyen bu görüş hakkında bkz. Hage- Chaine s. 31, s. 37.

¹⁹³ Thierry REVET (1996a). "L'ordre Public en Droit du Travail", L'ordre public à la fin du XX siècle, Ed. Thierry Revet, Paris : Dalloz coll. "Thèmes et commentaires", s. 46, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 143.

söz konusudur¹⁹⁴. Belirtilen durumda söz konusu ayırımın pratik önem kazanabilmesi için bir görüşe göre, hâkimin yönlendirici ekonomik kamu düzenini değerlendirmeye alarak her iki amacı da taşıyan hukuk kuralının ihlalinde sözleşmenin kesin hükümsüz olduğuna hükmetmesi gerekmektedir¹⁹⁵.

Türk hukukunda hem yönlendirici hem de koruyucu kamu düzeni kuralı olarak nitelendirilebilecek düzenlemelere rastlamak ve kamu düzeni kurallarına ilişkin çekilen bu sınırın belirsizleştiği durumlara rastlamak mümkündür. Örneğin, kredi kartı faiz oranlarına ilişkin 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun¹⁹⁶ md. 26 hükmü, hem yönlendirici hem de koruyucu kamu düzeni kuralı niteliği taşımaktadır. Söz konusu hükümde; “*Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar.*” düzenlemesi yer almaktadır. Doktrinde bu hukuk kuralının düzenlenme amacı, iki temel saptama çerçevesinde ortaya konulmaktadır. Öncelikle piyasada tüketicilerin bankalarla kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmeleri imzalarken ön planda tuttıkları sözleşme unsurlarına yönelik bir tespit yapılmalıdır. Buna göre, tüketici kredi kartı sözleşmelerinde yıllık kart ücreti, taksit imkânları, bonus, mil puanlar gibi unsurları esaslı nokta olarak görmektedir. Uygulamada fiyat unsurları içinde tartışmalı olan yıllık kart ücreti ve akdi, gecikme faizi oranıdır. Yıllık kart ücretinin doktrinde kredi kartı sözleşmesinde bankanın edimi ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde ifa edilen bir edim olduğu belirtilerek tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü açısından bilgi sorunu olmaması nedeniyle fiyat denetiminin yapılmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir¹⁹⁷. Ancak iyimser bir yaklaşıma sahip tüketici, kredi kartı borcunu zamanında ödeyeceği öngörüsü ile bankanın belirlediği akdi ve gecikme faiz oranını¹⁹⁸, dolayısıyla faiz ödeme

¹⁹⁴ Terré/ Simier/ Lequette, s. 570, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 144, Mestre, s. 127, Cumyn, s. 22.

¹⁹⁵ Mestre, s. 128, Hage-Chaine, s. 30.

¹⁹⁶ T. 23.02.2006, RG S. 26095, T. 01.03.2006. www.mevzuat.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 02.12.2018).

¹⁹⁷ Ömer TEOMAN (1996). *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 32, Yeşim M. ATAMER (2016). *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 115, Lale SİRMEN (2009). *Banka Kredi Kartı Hamillerinden Yıllık Kart Ücreti Alınmasına İlişkin Sözleşme Hükümünün Yargısal Denetimi*, BATİDER, C. 25, S. 4, s. 52, s. 68, Mustafa ÇEKER (1997). *Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 73. Yıllık kart ücretinin bankanın kredi kartı işlemlerine yönelik masraflarına katkı sağlamak için talep edilmesi, dolayısıyla bir karşı edim niteliği taşımadığına yönelik görüş için bkz. Hasan İŞGÜZAR (2003). *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 84, Ferudun KAYA (2009). *Kredi Kartları*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 53.

¹⁹⁸ Teoman, s. 173-174, Çeker, s. 74.

yükümlülüğünün doğma ihtimalini göz ardı edebilmektedir¹⁹⁹. Bununla birlikte tüketicilerin kredi kartı piyasasında tercihini belirlerken sözleşmede esaslı unsur olarak görmedikleri faiz oranının bankalar arasında rekabete konu olma özelliğini kaybetmesi ikinci tespiti olmaktadır. Uygulamada bankaların belirlediği faiz oranları ile kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmesi sayısı arasında herhangi bir ters orantı görülmemektedir²⁰⁰. Dolayısıyla piyasada krediyi fonlama masrafını aşacak derecede, bankaya daha yüksek kar getirecek faiz oranları belirlenmektedir. Kredi kartı piyasasında tüm bankaların bu uygulamalara başvurduğu ve söz konusu piyasa aksaklığının yaygın olduğu ve süreklilik arz ettiği saptanmaktadır²⁰¹.

Ele alınan kanun hükmünün tüketiciyi, dolayısıyla zayıf tarafı koruma amacı taşıdığı ortadadır. Koruyucu kamu düzeni kuralının zayıf tarafı koruma amacı bu örnekte net bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu düzenleme, ayrıca yönetici kamu düzeni kuralının ülkedeki ekonomik düzenin istenilen şekilde işlemesi, özellikle sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması amacını da taşımaktadır. Bu konuda faiz oranlarının doğal olmayan şekilde yükseltilmesi söz konusu sözleşmedeki fiyat denetimini meşru hale getirmektedir. Tüketicinin sözleşmedeki fiyatı oluşturan unsurlar hakkında yaşadığı bilgi sorunu, piyasada sıklıkla görülen bir sorun olup, kanun koyucu bu sorunu çözüme adına azami faiz oranlarını belirleme yetkisini piyasanın işleyişindeki aksaklıklara esnek ve çabuk cevap verebilecek olan Merkez Bankası'na vermiştir. Bu şekilde faizlerin aşırı artışının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada bankaların sözleşmelerde Merkez Bankası'nın belirlediği tavan faiz oranı ile eşit oranları belirlemesi söz konusu olsa da daha düşük faiz oranları aracılığıyla rekabetin bu açıdan da canlandırılması olasıdır²⁰². Bütün bu veriler ve tespitler ışığında belirli bir piyasaya hakim, süregelen bir sorunun çözümüne ve piyasanın daha etkin işlemesine yönelik, genel menfaati koruyan, ülkenin çizdiği ekonomik plan içinde getirilen bu düzenlemenin koruyucu ve yönlendirici kamu düzeni kuralı niteliğine sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Söz konusu sınıflandırmanın anlamını yitirdiği, tek bir hukuk kuralının her iki özelliği de bünyesinde barındırdığı başka bir örnek ise, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesinde kira bedelinin tespiti konusudur. TBK md. 344 hükmü, 6570 sayılı

¹⁹⁹ Yeşim M. ATAMER/ Kerem Cem SANLI (2010). *Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları*, BATİDER, C. 26, S. 4, s. 30, Atamer (2016), s. 119, İşgüzar, s. 57.

²⁰⁰ Atamer (2016), s. 118. Buna karşılık olarak mülga 4077 sayılı TKHK md. 10 ve md. 10/A hükümlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İşgüzar, s. 165-166, Kaya, s. 44-45.

²⁰¹ Atamer (2016), s.116, İşgüzar, s. 57.

²⁰² Atamer/ Sanlı, s. 54-55. Atamer (2016), s. 119-120.

Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun zamanından beri Yargıtay içtihatları ile yaratılan kira bedelinin tespitine ilişkin kurallar bütününe²⁰³ benzer şekilde düzenlemiştir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında taraflar arasında kira bedelinin belirlenmesine dair anlaşmanın geçerliliğini; ikinci fıkrasında tarafların aralarında yenilenen kira sözleşmesinde kira bedelinin tespitine yönelik anlaşma olmaması halinde kira bedelinin tespitini; üçüncü fıkrasında beş yıldan uzun süreli ya da beş yılı doldurmuş, altıncı kira yılında yenilenen²⁰⁴ kira sözleşmelerinde kira bedelinin tespitini; son fıkrasında ise yabancı para cinsi üzerinden kira bedelinin kararlaştırılması düzenlemektedir²⁰⁵.

Kira bedelinin tespiti, TBK md. 343'teki kiracı aleyhine düzenleme yasağının istisnası olsa da kiraya verenin belirli şartlar altında kiracının tahliyesini talep edebildiği bir hukuki düzende kira bedelini istediği gibi artırabilmesinin önü açıldığı takdirde her daim kiracının ödeyemeyeceği miktarda kira bedeli talep ederek tahliye amacına ulaşma imkanı söz konusu idi²⁰⁶. Dolayısıyla sözleşmenin ekonomik dengesinin sağlanması, hem kiracıyı hem de ülkenin ekonomik şartlarına karşı kiraya vereni koruyucu bir kural olan TBK md. 344 hükmü, koruyucu kamu düzeni kuralı niteliği taşımaktadır. Ayrıca Yargıtay içtihatlarında kira bedelinin tespitine ilişkin göz önünde tutulması gereken kavramlar da TBK md. 344 hükmünün niteliğini tespitinde önem taşımaktadır. İçtihadta yer alan ekonomi esasları ile hak ve nefasete uygun şekilde kira bedelinin hâkim tarafından takdir edilmesi görüşü²⁰⁷ ve buna paralel olarak TBK md. 344'nin ikinci fıkrasında hakimnin ele alması gereken bir önceki kira yılının ÜFE oranı, kiralananın durumu, hakkaniyet ile üçüncü

²⁰³ 6570 sayılı kanun ve kira bedelinin tespitine ilişkin Yargıtay içtihadı ile ortaya konulan kurallar bütünü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cevdet YAVUZ (2014). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, s. 617 vd., Haluk TANDOĞAN (2010a). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I-II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 25 vd. Ek olarak kira bedelinin tespitinin Türk hukukunda 'case law' sistemine en çok yaklaşan konu olduğuna ilişkin bkz. Murat İNCEOĞLU/ Ece BAŞ (2011). *Kira Parasının Belirlenmesi*, Şener Akyol'a Armağan, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 524.

²⁰⁴ İlk kira yılının sona ermesiyle kendiliğinden yenilenen kira sözleşmesinin dört kez yenilenmesi ve toplamda beş yıllık süreyi doldurması halinde kira bedelinin tespiti bakımından TBK md. 344/ f.3'teki esasların devreye girdiği yönündeki hakim görüş için bkz. Mustafa Alper GÜMÜŞ (2013). *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 65, Yavuz (2014), s.639.

²⁰⁵ 12 Eylül 2018 tarihli 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile birlikte kira bedelinin döviz üzerinden belirlendiği kira sözleşmelerinin önüne geçilmesine yönelik bir adım atılmıştır. Bu karar ile 1989 tarihli 32 sayılı Türk Parasının Kıymetini Korunma Hakkındaki Karar md. 4 hükmüne g bendi eklenmiştir. Buna göre, Türkiye'de yerleşim yeri bulunan kişilerin taraf olduğu her türlü taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesinde kira bedeli döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması yasaklanmıştır. RG S. 30534, T. 13.09.2018. Ayrıca bkz. Ahmet M. KILIÇOĞLU (2019). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 240.

²⁰⁶ Yavuz (2014), s. 618, İnceoğlu/ Baş, s. 523.

²⁰⁷ Bu konuya ilişkin sayısız Yargıtay kararları için bkz. Yavuz (2014), s. 625, Tandoğan (2010a), C. I/2, s. 33.

fıkra bunlara ek olarak emsal kira bedeli ölçütleri bulunmaktadır²⁰⁸. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları kira bedelinin artış oranı ÜFE oranını aşıyorsa, maddenin ilk fıkrası uyarınca yalnızca ÜFE oranını aşan kısım kesin hükümsüz olup, kira bedeline ilişkin anlaşma kısmi hükümsüzdür²⁰⁹. Söz konusu maddenin temelini oluşturan Yargıtay içtihadında emsal kiraların kira bedelinin tespiti konusunda göz önüne alınmamasının nedeni olarak kökleşmiş içtihatlarda benimsenen objektif olma, eşit uygulama sağlama ve kendiliğinden işlerlik ilkelerine aykırı olduğu²¹⁰ ve hızlı bir şekilde yükselen enflasyonun süregeldiği bir ekonomide olağan rayicin oluşmasının mümkün olmayacağı²¹¹ savunulmuştur. Özetlemek gerekirse, yeni dönemde kira bedelinin tespiti için hâkimin ekonomi esasları ve ülkedeki ekonomik parametreleri dikkate alma, objektif olma ve ülke ekonomisinin işlerliğini sürdürme amaçları taşıdığından TBK md. 344 hükmünün koruyucu olmasının yanı sıra, aynı zamanda yönlendirici kamu düzeni kuralı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

4.2.3.2. Sosyal kamu düzeni

Çalışmamız açısından önem taşıyan koruyucu ekonomik kamu düzeni kavramı, sosyal devlet ilkesi gereği ve sosyal adaleti sağlama amacıyla etki alanı gittikçe genişleyen bir kavramdır²¹². Örneğin, tüketicinin, işçinin, sigorta yaptıranın girdikleri sözleşme ilişkisi içerisinde zayıf taraf olması nedeniyle onların lehine düzenlemelerin koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralı olduğu kabul edilmektedir. İş hukukundan doğan bir kavram olan sosyal kamu düzeni ise, işçinin lehine nispi emredici kurallar ve yaptırımlar barındırır²¹³. Bu şekilde kapsamında işçi lehine olan kuraldan sapmaları barındıran sosyal kamu düzeni, klasik kamu düzeninden ayrılmaktadır²¹⁴. Sosyal kamu düzeni kavramı, iş hukuku dalının kendine özgü, işçiyi koruma amacı doğrultusunda

²⁰⁸ Fikret EREN (2016). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 402 vd., Yavuz (2014). s. 633, Tandoğan (2010a), C. I/2, s. 33, İnceoğlu/ Baş, s. 530 vd.

²⁰⁹ Eren (2016), s. 403, Yavuz (2014), s. 635, İnceoğlu/ Baş, s. 527.

²¹⁰ Y. 6. HD E. 1980/1687, K. 1980/1692, T. 17.03.1980, Y. 3. HD. E. 1982/1439, K. 1982/1574, T. 12.04.1982, Tandoğan (2010a), C. I/2, s. 34.

²¹¹ Y. HGK. E. 1981/3-397, K. 1981/304, T. 22.04.1981, Y. 3. HD. E.1981/309, K. 1981/383, Tandoğan (2010a), C. I/2, s. 40.

²¹² Tan, (1984), s. 128, Okay Tekinsoy, s. 151.

²¹³ Cornu (2016), s. 721, Eren, s. 319, Yenisey, s. 165, Okay Tekinsoy, s. 150.

²¹⁴ Cour de Cassation Bulletin d'Information (2011). *Communication Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation*, 15 Avril 2011, Les Editions des Journaux Officiels, s. 2.

sosyal niteliğini yansıtmaktadır²¹⁵. Birincil amacı sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi korumak olan sosyal kamu düzeninin yazılı hukuk kurallarının işçi lehine değiştirme yetkisinin tanınması ile ortaya çıktığı kabul edilmektedir²¹⁶. Örneğin, TBK md. 420/ f. 1 hükmünde yalnızca işçi aleyhine düzenlenen cezai şart hükmünün geçersiz olacağı öngörülürken, bu kapsamda işçi lehine olanların ise geçerli olacağı belirtilmektedir. Ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009 yılında verdiği bir kararında²¹⁷ her iki taraf lehine cezai şart öngörülen hizmet sözleşmesinde işçi aleyhine fahiş cezai şart getiren hükmün işçinin korunması ve taraflar arasındaki dengenin gözetilmesi gereği geçersiz kılmamış, düşük olan cezai şart miktarına çekileceğine hükmetmiştir. Bu noktada taraflar için öngörülen cezai şartlarda işveren aleyhine bir dengesizlik olduğunda işverenin cezai şartın indirilmesi talebinde bulunamayacaktır²¹⁸.

Koruyucu ekonomik kamu düzeni ile sosyal kamu düzeni arasındaki ilişkinin belirlenmesi bakımından kamu düzeni kavramının zorlayıcı, buyurucu özelliği esas alınmıştır. Koruyucu ekonomik kamu düzeni, sözleşmede zayıf tarafı korumak, sözleşmesel dengesizliği gidermek amacıyla belirli tip sözleşmeyi yapmayı engelleme, yasaklama, sözleşme içeriğinin düzenlenmesinde zorlayıcı kurallara yer verme şeklinde bir anlayışa sahiptir. Sosyal kamu düzeni ise işçiye ilişkin asgari düzeyde birtakım düzenlemeleri sağlamasıyla beraber, herhangi bir buyurucu kural getirmeksizin bu asgari düzeyin taraflarca aşılmasının önünü açmaktadır. Bu açıdan Fransız hukukunda sosyal ile koruyucu ekonomik kamu düzeni kavramları birbirinden ayıranlar olduğu gibi, koruyucu ekonomik kamu düzeninin görünümü olarak kabul edenler de bulunmaktadır²¹⁹. Hukuk düzeni içerisinde koruyucu ekonomik kamu düzeninin sağladığı hukuki mekanizmalardan zayıf taraf olan işçiyi koruyan sosyal kamu düzeni de yararlanmaktadır. Bu bağlamda kamu düzeni adına emredici nitelikte düzenlenen bir kuralın sosyal veya ekonomik olarak etiketlenmesi mümkün görünmemekte, sosyal ilişkilerin düzenlenmesine ilişkin kuralların da ekonomik kamu düzenine dâhil edilmesiyle birlikte söz konusu kavramların zıt nitelikte olmadığı kabul edilmiştir²²⁰.

²¹⁵ Erdem ÖZDEMİR (2005). *İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri*, AÜHFD, C. 54, S. 3, s. 97.

²¹⁶ Florance CANUT (2007). *L'ordre Public en Droit du Travail*, Paris : LGDJ, s. 99, Nadège MEYER (2006). *L'ordre public en Droit du Travail contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, Paris: LGDJ, s. 100.

²¹⁷ Y. 9. HD, E. 1997/1090, K. 1997/7099, T. 08.04.1997, www.kazanci.com (Son Erişim Tarihi: 25.06.2019)

²¹⁸ Yavuz (2014), s. 919.

²¹⁹ Canut, s. 86, Meyer, s. 100, Revet (1996), s. 45.

²²⁰ Farjat, s. 34-35, Yenisey, s. 167.

Türk hukukunda sosyal kamu düzeni kavramı, nispi emredici ve ancak işçinin lehine tek taraflı değiştirilebilen normlardan oluşan bir düzeni ifade etmektedir²²¹. İş hukuku çerçevesinde normlar hiyerarşisindeki özel konumu nedeniyle toplu iş sözleşmelerinin normlarını ve mahkeme içtihatlarını da içinde barındıran bir kavramdır²²². Ancak sosyal kamu düzeninin daima işçi lehine düzenlemeler getiren kurallar bütünü olarak algılanması, Fransız hukukunda sosyal kamu düzeni ile yararlılık ilkesinin iç içe girmiş kavramlar olduğu görüşünü doğurmakla beraber, diğer yandan bu ilkeyi yalnızca bir çatışma normu olarak nitelendiren bir diğer görüş de söz konusudur²²³. Ancak günümüzde sosyal kamu düzeni ile yararlılık ilkesi arasındaki ayrımları tutarlı şekilde ortaya çıkaran görüş ağırlık kazanmaktadır. Buna göre, işveren-işçi arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak kurallar bütünüünün birden fazla kaynağı olması normlar arasında belirli bir hiyerarşik ilişkiyi kaçınılmaz kılmaktadır. Yararlılık ilkesi, bu noktada çatışan normlar arasından işçi lehine olanın belirlenmesinde, sosyal kamu düzeni ise, bu normların oluşmasında, düzenlenmesinde rol oynamaktadır. Sosyal kamu düzeni, işçi aleyhine olan değişiklikleri geçersiz kılmakta, yararlılık ilkesi ise iki hüküm arasından daha işçi lehine olanın uygulanmasını sağlamaktadır²²⁴.

Türk hukukunda ise yararlılık ilkesinin tanımı, sosyal kamu düzeni kavramından bağımsız şekilde yapılmaktadır. Buna göre, 6356 sayılı STİSK²²⁵ md.36'da düzenlenen yararlılık ilkesi, aynı konu hakkında iş sözleşmesi hükümleri ile toplu iş sözleşmesi hükümlerinin çatışması halinde işçi lehine olan bireysel sözleşmenin uygulanması kuralını getirmektedir. Sözleşmeler arasındaki öncelik-sonralık ilişkisine bakılmaksızın bireysel iş sözleşmesi hükümlerine üstünlük tanınması, işçiler lehine genel düzenlemeler içeren bir sözleşmenin bağlayıcılığının esnetilmesi ve işçinin kişisel özellikleri bağlamında irade özerkliğinin korunması gibi olumlu sonuçlar doğurmaktadır²²⁶.

²²¹ Turhan ESENER (1978). *İş Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 34, s. 36, Sarper SÜZEK (2013). *İş Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 30, Nuri ÇELİK/ Nurşen CANIKLİOĞLU/ Talat CANBOLAT (2018). *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 20, Ünal NARMANLIOĞLU (2015). *İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 13, Eren, s. 320, Yenisey, s. 173.

²²² Arzu KUBAN/ Kübra DOĞAN (1998). *L'ordre Public Dans les Relations de Travail Rapport Turc*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journée Libanaises, C. XLIX, Paris : LGDJ, s. 836 vd., Yenisey, s. 195.

²²³ Canut, s. 100, Meyer, s. 96-97 ve Yenisey, s. 171'de belirtilen yazarlar.

²²⁴ Canut, s. 151, s. 166, Meyer, s. 97

²²⁵ T. 18.110.2012, RG S. 28460, T. 07.11.2012. www.mevzuat.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 02.12.2018).

²²⁶ M. Polat SOYER (1991). *Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi (TSGLK Md. 6/f. 2)*, Ankara: DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 2, s.19, Talat CANBOLAT (2013). *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 36-37, Ünal NARMANLIOĞLU (2013). *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 454-455.

4.3 Politik Kamu Düzeni

4.3.1. İdari kamu düzeni

İdare hukukunda kamu düzeni kavramı, idari kolluğun faaliyetinin kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Kamu düzeninin bu açıdan geleneksel ve güncel unsurları çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. İdare hukukunda klasik anlayışa göre kamu düzeni kavramı toplumun maddi ve dış düzeni olarak tanımlanmakta, bireylerin kendi ahlak anlayışına göre kurdukları düzenin korunması kapsam dışı kalmaktadır²²⁷.

Klasik anlayış çerçevesinde ‘geleneksel- klasik üçlü’ de denilen kamu düzeni unsurları şunlardır; güvenlik, dirlik- esenlik (kamu huzuru) ve genel sağlık²²⁸. Kamu güvenliği, kişiye veya eşyaya zarar verecek tehlikelerin yokluğu anlamına gelmektedir. Kamu huzuru, toplum içerisinde herhangi bir karışıklık, maddi düzensizlik olmaksızın, hayatın olağan akışında seyretmesidir. Bu bağlamda maddi düzensizlik toz, gürültü, duman, koku gibi toplumun huzurunu bozabilecek faaliyetleri belirtmektedir. Kamu düzeninin dirlik ve esenlik ya da kamu huzuru denilen bu unsuru çevrenin korunmasıyla yakından ilgilidir. Genel sağlık ya da kamu sağlığı unsuru ise, kişilerin bireysel olarak değil, toplumun tamamının salgın hastalıklardan korunması, sosyal hayatın sağlık açısından düzenli sürmesidir²²⁹.

İdari kamu düzeninin genişleyen içeriğinde yer alan modern unsurları ise, genel ahlak, kamusal estetik ve insan onurudur²³⁰. Klasik anlayış, kamu düzeni ile ahlak düzenini idari kolluğun faaliyet kapsamı açısından tamamen ayırır da daha sonra belirli

²²⁷ Turan YILDIRIM/ Melikşah YASİN/ Nur KARAN/ Eyüp ÖZDEMİR/ Gül ÜSTÜN/ Özge OKAY TEKİNSOY (2012). *İdare Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 686, Metin GÜNDAY (2011). *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 290, İl Han ÖZAY (1996). *Günlükte Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 483.

²²⁸ Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Turgut TAN (2016). *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, 11. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 652, Kemal GÖZLER (2010). *İdare Hukuku Dersleri*, 10. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 578, Günday, s. 292, Özay, s. 481, Okay Tekinsoy, s. 141, Yıldırım ve diğerleri, 2012, s. 686.

²²⁹ Şerife YILDIZ AKGÜL (2011). *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 110, Gözler, s. 578, Yıldırım ve diğerleri, 2012, s. 689, Günday, s. 293, Özay, s. 482, Okay Tekinsoy, s. 85.

²³⁰ Gözler, s. 579, Okay Tekinsoy, s. 107, Yıldız Akgül, s. 112 vd. Doktrinindeki bir görüşe göre, kamu düzenine ait yeni unsurların belirlenmesi, idarenin bu kavramı hak ve özgürlükleri sınırlayıcı faaliyetleri için amaç unsuru olduğu dikkate alındığında, bu şekilde kamu düzeni kapsamında yeni, bağımsız alanlar yaratılarak devletin başka amaçlarla hak ve özgürlükleri sınırlama, toplumu ve bireyi istediği doğrultuda biçimlendirme tehlikesi doğduğu düşüncesi ile eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. Yıldırım ve diğerleri, 2012, s. 690.

durumlarda genel ahlakın kamu düzeninin bir unsuru olduğu görüşü gelişmiştir²³¹. Bu açıdan idari kolluk, bireylerin düşünce ve inançlarına karışmamalı, ancak bireysel ahlaki düzenin kamu düzenini bozacak ölçüde dışa yansımaları ile ortaya çıkacak durumları önlemelidir²³². Kamusal estetik, ayrı özel idari kollukların konusu olan kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve imara ilişkin önlemlerin alınması, diğer bir ifadeyle şehircilik alanında kamu düzeninin genişleyen içeriğine dâhil edilmiştir. İnsan onuru, yeni bir ahlaki unsur olarak İkinci Dünya Savaşı sonrası içtihatlarda kamu düzeninin unsurlarından sayılmıştır. İnsan haklarıyla yakından ilgili olan bu kavram, 1995 yılında Fransız Yüksek Mahkemesi'nin meşhur '*cüce fırlatma kararı*' olarak bilinen kararında kamu düzeninin unsurlarından biri olarak kabul edilmiştir²³³.

4.3.2. Anayasal kamu düzeni

4.3.2.1. Kişinin ekonomik hak ve özgürlükleri

Anayasa hukuku alanında ekonomik ve sosyal hak ve özgürlükler, ikinci kuşak hak ve özgürlükler kategorisi içinde belirtilmektedir. Birinci kuşak hak ve özgürlüklerden yalnızca belirli bir zümrenin yararlanması, sanayi devrimi sonrası işçilerin ekonomik talepleri yeni kuşak hakların tanınması için öncü olmuştur²³⁴. Eşitlik ilkesi gereğince kişilerin içinde bulunduğu koşulları ve toplumsal durumu ön plana alan ikinci kuşak hak ve özgürlükler, sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan herkesin özgürlüklerden yararlanma talebi üzerine şekillenmiştir. Devletin bu hak ve özgürlükleri gerçekleştirmede olumlu yükümlülükleri bulunmakta, böylece sosyal devlet kavramının hayata geçirilmesi imkânı bulmaktadır²³⁵.

Temel insan hakları bakımından ikinci kuşak hak ve özgürlükler içinde çalışmamız için incelenmesi gereken ekonomik hak ve özgürlüklerdir. Ekonomik

²³¹ Genel ahlakın kamu düzeninin unsurlarından biri olarak tanınmasında önemli rol oynayan 1959 yılında Fransız Danıştay'ı tarafından verilmiş '*Les films Lutetia*' kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 579, Okay Tekinsoy, s. 110.

²³² Gözübüyük/ Tan, s. 653.

²³³ Söz konusu karara ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 579, Yıldız Akgül, s. 120, Okay Tekinsoy, s. 127. Ayrıca Türk Hukuku'nda insan onuru kavramının yer aldığı 3984 sayılı Kanun'un yayın ilkelerini düzenleyen md. 4/ bent (s) hükmü esas alınarak RTÜK bir kararında bir televizyon programında engelli bir izleyiciye stüdyoda müstehcen şakalar yapılması nedeniyle program durdurma cezası vermiştir. Bu açıdan engelli kişilerin mizah unsuru olarak kullanılması haline insan onuruna aykırılık nedeniyle yaptırımların uygulanabileceği hakkında bkz. Yıldız Akgül, s. 121.

²³⁴ Kemal GÖZLER (2016). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 114, Kaboğlu (2014), s. 218-219.

²³⁵ Kaboğlu, (2014), s. 219, s. 240.

özgürlükler, piyasa ekonomisi için vazgeçilmez nitelikte ve mülkiyet hakkı, özel teşebbüs, sözleşme ve çalışma özgürlüğü gibi sacayaklarına sahiptir²³⁶. Doktrinde 18. yüzyıl Amerikan, Fransız ve Alman hukukundaki hak beyannamelerinde tanınan klasik kişi özgürlüklerinden sonra ortaya konulan ve ekonomik, sosyal etkileri bu özgürlükleri aşan ekonomik ve sosyal haklar²³⁷ içerisine ekonomik özgürlüklerin dâhil edilmesinin tarihsel olarak uygun olmayacağı savunulmaktadır. Bu görüş doğrultusunda değindiğimiz mülkiyet, özel teşebbüs, çalışma ve sözleşme özgürlükleri sosyal ve ekonomik haklardan ayrılarak, klasik kişi özgürlükleri kapsamında ekonomik özgürlükler olarak anılmalıdır²³⁸. Ekonomik özgürlükler, negatif statü hakları²³⁹ sağlarken, bireye devlet karşısında özgür iradesiyle kendine sağladığı bir alan yaratmaktadır. Ekonomik özgürlüklerin yapı taşları, kişisel tercih, özel mülkiyetin korunması, gönüllü değişim/mübadele, rekabet serbestisi ve sözleşme özgürlüğüdür²⁴⁰.

Türk hukuku kapsamında 1982 Anayasası md. 41- 65 hükümleri arasında kişinin sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükleri düzenlenmiştir. Bunların arasında çalışmamız açısından en önemli düzenleme, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü konu alan md. 48 hükmüdür. 1921 Anayasası md.70'de sözleşme özgürlüğünün Türklerin doğal hakkı olduğu ve md. 79'da ancak kanunla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Özerk birey anlayışının bir görünümü olan bu madde ile hakkın içeriği veya kısıtlanması üzerine düzenleme yapma yetkisinin yasama organına bırakıldığı ve sonuç olarak sözleşme özgürlüğünün yasama organının kontrolünde yararlanılabilir hak kategorisine girdiği tespiti yapılmaktadır. 1961 Anayasası md. 40'da ise sözleşme özgürlüğünün kamu yararı bakımından sınırlandırılması nedeniyle mutlak ve sınırsız olduğu, bireye özerk alan sağladığından bahsedilemeyecektir²⁴¹. Sözleşme özgürlüğünün 1982 Anayasası'nda ele

²³⁶ Refik TIRYAKI (2008). *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 50.

²³⁷ Sosyal ve ekonomik hakların ikinci kuşak haklar olarak tarihsel gelişimi ve sosyal hakların hukuksal değerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dikmen Caniklioğlu, s. 220-221.

²³⁸ J. RIVERO (1982). *Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler*, Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler Semineri 5-7 Şubat 1982, İstanbul, s. 36.

²³⁹ Negatif statü hakları, birey-devlet ilişkisinde devletin aşamayacağı ve dokunamayacağı, bireye ait özel bir alan tanıyan hak ve özgürlükler şeklinde tanımlanabilir. Söz konusu haklar devlete bir tür 'karışmama' yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca kişiyi topluma ve devlete karşı da koruyucu özelliğe sahip olduğu için bu haklar için koruyucu haklar, hürriyet hakları, kişisel haklar gibi adlandırmalar yapılmaktadır. Sosyal ve ekonomik hakların devlete müdahale etmeme yükümlülüğü yükleyen haklara tipik bir örnek olduğuna ilişkin ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun ÖZBUDUN (2013). *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 250, Tekin AKILLIOĞLU (1995). *İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 140- 141, Gözler (2017), s. 153, s. 344, Kaboğlu (2014), s. 240.

²⁴⁰ Tiryaki, s. 58.

²⁴¹ Terence DAINTITH (2004). *The Constitutional Protection of Economic Rights*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 2, N. 1, s. 71, Tiryaki, s. 124.

alınış biçimi, klasik kişisel ve siyasi haklar açısından anayasal düzenlemelerde en sık görülen yöntemdir. Bu tip anayasal koruma içeren normlarda hakkın genel kavramlarla belirtilmesi ve devletin yükümlülüklerinin belirtilmesinin yanı sıra birtakım anayasal güvencelerle korunması söz konusudur²⁴². Sözleşme özgürlüğü anayasal boyutta ele alındığında bireyin özerkliği ilkesi doğrultusunda sözleşmelerin istenen içerik veya şekle sahip olabilmesi, sonuçları doğurabilmesi için herhangi bir müdahaleden muaf tutulmasının garanti edildiği belirtilmektedir²⁴³. Bu yönüyle sözleşme özgürlüğü, birey-devlet ilişkisinde negatif bir yükümlülük doğurmaktadır²⁴⁴.

4.3.2.2. Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin sınırlarından kamu düzeni (1982 Anayasası md. 13 ve md. 48 karşılaştırması)

Anayasa Hukukunda temel hak ve özgürlükleri sınırlanması bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesi ve kamu düzeni kavramı, Anayasa md.13 hükmü çerçevesinde keşişmektedir. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği öncesi md. 13'te tüm temel hak ve özgürlükleri bağlayıcı genel sınırlama sebepleri yer almaktaydı. Bu hükümde devletin ülkesiyle ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, Cumhuriyetin korunması, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık şeklinde dokuz sınırlama sebebi bulunmaktaydı. Söz konusu değişiklikte beraber temel hak ve özgürlüklerde genel sınırlama sisteminin kaldırılmış olması, Anayasa Hukuku doktrininde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Değişiklik öncesinde hem Anayasa md. 13'te genel hem de ilgili hükümlerde getirilmiş özel sınırlama nedenleri doğrultusunda temel hak ve özgürlükler sınırlanabilmekteydi²⁴⁵. 1961 Anayasası md. 11'de de genel sınırlamalar düzenlenmiş bulunmaktaydı. 2001'deki Anayasa değişikliği ile kaldırılan genel sınırlama sebepleri içerisinde çalışmamızın konusunu oluşturan kamu

²⁴² Daintith, s. 70.

²⁴³ Anayasa Mahkemesi bir kararında sözleşme özgürlüğünü şu şekilde tanımlamıştır; “Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, özel kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda, özel kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve korunması demektir.” AYM E.2003/66, K. 2005/72, T. 19.10.2005. RG S. 26710, T.24.12.2007. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124-4.htm> (Son Erişim Tarihi: 10.10.2018).

²⁴⁴ Tiryaki, s. 134.

²⁴⁵ Fazıl SAĞLAM (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 55 vd., Gözler (2016), s. 124, Kaboğlu (2014), s. 257, Akıllıoğlu, s. 133-134.

düzeni kavramı da yer almaktaydı. Değişiklik öncesi çifte sınırlama sistemi²⁴⁶ içerisinde tüm temel hak ve özgürlüklerin kamu düzenini koruma adına kısıtlanabilmesinden yalnızca özel sınırlama sebebi olarak öngörüldüğü takdirde kamu düzeninin korunması adına temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabildiği bir yapıya geçilmiştir. Bu durumda Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü hakkında herhangi bir özel sınırlama sebebi düzenlenmemesi sonucu bu özgürlüğün kamu düzeninin korunması amacıyla da sınırlanamayacağı sonucu ortaya çıkabilmektedir. Anayasal çerçevede sözleşme özgürlüğü ilkesi ile kamu düzeni kavramının yollarının ayrıldığı izlenimi doğabilmektedir.

Doktrinde söz konusu değişiklik sonrasında genel sınırlamalar olmadan ilgili maddede hakkında herhangi bir özel sınırlama sebebi düzenlenmemiş temel hak ve özgürlüklerin akıbeti ve bu hak ve özgürlüklerin artık sınırsız kullanımının önünün açılıp açılmadığı tartışması ortaya çıkmıştır. Konu hakkında azınlıkta kalan görüş²⁴⁷, Anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği kabulünün bu noktada geçerli olmadığını öne sürmektedir. Bu görüşe göre, Anayasa md. 48'deki düzenlemenin anlamı artık herhangi bir sebeple sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmaması olacaktır. Kamu düzeni, genel ahlak, genel sağlık gibi kavramlar Anayasal sistemin dışına itilmiştir. Değişiklik öncesi kamu düzeni gereği sınırlanabilen sözleşme özgürlüğünün md. 48'de belirtilen bir özel sınırlama sebebi bulunmaması nedeniyle kamu düzeni gerekçesiyle kısıtlanması ve dolayısıyla yasal düzenlemelerde yer alan kamu düzeni sınırı Anayasa'ya aykırı hale gelmiştir. Buna karşın hakim görüş ise²⁴⁸, hakkında bir özel sınırlama sebebi öngörülme-yen temel hak ve özgürlüklerin halen sınırlanabilir olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, hak ve özgürlükler bakımından her birinin kendi norm alanı ve objektif, nesnel içeriği ile sınırlı şekilde kullanılması mümkündür. Diğer bir ifadeyle hak ve özgürlüğün niteliği gereği doğasında var olan, özgül sınırlarının dikkate alınması

²⁴⁶ Tamer BOZKURT (2008). "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş" Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle "Sözleşme Hürriyeti" Açısından Durum, ABD, Yıl: 66, S. 1, Kış 2008, s. 135.

²⁴⁷ Kemal GÖZLER (2002). "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", AYD, S. 19, s. 350 vd.

²⁴⁸ Bülent TANÖR/ Necmi YÜZBAŞIOĞLU (2018). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 120-121, Ergün ÖZBUDUN (2005). Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 103, Fazıl SAĞLAM (2002). "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", AYD, S. 19, s. 292 vd., Mehmet SAĞLAM (2002). "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", AYD, S. 19, s. 254, Tahsin FENDOĞLU (2002). "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY md.13)", AYD, S. 19, s. 188, Tiryaki, s. 130.

gerektiği isabetli şekilde ileri sürülmektedir. Hak ve özgürlüğün kullanım biçimi, ilgili normun koruma alanı ile objektif bir bağlantısının bulunması ve diğer Anayasal normlarla sınırlıdır²⁴⁹.

Öğretide konuyla ilgili tartışmaların bahsedilen değişiklikten on bir yıl sonra yürürlüğe giren TBK düzenlemelerinin, özellikle TBK md. 27 hükmünün, Anayasa'ya uygunluğu ile bağlantısının da incelenmesi hukukun bütünlüğü açısından önemli olacaktır. Unutulmamalıdır ki, TBK md. 27 uyarınca sözleşme özgürlüğünün bağımsız sınırları arasında kamu düzeni de sayılmıştır. Anayasa md.13 ve md. 48 hükümlerine bakıldığında sözleşme özgürlüğüne ilişkin herhangi bir sınırlama sebebi ise bulunmamaktadır. Bu açıdan TBK md. 27'nin ve bu maddede öngörülen kamu düzeni sınırının Anayasa'ya uygun olup olmadığı sorusu akıllara gelmektedir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kararda²⁵⁰ özel teşebbüs özgürlüğü ile ilgili md. 48/f.2'de devletin görevine ilişkin “*özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun çalışmasını sağlama*”, “*çalışma barışını koruma*” ölçütleri ile sonuca ulaşma yolunu seçmiştir.

Görüldüğü üzere sözleşme özgürlüğüne ilişkin birtakım sınırlama sebeplerini tespit etmeye çalışan Anayasa Mahkemesi içtihadı incelendiğinde Anayasal bir düzenlemenin eksikliği sonucuna ulaşmak mümkündür. Sözleşme özgürlüğü özelinde Anayasal sınırlamaların tespiti bakımından çeşitli öneriler getirilmiştir. Öncelikle özel teşebbüs özgürlüğü ile ilgili Anayasa md.48/f.2'de devlete verilen görevin milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar doğrultusunda yerine getirilmesi bu iki ölçütün sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebebi olabileceği fikri ortaya atılmıştır²⁵¹. Bu görüşe göre, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün özel teşebbüs özgürlüğü ile sıkı bağının ön plana çıkarılması sonucu bu özgürlüklerin somut görünümünün özel teşebbüs kurma hakkı şeklinde gerçekleşmektedir. Buna karşı çıkan görüş²⁵², söz konusu özgürlüklerin birbirinden farklı olduğu ve özgürlük idealine zıt şekilde temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu açıdan Anayasa'da ayrı düzenlenen ekonomik özgürlüklerin birbiriyle ilişkisinde kendilerine ait bir alan yaratılmalıdır. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebepleri açısından ortaya çıkan boşluğun özel

²⁴⁹ M. Sağlam, s. 257-258.

²⁵⁰ AYM E. 2003/66, K. 2005/72, T. 19.10.2005, RG S. 26710 T. 24.12.2007. AYM E.2003/66, K. 2005/72, T. 19.10.2005, RG S. 26710, T.24.12.2007. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124-4.htm> (Son Erişim Tarihi: 10.10.2018).

²⁵¹ Ali ULUSOY (2002). *Telekomünikasyon Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 98.

²⁵² Tiryaki, s. 132-133.

teşebbüs özgürlüğüne dair getirilebilecek sınırlama sebepleri ile doldurulmaması gerektiği savunulmaktadır.

Kanaatimizce de Anayasa md.48/f.2'nin sözleşme özgürlüğüne etkisi söz konusu iki özgürlük arasındaki bağın ne derece kuvvetli olduğu ile alakalıdır. Özel teşebbüslerin kurulması ve faaliyette bulunması esnasında sözleşmelerin ticari hayata etkisi ve lokomotif olma özelliği göz ardı edilemeyecek düzeydedir. Anayasa md. 48/ f.2 hükmüne özel hukuk açısından bakacak olursak, ticari hayatın düzgün işlemesi için gerekli tedbirleri alma görevi devlete verilmiştir. Tedbir alma görevi bu bakımdan hem düzenleme hem de sınırlama olarak Anayasal içtihatla ele alınmaktadır²⁵³. Devletin yasama organı aracılığıyla milli ekonominin gereklilikleri ve sosyal amaçları dikkate alması, teknik bir sınırlama olarak değil, devletin görevinin unsurları olarak nitelendirilmektedir. Devlet bu görevini yerine getirmesiyle birlikte sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması kaçınılmazdır. Bu bağlamda Anayasa md. 48/ f. 2'de belirtilen bu sınırların anayasal sınır niteliğinden bahsedilmektedir²⁵⁴. Kanaatimizce, milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun şekilde ticari hayatın yürütülmesi görevi, ekonomik kamu düzeni kapsamında yönlendirici ve koruyucu kamu düzeni kuralı niteliğindeki düzenlemelerin anayasal temelini belirlemede tutarlı bir kanıt oluşturmaktadır.

Özel teşebbüs özgürlüğü çerçevesinde devletin görevlerinden bağımsız ileri sürülen bir diğer görüş ise²⁵⁵, sözleşme özgürlüğünün kamu yararı gereğince sınırlandırılabilenliğini savunulmaktadır. Anayasal içtihatla fark edilen güçlüğü yeni bir anayasal düzenleme ile aşılabileceği Anayasa Hukuku doktrinde hakim görüş olup, değindiğimiz son görüş, çalışmamız bakımından da ilgi çekicidir. Her ne kadar temel hak ve özgürlüklere getirilecek içeriği belirsiz, soyut sınırlama sebepleri normun koruma alanını daraltma tehlikesi içerse de bu nitelikteki kavramların çizgilerinin objektif ve dar yorumlanarak kullanılması fikri, üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur.

Özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklere, özellikle çalışma ve sözleşme özgürlüğüne, ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin üstün kamu yararı, kamu yükümlülüğü, kamu düzeni kavramlarını kararlarında kullandığı görülmektedir. Anayasa

²⁵³ Bertil Emrah ODER (2013). *Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler*, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması 29-30 Eylül 2012, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, s. 186.

²⁵⁴ M. Sağlam, s. 237

²⁵⁵ Bozkurt, s. 142.

Mahkemesi'nin içtihatlarında tercih ettiği diğer bir yol ise, bu tür temel hak ve özgürlüklerin diğer Anayasal değerler karşısında sınırlandırılmasıdır²⁵⁶. 2005 tarihli bir kararda²⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından Anayasa md. 48'in gerekçesine atıf yapmıştır. Gerekçede belirtilen “...*kamu yararı amacı ve kanun ile sınırlandırılabilir.*” ifadesinden yola çıkılarak sözleşmeye aykırı davranan yatırımcıların sözleşmeyi yenilemesi halinde idarenin dava açmaktan vazgeçeceğini düzenleyen hükmün kamu yararı amacıyla getirildiği ve herhangi bir zorlama içermediği tespiti ile birlikte Anayasa'ya aykırı olmadığı kararına varılmıştır. Öğretide ise kamu yararı kavramının sistematik yorum çerçevesinde örneğin, eşitlik, sosyal devlet, hukuk devleti gibi Anayasa içi kanıtlar ve diğer temel hak ve özgürlüklerle desteklenmesi gerektiği savunulmaktadır²⁵⁸. Buna ek olarak, bir kararda sözleşme özgürlüğünün özel sınırlama nedenlerinin yokluğu meselesine girmeden kendi nedenlerini sıralayan Anayasa Mahkemesi, kamu güvenliği ve kamu sağlığı ile birlikte kamu düzenini de bir sınırlama sebebi olarak saymıştır. Bu kararda sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebepleri olarak öne sürülen kavramların yine Anayasa içi kanıtlarla zenginleştirilmediği ve ilgili özgürlük ekseninde inceleme yapılmadığı için doktrinde eleştirisi getirilmiştir²⁵⁹.

Kamu yararı ve kamu düzeni, Borçlar Hukuku çerçevesinde, yukarıda da değindiğimiz üzere²⁶⁰, mahkeme içtihatlarında birbirinin yerine kullanılagelen kavramlardır. Hukukun bütünlüğünün korunması bakımından TBK md. 27'deki kamu düzeni sınırının Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi hayati öneme sahiptir. Anayasa hukuku açısından gelinen noktada kamu yararı kavramının hem içtihatla²⁶¹ hem de

²⁵⁶ Avukatlık Kanunu'nda emeklilik veya istifa gibi nedenlerle görevden ayrılan hâkim ve savcılarının son 5 yıl içinde hizmet gördükleri yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren 2 yıl süre ile avukatlık yapmalarını yasaklayan hükmün Anayasa'ya aykırı olup olmadığının incelendiği kararda Anayasa Mahkemesi, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün özel sınırlama sebebi olmadığına dikkat çekerek bağımsız yargının *kamusal düzenin korunmasında* önemli olduğu, incelenen normda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Anayasa md. 138'deki mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine dayandığı, bu nedenle hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve kamusal düzenin korunması gibi sebeplerle bu özgürlüğün sınırlanabileceğine hükmetmiştir. AYM E.2001/309, K.2002/91, T.15.10.2002. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Atila SAV (2004). *Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 Gün ve 2001/309 Esas, 2002/91 Sayılı Kararı Hakkında Not*, TBB Dergisi, C. 17, S. 54, s. 241-244.

²⁵⁷ AYM, E. 2003/70, K. 2005/14, T. 14.03.2005, RG S. 25797, T. 26.04.2005. <http://www.mevzuatlar.com/sy/resmiGazete/rga/05/04/26040506.htm> (Son Erişim Tarihi: 12.10.2018).

²⁵⁸ Oder, s. 146.

²⁵⁹ AYM, E. 2007/68, K. 2009/2, T.14.01.2010, RG S. 27565, T. 28.04.2010, Oder, s. 149. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Son Erişim Tarihi: 15.10.2018).

²⁶⁰ Bkz. yuk. I, 4.1.4. s. 25.

²⁶¹ Sigorta eksperliği yapması yasaklanan kişilere ilişkin Sigortacılık Kanunu'ndaki hükmün ele alındığı Anayasa Mahkemesi kararında; “...*mesleğin icrasında dürüstlüğü ve güveni egemen kılmak için diğer*

öğretide sözleşme özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak ileri sürülmesi ve özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklilikleri ile sosyal amaçlara uygun faaliyette bulunmasını sağlama açısından devletin pozitif yükümlülüğünün Anayasa metninde belirtilmesi, TBK’da düzenlendiği şekilde kamu düzeni sınırının Anayasa’ya uygun olduğu görüşünü destekleyen hususlardır. Ayrıca TBK md.27’ye aykırı bir sözleşmenin geçersizliği sonucuna Anayasa md.48’de özel bir sınırlama sebebi aramaksızın diğer anayasal normları ve temel hak ve özgürlüklerin vazgeçilmezliği, sosyal devlet, eşitlik ilkesi gibi temel anayasal değerleri ihlal ettiği gerekçesiyle ulaşılabilmektedir²⁶². Ek olarak, kamu düzeni kavramının Anayasa’ya uygunluğu açısından bireyler arası özel hukuktan doğan hukuki ilişkilerde, diğer bir ifadeyle kişilerin aralarında yarattığı özel alanlar olan sözleşmelerde Anayasa hükümlerinin uygulanabilirliği konusunun da incelenmesinin faydalı olacağı görüşündeyiz.

4.3.2.3. Bireyler arası özel hukuktan doğan hukuki ilişkilerde anayasanın uygulanabilirliği (Yatay uygulanma prensibi/ die Drittwirkung Theorie/ la théorie des effets horizontaux)

Sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni gereğince sınırlandırılması bakımından ele alınması gereken en önemli konulardan biri, Anayasal değerlerin özel hukuk ilişkilerine ne derece yansıtılabileceği sorusudur. Normlar hiyerarşisinde en üstte bulunan Anayasa’nın tüm hukuk düzeni üzerindeki etkisi tartışmasızdır. TBK md. 27 uyarınca kamu düzeni adına sözleşmeye yapılacak müdahalelerde temel hukuki ilkeler ve Anayasal değerlerin gözden kaçırılmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle, ancak kamu düzeni gibi tehlikeli ve suiistimale açık bir kavramın temel ilke ve değerler ile uyumlu

sigorta unsurlarıyla aralarındaki ilişkileri ve faaliyet alanını da değerlendirmek suretiyle, ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarını ya da etik değerleri zedeleyebilecek durumları engellemek amacıyla yasa koyucunun gerekli önlemleri almasının kamu yararının bir gereği olduğu kuşkusuzdur” denilerek çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kamu yararı nedeniyle sınırlanabileceği belirtilmiştir. AYM E.2009/11, K. 2011/93, T.09.06.2011, RG S. 28114, T. 16.11.2011. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Son Erişim Tarihi: 17.10.2018).

²⁶² M. Sağlam, s. 238. Ancak yazarın konusu hukuka aykırı sözleşmeler bağlamında hukuka aykırılığın kişilik haklarına, genel ahlaka veya zayıfın korunması amacına aykırılık dışında bir anlam taşıması durumunda sözleşme özgürlüğüne ilişkin kamu düzeni, kamu yararı gibi ek bir sınırlama sebebi getirilmesi gerektiği görüşü kanımızca kamu düzeninin içeriği bakımından kısmen itiraz edilebilir niteliktedir. Yazar, doktrindeki sözleşme özgürlüğüne dair özel bir sınırlama sebebi getirilmesi görüşünü desteklese de zayıf tarafın korunması ilkesinin Borçlar Hukuku kapsamında kamu düzeninin en belirgin örneği olması sebebiyle söz konusu ilkeye aykırı sözleşmeler için kamu düzeni kavramının sınırlama sebebi olarak gerekli görülmemesi noktasında bu görüşe katılmamız mümkün görünmemektedir.

kullanılması halinde taraflar nezdinde adalet ve hakkaniyet duygusu sağlanabilir. Belirsizliği ve değişkenliği nedeniyle hukuk düzeninde şüpheyle yaklaşılan bu kavrama başvurulması halinde daha adil ve eşitlik ilkesine uygun kararların ya da hukuk kurallarının ortaya çıkabilmesi için yatay uygulama prensibinin irdelenmesi son derece önemlidir.

Bireyler arası özel hukuktan doğan hukuki ilişkilerde Anayasa'nın uygulanması konusu, diğer bir ifadeyle "Yatay Uygulanma Prensibi", özel kişiler arasındaki hukuki ilişkilerde çıkan uyuşmazlıkların çözümünde temel hakların etkin olması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, temel hakların yatay etkisinin olması demek, özel bir kişinin diğerine karşı temel haklarını ihlal ettiğini ileri sürebilmesidir. Yatay etki kapsamında temel haklara saygı gösterme ve ihlal etmeme yükümlülüğü devletle sınırlandırılmamış, bu yükümlülük özel kişilere de verilmiştir²⁶³. Alman Anayasa hukukunda temel hakların yatay etkisi, temel hakların üçüncü kişiler üzerindeki etkisi ifadesiyle anlatılmaktadır. (*Drittwirkung*²⁶⁴ von Grundrechten/ *third party effect of fundamental rights*) Burada klasik insan hakları doktrininden farklı olarak, birey-devlet ilişkisine bir diğer kişi de dâhil olduğu için bu birey üçüncü taraf olarak ele alınmaktadır. Kısaca bu ifadede yer alan "üçüncü kişi" temel haklara saygı duymak ve onları ihlal etmemekle yükümlü olan kişileri anlatmak için kullanılmaktadır²⁶⁵.

Anayasal temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk uyuşmazlıklarında kullanımının artması, özel hukukun anayasallaşması konusunu daha güncel ve önemli hale getirmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında etkilerinin varlığından ziyade artık söz konusu etkinin kapsamı tartışılır olmuştur. Temel hak ve özgürlükler ile kişiler arası özel hukuk işlemleri arasındaki ilişkinin iki görünümü vardır; ilkinde özel hukuk kuralları temel hakların gölgesinde, ikincil konumda iken; diğerinde ise bu ikili birbirini karşılıklı

²⁶³ Kemal Gözler (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 538.

²⁶⁴ Kelime anlamı olarak Almanca'da "etki" (Wirkiung) ve "üçüncü taraf" (Dritter) ifadelerinin birleşimi sonucu oluştuğuna ilişkin bkz. Jörg FEDTKE (2007). *Drittwirkung in Germany Chapter 4 Germany*, Ed. Dawn Oliver/ Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study, Londra & New York: Routledge-Cavendish, s.125.

²⁶⁵ Dawn OLIVER/ Jörg FEDTKE (2007). *Human Rights and the Private Sphere – the Scope of the Project*, Ed. Dawn Oliver/ Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study, Londra & New York: Routledge-Cavendish, s.3. Ayrıca söz konusu kavramın İngiliz hukukunda da "yatay etki" terimiyle tanımlandığına ilişkin bkz. Dawn OLIVER (2007). *The Human Rights Act and the Private Sphere Chapter 2 England and Wales*, Ed. Dawn Oliver/ Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study, Londra & New York: Routledge-Cavendish, s.69, Kemal GÖZLER (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 189.

şekilde tamamlamaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, ikincillik ve tamamlayıcılık ilişkisi arasındaki ayırım, farklı ulusal hukuk sistemlerinde her zaman net biçimde ortaya çıkmayabilir²⁶⁶.

Alman hukukunda Anayasa (*Grundgesetz*) hükümlerinin kişiler arası yapılan, özel hukuka tabi hukuki işlemlere uygulanabilirliği ile temel hak ve özgürlüklere dayalı taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği sorusundan yola çıkılarak geliştirilen²⁶⁷ yatay uygulanma prensibi, ulusal anayasaların veya uluslararası insan hakları metinlerinin hükümleri doğrultusunda temel hakların bağlayıcılığını ele almaktadır²⁶⁸. Yatay uygulanma prensibinin karşısında birey- devlet ilişkisinde birey tarafından devlete karşı ileri sürülen, temel haklardan doğan taleplerin bağlayıcılığını ve temel hakların dikey etkisini ele alan dikey uygulanma prensibi söz konusudur²⁶⁹.

Yatay uygulanma prensibine ilişkin özel hukuk kurallarının temel hak ve özgürlükler karşısında ikincil veya tamamlayıcı özelliğini biraz daha açacak olursak, özel hukukun ikincilliği bakımından, hukuki işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda özel hukuk kuralları sadece söz konusu haklar ışığında uygulanmayacak, aynı zamanda temel insan hakları hukuku özel hukuk ilkelerine kıyasla öncelik kazanacaktır. Dolayısıyla özel hukuk kurallarının temel hak ve özgürlüklere ilişkin değerlere ulaşmada bir araç haline gelmesi ve örneğin, özel hukuk kurallarının sonuca maddi bir katkısı olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin korunması temelinde irade özerkliğinin sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Somut bir örnek olarak, Alman Anayasası md.9/ f.3'te yer alan çalışma şartlarını ve ekonomik koşulları geliştirmeye ve korumaya yönelik dernek kurma hakkını ihlal eden iş sözleşmelerinin geçersiz kabul edilmesi gösterilebilir²⁷⁰. Özel hukuk kurallarının tamamlayıcı özelliği bakımından ise, temel insan hakları hukukunun taşıdığı değerlerin korunması, özel hukuk kuralları ve ilkeleri ışığında gerçekleşmektedir. Uyuşmazlığın çözümünde temel hakların etkisi bu durumda sınırlı kalmaktadır. Tamamlayıcı özellikten bahsedildiğinde hâkimin açık, beyaz özel hukuk kurallarının

²⁶⁶ Oya BOYAR (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 19, Olga O. CHEREDNYCHENKO (2007a). "Fundamental Rights and Private Law: A relationship of subordination or complementarity?", *Utrecht Law Review*, C. 3, S. 2 December, s. 1-2.

²⁶⁷ Nigel FOSTER/ Satish SULE (2003). *German Legal System and Laws*, 3. Baskı, Oxford: Oxford University Press, s. 209.

²⁶⁸ Cherednychenko (2007a), s. 3.

²⁶⁹ Temel hakların dikey etkisi hakkında bkz. Louis FAVOREU vd. (2005). *Droit des Libertés Fondamentales*, 3. Baskı, Paris: Dalloz, s. 109, Eric ENGLE (2009). "Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*)", *Hanse Law Review*, C. 5, S. 2, s. 165, Gözler (2017). s. 189.

²⁷⁰ Cherednychenko (2007a), s. 3, Foster/ Sule, s. 209.

içeriğini doldururken ya da sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken temel insan haklarının taşıdığı değerlerin özel hukuk kapsamında değerlendirmesi esas olacaktır²⁷¹.

Yatay uygulanma prensibi kapsamında özel hukuk- temel hak ve özgürlükler ilişkisinde tespit edilen farklı özelliklere dayanılarak ikili bir ayırım yapılmış ve Anayasa hükümlerinin özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanması, doğrudan (*unmittelbare*) ve dolaylı (*mittelbare*) yatay etki şeklinde adlandırılmıştır²⁷². Doğrudan yatay etki, anayasal koruma altındaki değerlerin yalnızca devlete karşı bireysel taleplerin değil, aynı zamanda kişiler arasındaki hukuki işlemlerden doğan taleplerin de esasında yer alabileceğine, bu şekilde objektif değerler sisteminin tüm hukuk düzeninde uygulanacağına yöneliktir. Diğer bir ifadeyle özel hukuk süjesi kişilerin işlemlerin geçerliliği, temel hakların düzenlendiği Anayasal hükümlere doğrudan tabi olup, özel hukuk kuralları sadece geçersizliğin sonuçları, tazminat gibi konularda uygulama alanı bulacaktır. Kişinin temel hak ve özgürlüklere dayalı bir iddiası veya savunması halinde ilgili Anayasa hükmü, uyuşmazlık konusu özel hukuk kuralından öncelikli olacaktır²⁷³.

Dolaylı yatay etki ise başta Alman Anayasa Mahkemesi olmak üzere İngiliz, Hollanda gibi diğer ulusal hukuk sistemleri tarafından da benimsenmiş olan yatay uygulanma prensibinin görünüm şeklidir²⁷⁴. Dolaylı yatay etki kapsamında Anayasa

²⁷¹ Cherednychenko (2007a), s. 4.

²⁷² Aynı ayırımın Danimarka hukukunda da benimsendiğine ilişkin bkz. Jonas CHRISTOFFERSEN (2007). *Drittwirkung and Conflicting Rights – Viewed from National and International Perspectives Chapter 1 Denmark*, Ed. Dawn Oliver/ Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study, Londra & New York: Routledge-Cavendish, s.27. Almanya'da insan haklarının yatay etkisi İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasacılığının bir ürünüdür. Anayasanın insan haklarını geniş yoruma verecek bir şekilde düzenlemesi, ilk başta yargı organında bu hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere uygulanıp uygulanmayacağı doğrultusunda bir tartışmaya neden olmuş nihayetinde yatay etkinin doğrudan olmasa da dolaylı bir etkisinin olduğu görüşü kabul görmüştür. Buna karşın Fransa'da dolaylı etki anlayışı hakimdir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Myriam HUNTER-HENIN (2007). *Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights Chapter 3 France*, Ed. Dawn Oliver/ Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study, Londra & New York: Routledge-Cavendish, s. 98. Öte yandan kimi anayasalar, insan haklarının özel kişiler arasındaki ilişkilere de uygulanacağını düzenlemektedir. 1975 Yunanistan anayasası bu tür anayasalara bir örnek olarak gösterilebilir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Christina AKRIVOPOULOU (2007). *Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights Chapter 5 Greece*, Ed. Dawn Oliver/ Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study, Londra & New York: Routledge-Cavendish, s. 157.

²⁷³ Olha O. CHEREDNYCHENKO (2007b), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Münih: Sellier European Law Publishers, s. 67, Mustafa DURAL / Tufan ÖĞÜZ (2014). *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 102, Gözler (2017), s. 190, Kaboğlu (2014), s. 243, Favoreu vd, s. 110, Engle, s. 165.

²⁷⁴ Özel hukuka temel hak ve özgürlüklerin dolaylı yatay etkisini ortaya koyan başlıca Alman Anayasa Mahkemesi kararları mevcuttur. 1958 tarihli *Lüth* kararında nasyonal sosyalizm zamanında *Veit Harlan* adlı kişinin Yahudi karşıtlığı içeren filmlerine karşı başlatılan grevin BGB md. 826'da düzenlenen ahlaka aykırı zarar doğuran eylem olarak hukuk mahkemesince değerlendirilmesi karşısında Alman Anayasa Mahkemesi, grev çağrısı yapan *Lüth* isimli kişinin ifade özgürlüğünün dikkate alınması gerektiğini,

hukukundan özel hukuka bir bilgi aktarımı gerçekleşmekte ve bu şekilde temel hak ve özgürlükler özel hukuk kuralının yorumunda bir unsur niteliğini kazanmaktadır. Özellikle MK, TBK veya TTK gibi özel hukuka ilişkin kanunlarda yer alan genel kuralların yorumunda Anayasa hukukuna egemen ilkelerin ve temel hakların etkisinin varlığına rağmen, özel hukuk kapsamındaki kişiler arası hukuki ilişkilerde uygulanacak olan özel hukuk kuralları olacaktır. Yalnızca somut olayda özel hukuk normunun uygulanması açısından bir etken niteliğindeki objektif anayasal değerler, uyuşmazlığa dair maddi ve usuli bakımdan özel hukuk kurallarının uygulanmasını engellemeyecektir²⁷⁵.

Doğrudan ve dolaylı yatay etki arasındaki farklılığı belirtecek olursak, doğrudan yatay etki söz konusu olduğunda kişinin ileri sürdüğü talep doğrudan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup, uyuşmazlığa ilişkin özel hukuk kuralının uygulanması ikincil plana atılmaktadır. Bu açıdan özel hukuk kuralı kapsamında ortaya çıkabilecek temel haklar çatışmasında mahkeme tarafından dengenin gözetilmesi, ilgili anayasal hükümlerin doğrudan uygulanması ile mümkün olacaktır. Dolaylı yatay etki ise, kişinin talebinin ilgili temel hak normu ışığında yorumlanması gereken özel hukuk normu kapsamında değerlendirilmesi, diğer bir ifadeyle uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilir norm olmasından ziyade, anayasal hükmün özel hukuk kurallarının uygulanmasında

Almanya Anayasası md 1/ f. 3 gereği hukuk mahkemelerinin temel haklarla bağlı bulduklarını belirtmiştir. Sanatsal ifade özgürlüğü ve çalışma hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi gözetmede yetersiz kaldığı düşünülen hukuk mahkemesinin aksine Alman Anayasa Mahkemesi, kamuoyu tartışması çerçevesinde ifade özgürlüğünün bir görünümü olduğuna karar verdiği grev çağrısını ahlaka aykırı nitelikte bulmamıştır. 9 Şubat 1994 tarihli *Parabolantennen* kararında ise Türk kiracının balkonuna Türk ulusal kanalları televizyonda izleyebilmek için uydu anten taktırmasını takiben Alman kiraya verenin açtığı davada ilk derece mahkemesi, kira sözleşmesi dâhilinde kiracının böyle bir hakkının bulunmadığı kararına varmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi ise, ilk derece mahkemesinin kira sözleşmesi hükümlerini uygularken kiracının temel haklarını göz ardı ettiğini, kiracının Almanya Anayasası md. 5 uyarınca bilgiye erişim hakkının korunması gerektiğine, kiracının söz konusu temel hakkı ile kiraya verenin mülkiyet hakkı arasında bir denge kurulmadan karar verildiği tespitini yaparak somut olayda bilgiye ulaşım hakkının mülkiyet hakkı karşısında daha önemli olduğu ve korunma altına alınmasına karar vermiştir. Söz konusu mahkeme kararlarına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Foster/ Sule, s. 210-211. Hollanda hukukunda sonuç bakımından olumsuz bir örneği ele alırsak, 1984 tarihli Hollanda Yargıtay'ının *Suikerfeest* kararında Türk işçinin Ramazan ayının bitiminde Şeker bayramı kutlamaları nedeniyle işe gelmemesi üzerine iş sözleşmesinin ihbarsız fesih ile sonlandırılması uyuşmazlık konusu olmuştur. İş düzeninin devam etmesinde işverenin menfaati ile işçinin inancı gereği dini bir bayramı kutlaması arasındaki çatışma ekonomik özgürlükler ile din ve inanç özgürlüğünü karşı karşıya getirmiştir. İstinaf mahkemesi, temel hakların özel hukuk ilişkilerindeki dolaylı yatay etkisini göz önüne alarak din ve inanç özgürlüğü kapsamında Müslüman işçiler nezdinde kendileri için kutsal sayılan günlerde izinli sayılması gerektiği, işverenin Hristiyanlığa göre kutsal sayılan günlerde diğer işçilerin işe gelmesini talep etmesi halinde bu sonuçtan ayrılmanın mümkün olduğunu, eşit şartların ancak bu şekilde sağlanacağı sonucuna ulaşmıştır. Ancak Hollanda Yargıtay'ı, Hristiyan inancına göre bayram günlerinin Hollanda halkının tamamında kişinin dini dolayısıyla çalışmak zorunda olmaması şeklinde bir algıya sahip olmadığı, bu nedenle de İslami bayramların aynı nitelikte olmadığı ve Müslüman işçinin dini bayram kutlaması için işverenden izin alması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu karara ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Cherednychenko (2007a), s. 12.

²⁷⁵ Cherednychenko (2007a), s. 8.

hâkime yol gösteren bir yorum aracı işlevi görmesidir²⁷⁶. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesinin *Parabol-Antennen* kararında olduğu gibi, kiracının memleketi olan Türkiye ile ancak uydu anteni yoluyla bilgi alabilmesi karşısında kira sözleşmesi hükümleri kapsamındaki bir uyuşmazlıkta bilgi edinme hakkına özel hukuk süjesi kişiye karşı da ileri sürülebilen bir hak niteliği tanınmıştır²⁷⁷.

Son olarak çalışmamız açısından vurgulanması gereken bir nokta, özel hukukta yer alan ve içinin doldurulması gereken kavramların somutlaştırılmasının yatay uygulanma prensibinin en önemli görünüm biçimlerinden biri olmasıdır. Özel hukuktaki genel, çerçeve hükümlere ilişkin önceki içtihatlarda hukuki etik ilkeleri ve ticari örf adetler doğrultusunda mahkemelerce atfedilen anlam değil, söz konusu hükümlerin sadece temel hak ve özgürlükler dikkate alınarak üretilen maddi içeriğinin belirlenmesi dolaylı yatay etkinin konusunu oluşturmaktadır²⁷⁸. Alman hukukunda bu açıdan hâkimler tarafından ahlak kurallarının içeriğinin belirlenmesi anayasal değerler üzerine inşa edilmiş temel hak ve özgürlükler ışığında yapılırken²⁷⁹, ahlak kavramı ile benzer hukuki kaderi paylaşan kamu düzeni kavramının da somutlaştırılması için aynı yöntemin izlenmesi²⁸⁰ kanımızca isabetli olacaktır.

4.4 Kamu Düzeninin Belirlenmesi Sorunu

4.4.1. Yasal- yargısal kamu düzeni ayrımı

Kamu düzeni kavramının belirlenmesinde öne çıkan, çözülmesi gereken ilk hukuki mesele belirleme yetkisinin kimde olacağı ve ne şekilde paylaşılacağı saptanmasıdır. Ortaya çıkabilecek yeni kamu düzeni görünümünü belirleme ve hukuk

²⁷⁶ Béatrice SCHÜTTE (2017). *The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms*, The Constitutional Dimension of Contract Law A Comparative Perspective, Ed. Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison, Cham: Springer International Publishing, s 225-226, Gözler (2017), s. 190.

²⁷⁷ Gözler (2011), s. 540, Cherednychenko (2007a), s. 21.

²⁷⁸ Annekatrien LENAERTS (2017). *The Role of the General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights in the Enforcement of Human Rights in Contract Law: A Belgian Law Perspective*, The Constitutional Dimension of Contract Law A Comparative Perspective, Ed. Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison, Cham: Springer International Publishing, s. 86, Cherednychenko (2007a), s. 22.

²⁷⁹ Cherednychenko (2007a), s. 5.

²⁸⁰ Türk hukuku öğretisinde söz konusu imkânı önceden gören ve bunun değerlendirilmesi gerektiğini düşünen SEROZAN'a göre; "Anayasal temel hak ve ilkelerin özel hukuk alanında (yatay planda) da işbirliği öğretisinin en önemli ve en yaygın uygulanma bölgesi ise 'kamu düzenine ve ahlaka aykırılık butlanı' bölgesidir." Rona SEROZAN (2007). *Sözleşmeden Dönme*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 204.

düzeninde onlara bir yer açma yetkisinin kanun koyucu da mı, yoksa hâkimde mi olduğu Anglo-Amerikan hukukunda geniş ölçüde tartışılmıştır.

İngiliz hukuku tarihinde modern kamu düzeni teorisini ilk defa ortaya koyan, ilke niteliğindeki mahkeme kararı, 1853 tarihli *Egerton v. Brownlow* kararıdır²⁸¹. Tarihteki benzerlerinden farklı olarak bu karar, konuyu bir bütün olarak ele alan ve kamu düzeninin tartışmalı özelliğini hesaba katan ilk karardır. Karara konu olan olayda miras bırakan, vasiyetnamede mirasçısına ancak soyluluk unvanını kazanması şartıyla mirasından pay verdiğini açıklamıştır. Lordlar Kamarası'na giden bu şartın geçerliliğine ilişkin olayda, dokuza iki kararla kamu düzeni kavramının hâkimlere sadece kamu menfaatine yönelik kendi öngörülerini temel alarak bir sözleşmeyi geçersiz kılma yetkisi vermediği sonucuna varılır. Görüş ayrılığı ise, kamu düzeninin kanun koyucunun mu yoksa hâkimin mi çalması gereken hukuki bir enstrüman olduğu noktasında belirmektedir²⁸².

Kararda esas olarak iki farklı görüş ön plana çıkmaktadır. Hâkim Parke'in görüşü şu şekilde özetlenebilir²⁸³; "*Kamu düzeni kavramı belirsizliğinden kurtulma, bu kavramı belirleyebilme çabası hâkimleri hataya yöneltir. Kanun koyucu neyin kamu yararını sağladığını belirleme yetkisine sahiptir. Hâkimin yetkisi, sadece hukukun, yani yazılı kuralların (statues) ve yazılı olmayan hukuk kuralların, common law'ın, mevcut mahkemelerin verdiği önceki kararların bütünüünün yorumlanmasını kapsar. Kendi görüşüne göre kamu yararı için hangisinin uygulanacağını belirleme yetkisi yoktur. Biz, hâkimler olarak, kamu yararı olduğuna inandığımız hukuk kuralları ortaya koymaya yetkili değiliz.*" Hâkim Parke'in savunduğu görüşün iki temel sonucu vardır. Görüşün vardığı sonuçlardan ilki, hukukun yapısının önemli zorunluluklar ve buyrukların varlığı nedeniyle değişmeyeceği ve herhangi bir hukuk kuralından farksız olan kamu düzeni kurallarının *common law*'daki diğer hukuk kuralları gibi katı, değişmez olduğudur. İkinci sonuç ise, sadece kanun koyucunun toplumsal menfaate yönelik ihtiyaçları belirleme yetkisine sahip olmasıyla birlikte hâkimin hukukun kaynağı olarak görülemeyeceği ve uygulanacak kuralı yorumlama yetkisiyle sınırlı olduğudur²⁸⁴.

Karşıt görüşteki Hâkim Pollock ise kamu düzenini ilgilendiren konularda hâkime tam yetki veren görüşünü şu şekilde belirtmiştir²⁸⁵; "*Hâkimler toplumun diğer deneyimli*

²⁸¹ Egerton v. Brownlow (1854) 4 Houses of Lord Cases, Walter SHIRLEY (1886). "*Selection of Leading Cases in the Common Law*", 3. Baskı, Londra: Stevens and Sons, s. 121, Wright, s. 71-72, Valentin, s. 17.

²⁸² Wright, s. 71, Valentin, s. 17.

²⁸³ Wright, s. 73, Valentin, s. 18.

²⁸⁴ Wright, s. 73.

²⁸⁵ Wright, s. 74, Valentin, s. 17.

ve aydın üyeleri kadar neyin kamu yararı lehine olduğunu belirleme gücüne sahip olmayabilir, ancak hâkimlerin bu sorunu tartışmasını yasaklama ve karar vermesini engelleme nedeni olamaz. Miras bırakanın iradesi kamu yararına zarar verdikçe daha önce hakkında yazılı kural olmayan yeni bir hukuki işleme common law uygulanır mı, yoksa uygulanmaz mı? Bence, evet uygulanır.” Böylece Pollock, bir noktada Parke tarafından belirtilen ilkeleri dışlar ve kamu yararı söz konusu olduğunda hâkime hukuk yaratma yetkisi tanınması gerektiğini belirtir. Diğer yandan common law’ın diğer kuralları üzerinde kamu düzeni kurallarının emredici ve üstün bir niteliği bulunmadığını savunur²⁸⁶.

İngiliz hukukunda kamu düzenini ilgilendiren tüm modern kararları Egerton v. Brownlow kararındaki bu iki zıt şerh yazısı etkilemiştir. Hâkimin kamu düzenine ilişkin yeni alanları keşfetme yetkisini savunanlar, hâkim Pollock’un görüşünü esas almıştır²⁸⁷. Kamu düzeni kurallarına diğer hukuk kurallarından farklı bir nitelik atfeden genişletici, üçüncü bir görüş de ileri sürülmüştür. 1938 tarihli *Fender v. St-John Mildmay* kararı, kamu düzeninin belirlenmesi konusunda karma bir görüş aktarır²⁸⁸. Evli bir adamın belirli bir süre içinde itiraz edilmediği takdirde kesinleşecek boşanma kararı (*un decree nisi de divorce*) almasından sonra ancak kararın kesinleşmesinden önceki ara dönemde yaptığı evlilik vaadi, kamu düzenine aykırı bulunmamıştır. Hâkimin kamu düzeninin yeni görünümünü keşfetmesi yasağı ve bireysel menfaatin her zaman kamu yararına uygunluğunu denetlemesi gerektiği gibi iki farklı görüşü de reddetmiştir²⁸⁹.

Kamu düzeni kavramının belirlenmesi adına yapılan yasal- yargısal kamu düzeni ayrımı, esasen kamu düzeninden olup olmadığı sorusunun yöneltildiği kuralın koruduğu değerlerin toplumsal menfaate ilişkin olduğunu kimin, ne şekilde tespit edeceğine dayanır. Klasik olarak yalnızca kanun koyucu kamu düzeni kuralını belirleme yetkisine sahip olup, hâkim ancak dolaylı yoldan, kanunu yorumlayarak, kamu düzenini belirtebilir.

²⁸⁶ Buna paralel olarak, İngiliz hukukunda yazılı hukuk kuralları tarafından yasaklanmamış bir sözleşmenin hüküm ve sonuçları bakımından kamu düzenine aykırılık oluşturacaksa common law kapsamında hukuka aykırı kabul edilebileceğine ilişkin bkz. Sonja MEIER (2018). *Chapter 15: Illegality*, Commentaries on European Contract Laws, Ed.: Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Oxford: Oxford University Press, s. 1892, J. BEATSON, Andrew S. BURROWS, John CARTWRIGHT (2016). *Anson’s Law of Contract*, 30. Baskı, Oxford: Oxford University Press, s. 409-410.

²⁸⁷ Malaurie (1953), s. 81.

²⁸⁸ *Fender v. St-John Mildmay* (1938) Appeal Cases, s.1-55. Davanın geniş içeriği için bkz. Wright, s. 79-80.

²⁸⁹ Hâkim Roche’un yeni kamu düzeni görünümünün tanınması için kanun koyucunun sessiz kalması, mahkemede oybirliğinin oluşması ve şartların tamamen değişmesi gibi unsurların varlığını öne sürdüğü görüşü için bkz. Wright, s. 76.

Ancak günümüzde hâkimler, kamu düzenini otonom bir kavram olarak ele almalarının yanı sıra kanun koyucunun her zaman devretmediği toplumsal menfaati belirleme görevini kendilerinde görmeleri nedeniyle de gittikçe bağımsız davranır. Hâkim ile kanun koyucu için “toplumsal menfaat” kavramı aynı amacı, özellikleri ve içeriği taşımamaktadır; çünkü hâkim, hukuka aykırılığı belirlemede kanun koyucuyla aynı doğrultuda hareket etmeyecektir. Dolayısıyla hâkim, kamu düzeni kavramına kanun koyucu ile aynı gözlükten bakmaz²⁹⁰. Klasik anlamda yasal ve yargısal kamu düzenlerinin özelliklerine bakacak olursak doğası gereği yasal kamu düzeni, genel ve soyut; yargısal kamu düzeni ise, özel ve somut niteliktedir²⁹¹.

Günümüzde kamu düzeni kavramının işleyişi kanun koyucunun kendi bakış açısıyla ele aldığı kamu düzeni kavramıyla aynı değildir. Bu nedenle hâkimlerin ve kanun koyucunun kamu düzenine yaklaşımına belirli özellikleri çerçevesinde değinmek faydalı olacaktır. Bu noktada yasal kamu düzeni yenilikçi, dinamik ve olumlu iken, yargısal kamu düzeni muhafazakâr, durağan ve olumsuz nitelikler gösterir²⁹².

Yasama erki, etkisinde kaldığı politik havaya bağlı olarak, muhafazakâr veya yenilikçi, geleceğe yönelik bir tavır ile ulaşmak istediği amaçlara uygun toplumsal yapıyı yaratmaya çalışır. Yasama faaliyetinin öncü ve devrimci yapısı ile kanun koyucu, gerçek ve tüzel kişileri tüm hukuki işlemleri planlanan hukuki yapıya uygun gerçekleştirmeye yönlendiren yeni kurallar koyma amacındadır. Karşıt olarak, hâkim, geçmiş ile gelecek arasında köprü olarak, geleneksel düzeni korur ve bu açıdan muhafazakâr olup, her zaman korunan kuralı ortadan kaldırma konusunda kendini sınırlama gayreti içindedir²⁹³.

Yasal ve yargısal kamu düzeninin farklı özelliklerini teker teker incelediğimizde ilk ayırım yenilikçi- muhafazakâr kamu düzeni ayırımıdır²⁹⁴. Hukuk temel bir dönüşüm, değişim geçirdiği zamanlarda kanun koyucu eski düzeni yıkarak yeni bir düzen yaratma peşindeyken, hâkim geleneksel düzenin koruyucusudur. Kanun koyucu, yenilikçi kamu düzeninin yapısını sağlamlaştırmak adına özgürlükleri, özellikle sözleşme özgürlüğünü istediği forma sokmaya çalışır. Bunun yanında hâkim, özgürlükleri korumak için kamu düzeni kavramını sosyal bir kalkan olarak kullanır. İngiltere’de Hâkim Jessel, günümüzde

²⁹⁰ Malaurie (1953), s. 49.

²⁹¹ Ancak bu farklılığın hem Fransız hem de İngiliz hukukunda yasal kamu düzeninin gittikçe genişlemesiyle ortadan kalktığına ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 49.

²⁹² Malaurie (1956), s. 755-756.

²⁹³ Ewan McKENDRICK (2018). *Chapter 20B : Illegality*, Contract Law Text, Cases and Materials, 8. Baskı, Oxford: Oxford University Press, s. 6, Malaurie (1953), s. 52.

²⁹⁴ Malaurie (1953), s. 52.

de geçerli bir kuralı şu şekilde dile getirmiştir; “Gözden kaçırılmaması gereken şey, üstün nitelikli kamu düzeninin hiçbir zaman sözleşme özgürlüğü ilkesini genel hatlarıyla, üstünkörü bir şekilde sınırlayamamasıdır.”²⁹⁵”

Yasal ve yargısal kamu düzenine ilişkin ikinci ayırım, dinamik- durağan kamu düzeni ayırımıdır. Fransız hukukunda kanun koyucu, zaman içinde farklılık gösteren ve bilinmez kamu menfaatini esas alan yenilikçi bir ruha sahiptir. Dolayısıyla yasal kamu düzeni dinamiktir. Bu iddialı kelimedenden durağan kurallardan oluşmadığı, değişken hukuki bir unsur ifade ettiği anlaşılır; zira siyasi ihtiyaçlar doğrultusunda her ay, her sene değişen unsurları dikkate alması gerekir. Hâkimin kamu düzeni ise durağan ve süregelenidir. Bu açıdan kamu düzeni, sözleşme taraflarının uyması gereken temel kuralları ortaya koyan mevcut hukuk kurallarından bir gelenek oluşturur. Hâkimin kamu düzeni, toplumun muhafazakâr sınırları içerisinde politik ve ahlaki kuralları ortaya koyar ve yavaş bir gelişim gösterir²⁹⁶. Toplumun dayattığı değişim nedeniyle yasalarda meydana gelen değişim ve gelişime ayak uydurabilmek hâkimin kendi görevidir. Hâkimin kamu düzeni deneyimler toplamı iken, diğer taraftan kanun koyucunun bir yapı inşa etme çabasıdır²⁹⁷.

Değiniilmesi gereken bir diğer ayırım ise olumlu- olumsuz kamu düzeni ayırımıdır. Dinamik olan aynı zamanda olumludur; eski düzenin getirdiklerini yasaklamaz, üzerine yeni bir yapı inşa eder²⁹⁸. Modern hukuk düzeni iradenin özerkliği dogmasını reddeder, çünkü genel menfaatlerle birey menfaatinin her daim uyumlu olduğuna artık inanmaz. Birçok modern kanun, kişinin irade beyanının kanunca belirlenmiş sosyal amaca uygun ve kamu düzeni ile uyumlu olduğu sürece geçerli kabul eder. Yasal kamu düzeni, kişilerin iradelerini değiştirme başarısı gösteremezse etkili olmayacaktır²⁹⁹.

Diğer yandan hâkimler bu yetkiye sahip değildir, onlar korur veya yok eder, adapte etme imkânı yoktur. Kanunun sahip olduğu pozitif yetkiye sahip olmayan hâkim, kamu düzenine aykırı işlemi geçersiz kılar, çünkü geçersizliğin sağlanmasında olumsuz bir rolü vardır. Baştan belirlenen bazı unsurların varlığı veya yokluğu nedeniyle bir işlemi geçersiz kılamaz, bu yönde korunması gereken değerleri ihlal etmedikçe kişinin özgür

²⁹⁵ Printing Co. v. Sampson L.R. (1875) kararı için yuk. bkz. s. 12, dn. 35. Daha ayrıntılı bilgi için Wright, s. 68-69.

²⁹⁶ McKendrick, s. 6.

²⁹⁷ Thierry REVET (1996b). ‘Rapport Introductif’, L’ordre public à la fin du XXe siècle, Ed. Thierry Revet, Paris: Dalloz, s. 4, Malaurie (1953), s. 53.

²⁹⁸ Malaurie (1953), s. 53.

²⁹⁹ Bu amaçla birçok kanunun kamu düzeni gereği mevcut sözleşme hukuku nda sürekli edimli sözleşme tiplerini azalttığı veya çoğalttığına ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 53.

iradesi etkilidir. Hâkim işlemin etkileri üzerine bir yargıya varacaktır. Bu bakımdan kamu düzeni yalnızca olumsuz ve ardıl (aposteriori) bir kriterdir³⁰⁰. Sonuç olarak, yargısal kamu düzeni sadece yasaklayıcı iken, yasal kamu düzeni ise emredici niteliğe sahiptir³⁰¹.

Kanun koyucu ile hâkim arasındaki yaklaşım farklılığı açısından hâkimin kanun koyucunun yenilikçi, dinamik ve olumlu kamu düzenine neden isteksiz yaklaştığı incelendiğinde birtakım nedenler karşımıza çıkacaktır. Söz konusu nedenlerden bazıları yasama ve yargı arasındaki güçler ayrılığı dolayısıyla herhangi bir yetki gaspının yaşanmaması için gösterilen çaba ve hâkimin deneyimleri sonucu herhangi bir kurala kamu düzeni niteliğini atfederken belirli bir dikkat ve özen göstermesidir. Dolayısıyla yargısal kamu düzeni, ampirik yani deneyime dayalı iken, yasal kamu düzeni ise politiktir³⁰².

4.4.2. Kamu düzeni kavramının değişkenliği

4.4.2.1. Anglo-Amerikan hukuku

Kamu düzeninin zamana ve yere göre değişken yapısı özellikle Anglo-Amerikan hukukunda geniş ölçüde tartışılmıştır. Özellikle Anglo-Amerikan hukukunda hâkimin kamu düzeni kuralını yaratmakta özgür olması, bu kuralları düzenleme yetkisinin de kendisinde olduğu görüşünü ortaya çıkarmıştır. Bu noktada aslında iki karşıt prensibin çatışması söz konusudur. Bunlar hukukun istikrarlı, sabit olması ve hukuka gerekli esnekliğin tanınması görüşüdür³⁰³.

Kamu düzeni kurallarının herhangi bir farklılık göstermeyeceğini Hâkim Sumner, *Rodriguez v. Speyer* kararındaki³⁰⁴ şerh yazısında şu şekilde savunmuştur³⁰⁵; “*Common*

³⁰⁰ Malaurie (1953), s. 54.

³⁰¹ Malaurie (1953), s. 55.

³⁰² Malaurie (1953), s. 65-66.

³⁰³ D. D. PRENTICE (2017). *Illegality and Public Policy*, Chitty on Contracts, Vol. 1 General Principles, Ed. H. Beale, Londra: Sweet & Maxwell Ltd, s. 1225, Malaurie (1953), s. 83.

³⁰⁴ *Rodriguez v. Speyer Brothers* (1919) Appeal Cases s. 126. *Rodriguez v. Speyer* kararına konu olan olayda dört Britanyalı ve bir Alman ortağı olan bir şirketin 1914’te savaş döneminde İngiliz mahkemelerinde dava açması durumunda düşman kişinin davacı olma ehliyetine sahip olmadığı kuralı, Britanyalı diğer ortakların zarara uğraması ve bunun yanında düşmanın herhangi bir zarar görmemesi sonucunu doğurur. Taraf ehliyeti konusunda bu usulî kuralın değişken bir kamu düzeni kuralı olup olmadığının belirlenmesi sorunu kararda ele alınmış. Lordlar Kamarası’nda üçe iki çoğunluk, kuralın konuluş amacının dikkate alınması gerektiğine ve kuralın değişken olduğuna karar vermiştir. Bunun için bkz. Malaurie (1953), s. 88.

³⁰⁵ Malaurie (1953), s. 84.

law'un temel kuralı olarak, hukuk kurallarını değiştirme, yürürlükten kaldırma yetkisi sadece kanun koyucuda olup, onun tarafından yeniden düzenlenmedikçe bütün hukuk kuralları hâkim tarafından uygulanabilir. Bir kanun hükmünün konuluş amacı ortadan kalksa dahi, hâkim bunu uygulamaya devam etmelidir. Hâkim kamu düzeni kuralını şartların değişmesi savına dayanarak yok sayamaz, bu kanun koyucunun yetkisinin gaspı olur.”

Hukukun istikrarını savunan görüşe mensup birçok İngiliz hâkim tarafından kamu düzeninin yeni uygulama alanlarının keşfi, haksız uygulamaların ve yargıda anarşinin doğması tehdidi olarak algılanır. Bu nedenle Egerton v. Brownlow kararındaki Hâkim Pollock'un şerhi, 1919 tarihli Rodriguez v. Speyer kararında anılması dışında içtihadta yer bulamamıřtır³⁰⁶.

Çoğu İngiliz hâkim, ilk görüşe sadık kalarak kamu düzenine yeni uygulama alanları yaratmamıştır. Bu yönden Hâkim Parke'in izinden gitmiş ve kamu düzeninin değişmezliğini savunmuřtur³⁰⁷. Bu görüşün mahkeme kararlarındaki şerhlerde ele alınışına örnek olarak, *Janson v. Driefontein* kararında³⁰⁸ Hâkim Halsbury; “*Herhangi bir mahkemenin kamu düzenine yeni uygulama alanları yaratmasını reddediyorum. şüphesiz ki, kamu düzenine aykırı sözleşmeler geçersiz diyebiliriz. Ancak bu geçersizlik, hâkimlerin kendi düşüncelerine göre sözleşmelerin kamu düzenine aykırı olduğunu belirtme hakkına sahip olmalarından dolayı değil, common law tarafından belirtildiği için ortaya çıkar.*” demiřtir³⁰⁹.

Hukukun esnekliğini savunan ve kamu düzeni konusunda hâkimin yetkilerini genişletmek isteyen ikinci görüş ise, kamu düzeni kavramının temel esnekliğini öne sürerek değişen dünya koşullarına göre hukuk kurallarının adapte edilmesi, uyarlanması gerektiğini savunur. Hâkim Haldane, Rodriguez v. Speyer kararında hâkimlerin hukuk dışı değişim ve dönüşümler içerisinde neyin kamu düzeninden sayıldığına ve gerçekleşen değişikliklere hukuki açıdan dikkat etmekle yükümlü olduğunu belirtmiřtir³¹⁰. Bu yönden kamu düzeni kuralları, mevcut hukuk kurallarıyla sıkı bağları olmayan, sürekli

³⁰⁶ Malaurie (1953), s. 85. Hakim Parker, 1913 yılında verilen *A.G. of Australia v. Adelaide Steamship Co.* kararında tarafların menfaatine olan, ‘ticari faaliyetlerin kısıtlanması’na ilişkin bir sözleşmenin Lordlar Kamarası tarafından genel menfaati ihlal ettiği gerekçesiyle kesin hükümsüzlüğüne karar vermesine muhalefet şerhi koyarken aslında İngiliz hakimlerin aynı yönde bir kanun hükmü olmaksızın ekonomik hukuk düzenini belirtmekten çekindiği tespitini doğruladığına ilişkin bkz. Meinertzhagen- Limpens, s. 250.

³⁰⁷ McKendrick, s. 6.

³⁰⁸ *Janson v. Driefontein Consolidated Mines* (1902). Law Reports; Appeal Cases, s. 49, Wright, s. 76.

³⁰⁹ Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 131, Wright, s. 77.

³¹⁰ Valentin, s. 19.

uyarlanabilen, bu nedenle de hukuken uygulanabilirliği güç kurallardır³¹¹. 1894 tarihli Nordenfelt kararda Hâkim Watson'a göre³¹²; “*Kamu düzenini esas alan, hâkimlerin göz önünde bulundurduğu, öne çıkmış bir dizi karar, sadece hukuki ilkeleri ortaya çıkaran kararlar kadar etki alanına, emrediciliğe sahiptir. Kamu düzeni sorununu ele aldığı anda mahkemenin görevi, sadece kamu düzeninin ne olduğunu saptamak değil, içinde bulunduğu zamanda geçerli olacak kamu düzeni kurallarını da belirlemektir.*”

Yine bu görüşe göre kamu düzeninin değişebilir olması, her zaman yalın bir gerçek olarak belirtilmelidir. Kanada mahkemelerinde görülen 1874 tarihli *Evantural v. Evantural*³¹³ davasında hukuk düzeni denilen şeye neyin karşı olduğu tespitinin günden güne değişeceği ve tarih boyunca hâkimler tarafından geçerli olarak kabul edilen sayısız sözleşmenin günün koşullarında var olan hukuk düzenine aykırı olduğu kabulüyle hükümsüz hale gelebileceği belirtilmiştir. Hukuk kuralı varlığını korur ama zamanın toplumsal düşüncesine yön veren ilkeler ışığında söz konusu kuralın uygulanması kabuk değiştirebilir³¹⁴.

Karşıt görüşten kamu düzeninin değişkenliğe getirilen eleştiriler, kamu düzeninin değişkenliğini savunan hâkimlere göre, kamu düzeninin muhakeme edilmesini yasaklamak için getirilen bir argümandır. Bu eleştirilere örnek vermek gerekirse, Egerton v. Brownlow kararındaki şerh yazısında Hâkim Alderson; ‘*Hukuka katmaya çalıştığımız kamu düzeni, zamansal olarak değişen bir kavramdır ve hiçbir karar mevcut kurallar çerçevesinde bu kavramı belirleyemez. Bu nedenle kamu düzenini rehber kavram olarak kullanmayı reddediyorum. Bir hâkim olarak görevim, belirlenmiş ve düzenlenmiş kuralları temel almak(tır).*’ demiştir³¹⁵.

Anglo-Amerikan hukukunda son olarak 20. yüzyıldaki içtihatla sıklıkla ele alınan, üçüncü ve karma bir görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre, kamu düzeni kurallarından kimi sabit, kimi ise değişken niteliğe sahiptir³¹⁶. Hâkim Haldane, *Rodriguez v. Speyer* kararındaki şerh yazısında üç çeşit kamu düzeni kuralı olduğunu belirtmiştir³¹⁷. Buna göre, birinci grup olan sabit kamu düzeni kuralları, hukuk düzeninde kamu düzeninden doğmasına rağmen tamamen belirli ve değişmez bir hukuk kuralı haline gelen kurallardır.

³¹¹ McKendrick, s. 6, Malaurie (1953), s. 84.

³¹² Valentin, s. 18, Prentice, s. 1225.

³¹³ *Evantural v. Evantural* (1874). Law Reports, s. 6.

³¹⁴ Wright, s. 94, Valentin, s. 19.

³¹⁵ Malaurie (1953), s. 85.

³¹⁶ McKendrick, s. 6, Malaurie (1953), s. 87, Valentin, s. 20.

³¹⁷ Wright, s. 94, Valentin, s. 20.

Sabit kamu düzeni kurallarına örnek olarak, ömür boyu bağlayıcı sözleşme hükümlerini yasaklayan veya evlilikte eşlerin ahlaki yükümlülüklerine ilişkin kurallar verilebilir³¹⁸. İkinci grup değişken kamu düzeni kuralları, tek bir tanımda belirginleşmez; çünkü değişken kamu düzeni kuralı mevcut bir hukuki ilkeye bağlı olmayıp, belirli veya kapsamlı bir hukuk kuralları bütünü şeklinde düzenlenmemiştir. Değişken kamu düzeni kurallarına örnek olarak, ticaret yapma özgürlüğüne ilişkin teamüllerin getirdiği sınırlamalar verilebilir³¹⁹. Üçüncü grup karma (şarta bağlı) kamu düzeni kuralları ise, düzenlenmiş, tanınmış hukuki kurallar olarak somutlaşsa da bu kurallar konu edindiği kamu düzeninin gerçek amacının ilerlemesinin ve değişiminin etkisi altındadır³²⁰.

Kamu düzeni, şekillenerek bir araya gelen hukuk kurallardan meydana gelir. Zira bir kamu düzeni kuralı gittikçe sabit, değişmez bir kural haline gelme yolunda bir kategoriden diğerine geçecektir. Mevcut şartlarda ve kamusal düşüncede gelişmeler oldukça kurallar da değişecektir. Belirli bir zamanın şartlarında uygulanan bir kamu düzeni kuralı başka bir zamanın şartlarında var olamaz. Koruma kapsamında olan kurumların devamlılığını sağlayabilme işlevi için kamu düzeni çeşitlilik gösterir. Bu konuda her kamu düzeni kuralının değişim hızı farklılaşmaktadır. Temel ahlak anlayışını ilgilendiren sözleşmelerde uygulanacak kamu düzeni kurallarının değişimi daha yavaş bir değişim gösterirken, ticaretle ilgili konuları ve kurumları ilgilendiren sözleşmelerde kamu düzeni kuralı, ekonomik menfaatin süregelen dönüşüm hızıyla aynı derecede değişir³²¹. Bu noktada *P. H. Winfield*'ın isabetli olarak bahsettiği gibi “*Kamu düzeninin çeşitliliği, doktrinde kavrama ilişkin oluşturulan yapıya karşı kullanılacak bir silah yerine bu yapının temel taşı olması gerekir.*”³²² Yürürlüğe konulduğundan beri aynı olan kuralın uygulanması ve amaçları mevcut gerçeklere göre uyarlanmalıdır. Bu durumda hâkim, kuralın uygulanma yönteminin kamu düzeninin koruduğu toplumsal menfaate kesin bir zarara yol açıp açmadığını incelemek için kamu düzenini tartışma yükümlülüğü altındadır³²³. Ancak sabit kamu düzeni kuralının varlığı halinde kamuya verilen hasarın

³¹⁸ 1908 tarihli *Wilson v. Carnley* kararında karşı tarafın evli olduğunu bildiği halde kişinin yaptığı evlilik vaadi geçersizdir. Aynı kararda değişimlerin temel ahlaki kurallara, başta evlilikteki ahlaki yükümlülükler olmak üzere, etki edemeyeceği söylenmiştir. Wright, s. 81-82.

³¹⁹ Malaurie (1953), s. 87.

³²⁰ Valentin, s. 20.

³²¹ Meinertzhagen-Limpens, s. 250, Valentin, s. 22.

³²² Winfield, s. 98.

³²³ Bu yükümlülüğün içeriği, 1918 tarihli *Montefiore v. Menday Components* kararında şu şekilde belirlenmiştir; “*Mahkemeler, dikkatli, kararlı ve katı bir şekilde kamu düzenini belirli ilkelerini ortaya çıkarabilecek yeni ve olağandışı ilişkilere uygulamalıdır.*” Bu kararda *King's Beach Division* yeni ve olağandışı bir tutumla kamu düzenini uygulamaktan çekinmemiş, bir kişiyi kendi gücünü ve torpilini

gerçekleştiği kabulüyle birlikte hâkim kuralın varlık nedenini incelemekten kurtulabilir³²⁴.

Karma görüş uyarınca genişletici yorumla kamu düzeninin yeni görünüm şekillerini saptayan 20. yüzyılda oluşturulmuş içtihadı göz atmak gerekmektedir. Modern dönemde hâkimler, kamu düzeni kavramını güvenilmez görerek hukukun istikrarını ön plana çıkaran görüşü savunan Halsbury'nin görüşünü paylaşır ve kamu düzeninin gerekli koruma işlevini sürdürebilmesi için birçok ölçüt getirir³²⁵. Modern Anglo-Amerikan hukukunda kamu düzeninin nasıl belirleneceği hakkında önem arz eden *Fender* kararındaki şerh yazısında Hâkim Roche, bazı kriterler getirmiştir. Buna göre³²⁶; “*Hâkimlerin kamu düzenine yeni alanlar yaratma hakkı ya da bilinen veya var olanları ortadan kaldırma hakkı olup olmadığı tartışılabilir. Hakimlerin yalnızca belirli durumlarda doktrinin yardımını da alarak bu hakları kullanması mümkündür. Somut olayda kanun koyucunun iradesinin belirlenmesi imkânsız olması, konu hakkında içtihadta görüş birliğinin bulunması ve somut olaya ilişkin şartların tamamen değişmesi gerekir.*” Hâkim Atkin'e göre ise, “*Kamu düzeni kuralının tespiti için kamuya verilen zararın objektif olması gerekir. Ayrıca öğretilerde kendine özgü birkaç görüşe bağlı kalınmamalı, objektif olunmalıdır.*” Ortaya çıkan yeni hukuki uyumsuzluklarda kamu düzeni kuralının tespitini şartlara bağlayan bu görüş, *Fender* kararında çoğunluk tarafından modern görüş ile paralel şekilde kabul edilmiştir³²⁷.

Hukuki güvenliğin sağlanması ile hukukun değişkenliği arasında bir seçim yapılacaksa İngiliz hâkimler, ilk yolu tercih edecektir. Anglo-Amerikan hukukun konservatif ve geleneksel özelliği sebebiyle hâkimler, kamu düzeni kuralını yeni durumlara uyarlama yetkilerini açıklamaktan ve kullanmaktan çekinir. Bu nedenle kamu düzeninin yaratıcı etkisi ancak sıra dışı durumlarda kullanılır. Sahip olduğu birtakım işlevler bakımından kamu düzeni esnek olmalıdır. İlk olarak, *Common law*'un somut

başkasının (devletin onayladığı) menfaat, kar sağlama yönünde kullanmasını öngören bir sözleşmeyi geçersiz kılmış ve emsal bir karar olmaksızın böyle bir güç kullanımını içeren sözleşmeyi yasaklamamıştır. Bunun için bkz. Malaurie (1953), s. 90.

³²⁴ Malaurie (1953), s. 88, Valentin, s. 21.

³²⁵ Malaurie (1953), s. 90. Ayrıca İngiliz hukukunda ticaretin kısıtlanması kuralı için yapılmış yasal düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Meinertzhagen-Limpens, s. 252.

³²⁶ Valentin, s. 21.

³²⁷ İngiliz mahkemelerin kamu düzenini ilgilendiren durumlardaki işlevini açıklayan şerh yazısında Hâkim Thankerton'a göre; “*Hâkimlerin görevi kamu düzeni kuralını açıklamaktır, genişletmek değil. Somut olay kamu düzeni kuralının alanına giriyorsa, mahkemeler yeni durumlarda mevcut public policy kuralını uygulamaktan çekinmemelidir.*” Sonuç olarak, *Fender* kararında hâkimlerin hemfikir olduğu nokta kamu düzeninin yalnızca istisnai olarak ve mevcut kuralların yorumlanmasıyla kullanılabilen bir kavram olduğudur. Bunun için bkz. Malaurie (1953), s. 91.

olaya ilişkin suskun kalması halinde kamu düzeni uygulama alanı bulur. Dahası, kamu düzeni, değişen yaşam şartlarına ayak uydurmalıdır. Üçüncü olarak ise, kamu düzeni, toplumsal menfaatleri sağlama amacı ile kullanılır³²⁸. Böylece İngiliz hâkimin gözündeki kamu düzeninin ikame, dönüşüm ve koruma fonksiyonu, bu kavramın sabit olmasını önler³²⁹. Kanun boşluklarını doldurabilmesi, sosyal dönüşümlere uyum sağlayabilmesi ve toplumun öncelikli ihtiyaçlarına cevap verebilmek için hâkim, bu yetkisini aşırı engelleyici şekilde kullanmamalıdır. Bu açıdan hâkimlerin düşünce yapısını, ruh halini yansıtan hukuk sistemlerinde kamu düzeni başkalaşım geçiren bir kavramdır³³⁰.

4.4.2.2. *Kıta Avrupası hukuku*

Kamu düzeninin değişken yapısı, başta Fransız hukuku olmak üzere Kıta Avrupası Hukukunda iki farklı görüş ekseninde ele alınmıştır. Bu görüşlerden ilki, kamu düzeni kurallarının sadece yazılı hukuk kurallarından oluşabileceğini savunurken, karşıt görüş ise, yazılı kuralların yanı sıra, yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının da tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu noktada kamu düzeninin değişken özelliğinin hukuk güvenliği açısından ne derecede uygulamaya yansıtılabileceği sorusu önem kazanmaktadır. Kamu düzeni adına hukukun belirliliğinin ne kadar esnetilebileceği ve kamu düzeninin kanunilik ilkesi kapsamına girip girmeyeceği belirlenmelidir³³¹.

Bir kamu düzeni kuralının kanun koyucu tarafından yasal bir hükümle düzenlenmesi mümkündür. Kodifiye edilmiş hukuk sistemlerinde hâkim, kamu düzenini tanımlamak istediğinde kanunu kaynak göstermelidir. Kanun koyucu kamu düzeni özelliğini her maddede belirtebileceği gibi, bir dizi madde hükmünden oluşan genel bir yazılı düzenleme ile ortaya koyabilir. Kanun koyucunun bir hukuk kuralının açıkça kamu düzeninden olduğunu, belirli ifade kalıplarını kullanarak belirtebilir. “İhlal edilemez”, “aksi kararlaştırılmaz”, “sözleşmede karşıt hükümlere bakılmaksızın” gibi emredici niteliğe sahip ifade örnekleri verilebilir³³². Yazılı hukuk kuralında buna aykırı

³²⁸ Shirley, s. 121.

³²⁹ Wright, s. 94-95.

³³⁰ Malaurie’ye göre, “Hâkimler, güçlü bir ata benzeyen kamu düzeninden korkar. Ancak Egerton kararından beri “huysuz atı” sürmeye başlamışlardır ve idare etmekte ustalıklarını takdirde onla dörtnala gidebilirler.” Malaurie (1953), s. 94.

³³¹ Romain, s. 30, Malaurie (1953), s. 100.

³³² Hage-Chaine, s. 26.

sözleşmelerin geçersiz olacağı düzenlendiğinde, söz konusu kavrama işlevsel açıdan yaklaşıldığında getirilen yaptırıma bakılarak bu kuralın kamu düzeninden doğduğu çıkarımı yapılabilmektedir³³³. Örneğin İtalyan hukukunda 1942 tarihli bir mahkeme kararında kamu düzeni kuralının mevcut yazılı hukuk kuralı ya da yazılı hukuk kuralına dönüştürülebilecek nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir³³⁴. Kamu düzenine kanunilik açısından yaklaşan Belçika Temyiz Mahkemesi'nin 1948 tarihli bir kararında getirdiği tanıma göre ise, yalnızca devletin temel menfaatlerini ilgilendiren ya da özel hukukta sosyal ahlak veya ekonomik düzenine ilişkin hukuki temelleri düzenleyen kanunlarda kamu düzeninden bahsedilebilir³³⁵. Belçika hukukunda kamu düzeni kavramına bakış daha çok pozitivist nitelikte olup, kamu düzeni bağımsız bir kavram olarak görülmemektedir. Kamu düzeni kuralının yasadan doğduğu, yazılı olmayan kamu düzeni kuralının mevcut olmadığı kabul edilmektedir³³⁶.

Yazılı hukuk kuralları dışında bir kamu düzeni kuralının olmadığını savunan görüşün temelinde kamu düzeni kavramının politik bir içeriğe sahip, özerk bir kavram olduğu çıkarımı ve sonuç olarak içeriğinin belirlenmesinin hâkimlere bırakılması hakkında şüpheyle yaklaşılması yatmaktadır. Kamu düzeninin ortaya konulduğu hukuk düzeninden değil, politikadan ileri geldiği savunulmaktadır Bu görüşe göre, içeriğinde büyük oranda politik görüşler bulunan kamu düzeni kuralları, en azından toplumsal bilinçte, sadece hukuk kuralı içerisinde düzenlendiğinde buyurucu bir güç kazanır³³⁷.

Söz konusu görüşe göre, somut olayda hâkim, yalnızca kamu düzeni adına herhangi bir mevzuatta yasaklanmamış bir sözleşmenin geçersiz kılınması talebini hiçbir kanun hükmünün bu sözleşmeyi engellememesi gibi yalın bir nedene dayanarak reddetmelidir. Fransız içtihadında yazılı kurallara bağlı bir kamu düzeni anlayışının ve kanunların kamu düzeni kuralları için birincil kaynak olduğu kabulü ile birlikte konuya ilişkin tutumu da sıklıkla ilk görüşü savunma yönündedir³³⁸. Bu bağlamda kamu düzenini tanımlanırken hâkim, neyin kamu düzeninden sayılacağını kanun koyucunun yetkisinde olduğunu ve kendi yetkisi kapsamında yazılı bir kurala dayanmaksızın kamu düzeni

³³³ Fransız hukukunda kira sözleşmesine ilişkin 1989 tarihli kanunun 2. maddesinin bu tümevarım yöntemiyle kamu düzeni kuralı olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. Bénédicte FAUVARQUE- COSSON (2004). *L'ordre Public, Le Code Civil: un passé, un présent, un avenir*, Paris: Dalloz, s. 477, Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 129.

³³⁴ Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 130.

³³⁵ 09.12.1948 tarihli mahkeme kararı için bkz. Romain, s. 15, Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 123.

³³⁶ De Page, N. 91, Van Gysel/ Romain, s. 312.

³³⁷ Malaurie (1953), s. 102.

³³⁸ Malaurie (1953), s. 98, Meinertzhagen- Limpens, s. 224.

kuralı yaratarak sözleşme özgürlüğünü sınırlandıramayacağını dolaylı şekilde belirtmektedir³³⁹.

Bizim de katıldığımız, kamu düzeni kavramının yazılı olmayan kurallar şeklinde ortaya çıkabileceğini savunan karşıt görüşün temelinde kamu düzeninin zaman içinde değişken bir kavram olması³⁴⁰ yatmaktadır. Bu nedenle bir toplumda belirli bir dönem içerisinde kamu düzenini sağlayıcı niteliği olan bir hukuk kuralının toplumun devinimi ile birlikte bu özelliğini kaybetmesi veya tam tersi bir hukuk kuralının toplum içindeki öneminin artmasıyla kamu düzenini ilgilendiren bir konuma gelmesi mümkündür. Hukuk kurallarının emredici niteliğinin tek kaynağının yazılı kurallar olmadığı, bunların dışında yargı tarafından kamu düzeninin önceden sınırları çizilemeyen emredici bir alanın tespit edileceği savunulmaktadır³⁴¹. Bu görüşün temellendirilmesine ilişkin dikkate alınması gereken bir nokta, karşılaştırmalı hukuk öğretilerinde SACCO tarafından ortaya konmuştur. Yazara göre³⁴², “*Kamu düzeninin tanımlanması çabası içerisinde yapılan tanımlar uygulamayı etkilemeyecektir. Somut uygulamayı gerçekten yansıtabilmek adına en iyi tanım, gerçek hayattan çıkarılan belli sayıdaki çözümleri genele yayma imkânı tanıyabilen olacaktır. Böyle bir tanım ne öğretilerde ne de içtihatla karşımıza çıkacaktır.*”

Kamu düzeni kurallarının yazılı hukuk kurallarından bağımsız olduğunu savunan ikinci görüşün Fransız hukukundaki ilk görünümü, Fransız üst derece mahkemesinin 4 Aralık 1929 tarihli *Croizé v. Veaux* kararıdır³⁴³. Karara konu olayda reklam ajansı ile eczacı arasında bir sözleşme söz konusudur. Tüm hastalıklarla savaşılabildiği iddiasıyla tanıtımı yapılan iki ilaç markasının kendisine devredilmesi karşılığında reklam ajansı, aylık belirli bir tutarı ve reklam giderlerini ödeme borcu altına girmiştir. Fransız İstinaf Mahkemesi, özellikle kamu düzeninin yazılı kurallardan bağımsız bir kavram olduğunu belirtmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi ise, istinaf mahkemesinin sözleşmedeki amacın kamu düzenine aykırı olduğuna yönelik karar vermesine paralel olarak, yoğun ve halkı

³³⁹ Diğer taraftan, konuyla ilgili yazılı kuralın olmaması ve kanunun hâkime takdir yetkisi için belirli bir alan bırakması durumunda Fransız hâkimin İngiliz meslektaşından daha özgür olduğuna ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 99.

³⁴⁰ Terré (1996), s. 7, Meinertzhagen- Limpens, s. 231, Kocayusufpaşaoğlu, s. 546, Ruhi, s. 9-10. Kamu düzeninin değişken özelliğinin en önemli görünümü olan yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının hukuk güvenliği açısından mümkün olmadığını söyleyen HATEMİ, uluslararası özel hukuk alanında kamu düzeni kavramının değişken özelliğine vurgu yapmıştır. Bunun için bkz. Hatemi, s. 42 vd.

³⁴¹ Romain, s. 59, Yenisey, s. 153.

³⁴² Rodolfo SACCO/ G. DE NOVA, *Il Contratto*, C. II, 3. Baskı, UTET. (Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 130'dan naklen)

³⁴³ Cassation Civile, 4 Décembre 1929, Recueil Sirey 31.I.49, note P. ESMEIN. Kararın Fransız doktrininde değerlendirilmesine ilişkin bkz. Julliot de la MORADIÈRE (1950). “*Fransız Hususi Hukukunda Amne Nizamı Gayri Ahlakilik*”, Çev. Kemal Tahir Gürsoy, Adalet Dergisi, C. 41, S. 1, s.742, Hage-Chaine, s. 28.

etkilemeye yönelik bir reklam kampanyasıyla hastalıkların suiistimal edilmesi olarak tespit etmiştir. Önemli olan nokta, ilaç markalarının satışı veya ilaç üretimi reklamlarının yasada yasaklanmamasına rağmen bu kararın verilmiş olmasıdır. *Croizé v. Veaux* kararında mahkeme, bir sözleşmenin konusunun yasal sistemin ve mevcut toplumsal düzenin temel ilkeleri ile çelişmesi durumunda kamu düzenine aykırılığın ortaya çıkacağını savunmuştur³⁴⁴. Karara ilişkin *ESMEIN*, şerhinde “*Yazılı kural olmadan kamu düzeninden bahsedilemez ilkesinin çoğu zaman ‘yazılı kural olmadan geçersizlik hali ortaya çıkmaz’ ilkesine saptırıldığını*” belirtmektedir³⁴⁵.

Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukukunun bir melezi olan Québec eyaletinin hukuk düzeninde yazılı ve yazılı olmayan kamu düzeni kuralları, bir arada ve geçişken yapıda görülebilmektedir. Örneğin rekabetin kısıtlayıcı sözleşme hükümleri konusunda Québec Medeni Kanunu md. 1089’a göre, kapsamına giren konular ve bölgeler de dikkate alınarak rekabet yasağı getiren sözleşme hükümlerin süresiz olarak düzenlenmesi, kamu düzenine aykırılıktır. Bu düzenleme yapılmadan önce rekabet yasağı getiren sözleşmeler için aynı kural içtihatlarla getirilmekteydi³⁴⁶. Benzer durum, Türk hukukunda genel işlem şartları niteliğindeki sözleşme hükümlerinin geçerliliği için de söz konusudur. Son bölümde daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere 6098 sayılı TBK md. 20 vd. hükümlerinden önce genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerinin denetimi içtihat yoluyla sağlanmaktaydı³⁴⁷. Sonuç olarak, yazılı bir kuralla sabit olsun veya olmasın, kamu düzeni, zaman içinde değişkenlik gösterebilen, yalnızca kendi uygulama alanı içerisinde var olan bir çerçeve kavramdır³⁴⁸.

Fransız hukuku çerçevesinde yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığını savunan görüş, genellikle kanun metni doğrultusunda gerekçelendirilmektedir³⁴⁹. Bu doğrultuda, kanun koyucu, CC md.6’da kamu düzenini ilgilendiren kanun hükümlerinden bahsederken, revizyon sonrası yürürlüğe giren CC md. 1102/ f.2 hükmünde³⁵⁰ sözleşme

³⁴⁴ Henri CAPITANT/ François TERRÉ/ Yves LEQUETTE (2000). *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, C. I, 11. Baskı, Paris : Editions Dalloz, N. 8, Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 130.

³⁴⁵ Cassation Civile, 4 Aralık 1929, Recueil Sirey 31.I.49, note P. ESMEIN, Malaurie (1953), s. 105.

³⁴⁶ Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 130. *Cameron v. Canadian Factors Corp.* (1971) davasında kamu düzeninin korunması çerçevesinde işçinin gelecekte çalışma özgürlüğünü kısıtlayan rekabet yasağı niteliğindeki sözleşme hükümlerine ilişkin gerekçeli ve belirli sınırlar konulması amacıyla yazılı olmayan kamu düzeni kuralının mahkeme tarafından tespit edildiğine ilişkin bkz. Karim, s. 409.

³⁴⁷ Aşağıda bkz. II, 4.2.

³⁴⁸ Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 130.

³⁴⁹ W. LIENHARD (1935). *Le rôle et la valeur de l’ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, s. 54, Brunetti-Pons, s. 108.

³⁵⁰ ‘*La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public*’ Ordonnance N. 2016-131 du 10 Février 2016- art. 2- NOR: JUSC1522466R.

özgürlüğü ilkesinin kamu düzeninden doğan kurallara aykırılığı kapsamadığı düzenlenmiştir. CC md. 6 hükmünde yer alan ‘kamu düzenini ilgilendiren yasa hükümleri’ ifadesi ile birlikte kamu düzeni kavramının şüpheye yer bırakmayacak şekilde yasadan bağımsız olduğunun kanıtlandığı ve yalnızca kanun koyucunun iradesiyle bu kavram oluşturulsaydı, kanun metninin farklı şekilde kaleme alınacağı savunulmaktadır³⁵¹. Ayrıca CC md. 1162 hükmüne göre³⁵² sözleşmede tarafların ortak olsun ya da olmasın taşıdıkları amaç ve sözleşme hükümleri, kamu düzenine aykırı olamayacaktır. Bu görüşün temelini oluşturan *Croizé v. Veaux* kararında eski CC md. 1133 (yeni CC md. 1162) hükmünden yola çıkılarak, yazılı bir kuralla yasaklanıp yasaklanmadığından bağımsız olarak hukuka aykırılığın gerçekleştiği savunulmaktadır³⁵³.

Kamu düzeni açısından yazılı kurala bağlı olunmadığı görüşünün Fransız içtihadındaki uygulanma alanı kapsamında yine de kamu düzeninin tamamen hâkimin takdiri altına olmadığı belirtilmektedir. Hâkimin incelemesi gereken geniş araştırma alanlarından söz edilmektedir. Örneğin, doğal ahlak anlayışını araştırmalı, ülkede yürütülen politikayı incelemeli, korunan ekonomik düzenin ihtiyaçlarını ortaya koymalıdır. Bunu yaparken de ilk derece mahkemesi, üst derece mahkemelerinin sıkı kontrolü altındadır³⁵⁴. *Croizé v. Veaux* kararından sonra 1936 yılında Seine ilk derece mahkemesi de verdiği kararda kamu düzeni kuralının varlığı için yazılı bir hukuk kuralına ihtiyaç olmadığı tespitinde bulunmuştur³⁵⁵. Ancak mahkeme, akabinde bu yeni ilkenin alanını kamu düzeninin işçiyi koruyan kanun hükümlerinde doğrudan yer alacağı tespiti ile sınırlamıştır. Bu koruyucu özellik, mahkeme tarafından somut olaydaki şartlara göre dolaylı olarak tespit edilmiş ve uyuşmazlığın çözümünde kamu düzeninin söz konusu özelliğine aykırı olan sözleşme hükümlerinin geçersizliğine karar verilmiştir³⁵⁶.

³⁵¹ Brunetti-Pons, s. 116, Malaurie (1953), s. 108.

³⁵² ‘*Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties*’ Ordonnance N. 2016-131 du 10 Février 2016- art. 2- NOR: JUSC1522466R.

³⁵³ Brunetti-Pons, s. 117, Romain, s. 12, Malaurie (1953), s. 104. Diğer yandan hakimin anılan hükümler doğrultusunda bir sözleşmeyi geçersiz kıldığı, ihlal edilen kamu düzeni kuralına dolaylı olarak dahi dayanmadığına ilişkin bkz. Van Gysel/ Romain, s. 310.

³⁵⁴ François GENY (1954). *Méthode d'Interprétation et Sources du Droit Privé Positif*, 2. Baskı, C. II, Paris : Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, s. 179, Mestre, s. 126.

³⁵⁵ Seine, 10 Ocak 1936, Recueil Hebdomadaire Dalloz 1936-172, Malaurie (1953), s. 109.

³⁵⁶ Bu yaklaşım, Fransız içtihadı tarafından kamu düzeninin özerkliğine ilişkin yeni ilkenin tam olarak benimsenmediği izlenimi yaratmaktadır. Kanunun yasaklamadığı hukuki işlemi kamu düzeni adına geçersiz kılma eğilimi, 1950’lerde olağandışı bir durum olduğundan, hâkimin kanun referansı olmadan temelinde yalnızca kamu düzeni olan kararlar vermekte sıkıntı çektiği tespit edilmiştir. Bu aşamada kanun koyucunun görev alanını gasp etmeden kamu düzeni ‘silahını’ kullanabileceğini hâkimin fark etmiş

Fransız içtihadındaki diğer örnek kararlara bakacak olursak, ‘Fransız ulusuna karşı ve kamu düzenini ihlal eden anlaşmalar’ şeklinde tanımlanan ve Nazi işgali sırasında Alman ordusu adına hizmet edimi içeren anlaşmalar, yazılı kurallara bağlı kalınmaksızın kamu düzeni gerekçesiyle hükümsüz kılınmıştır³⁵⁷. 1947 yılında verilen, mirasçının bir Yahudi ile evlenmesi nedeniyle mirastan çıkarmaya yönelik ölüme bağlı işlemin vasiyetnamede yazılmamış sayılmasına ilişkin kararın gerekçesi, 9 Ağustos 1944 tarihli kararname ve 1946 Fransız Anayasası gibi kamu düzeni kurallarını ihlal etmesine dayanmaktadır³⁵⁸. 1944 tarihli mahkeme kararında ise, Almanya’da çalışmak üzere işe alınan işçinin herhangi bir siyasi partiyle bağlantısının bulunmaması, Yahudi doğmaması veya sonradan Yahudiliğe geçmemesine yönelik kayıtlar bulunması nedeniyle hizmet sözleşmesi, kesin hükümsüz kılınmıştır³⁵⁹. Ayrıca mahkemeye göre, işverenin ulusal toprakları zorla ele geçiren düşmanın topraklarında ve onun menfaatine bir iş ediminin ifası için işçiyle yapılan sözleşme hem kişi özgürlüğünü hem de Fransız kamu düzenini ihlal edici nitelikte olup, bu nedenle hukuka aykırı ve geçersizdir. Söz konusu mahkeme kararında kamu düzenine daha doğrudan bir atıf yapıldığı gözlemlenmektedir³⁶⁰.

Kamu düzeninin değişken özelliği ve buna istinaden yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının tanınması konusunu Türk hukukunda ele aldığımızda, Kıta Avrupası’na paralel olarak, bu kavramın yazılı kurala bağlı kalarak ya da yazılı olmayan, soyut kurallar ekseninde ele alınması gerektiğine ilişkin iki farklı görüş söz konusudur. İlk görüşe göre, TBK çerçevesinde yalnızca kamu düzenini korumak amacı ile düzenlenmiş kanun hükmüne aykırılık halinde kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilir. Diğer bir ifadeyle soyut anlamda bir kamu düzenini temel alarak bir hukuki işlemi geçersiz saymak mümkün değildir³⁶¹. Bu görüş, daha çok 818 sayılı mülga BK zamanında md. 19/ f. 2 ve md. 20 hükümlerinin lafzi yorumundan hareket etmektedir. Kamu düzeni kavramının yalnızca kanun hükümlerinin emredici karakterini belirlemede kullanılacak bir ölçüt olarak ele alınması sonucu bağımsız ve dolayısıyla değişken bir niteliğe sahip olmadığı

bulunması, ancak kavramın kullanımının akıllıca olması ve haksızlık içermemesi gerektiğine ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 111.

³⁵⁷ Paris ilk derece mahkemesinin 1947 yılında verdiği bu karar metninde bir düşmanla yapılan borç doğuran sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurmayacağını düzenleyen 1 Eylül 1939 tarihli kararnamenin 5. maddesine atıf yapıldığına ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 109.

³⁵⁸ Seine Hukuk Mahkemesi, 22 Ocak 1947, Recueil Dalloz, 47.J.126, Boyar, s. 58, dn. 120.

³⁵⁹ Seine Ticaret Mahkemesi, 4 Aralık 1944, Gazette du Palais 1945.I.50, Malaurie (1953), s. 109, dn. 4.

³⁶⁰ Kamu düzenine yapılan doğrudan atfın 1939 yılında çıkarılan kararnamenin 5. maddesine dayandığı tespitine ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 110.

³⁶¹ Bu görüş taraftarları yazarlar ve daha fazla bilgi için bkz. Hatemi, s. 39, Atamer, s. 184, dn. 232.

savunulmaktadır. Bunun dışında kamu düzeninin bağımsız ve değişken niteliğinin kabulünün hukuk güvenliğini ciddi anlamda tehlikeye düşüreceği fikri, bu görüşün dayandığı temellerden biridir³⁶².

Bizim de katıldığımız karşıt görüşü savunan yazarlar ise, yazılı hukuk kurallarından bağımsız bir kamu düzeni kavramının varlığını ileri sürmektedir³⁶³. Buna göre, 818 sayılı BK md. 19/ f.2’de kamu düzeninin ayrıca düzenlenmesi bu kavramın sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde bağımsız bir sınır olduğunu göstermektedir. Ayrıca 6098 sayılı TBK md. 27 hükmü ile kamu düzeninin bağımsız bir sınır teşkil edip etmediği tartışmaları geçmişte kalmış bulunmaktadır. Yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığını kabul eden bu görüş, hukuk güvenliği eleştirilerine cevap olarak, *ahlak* başta olmak üzere *dürüstlük kuralı*, *haklı sebep* gibi hâkimin somutlaştırması gereken, kanunda yalnızca çerçevesi çizilen birçok kavramın düzenlendiği hükümleri örnek göstermektedir. Bu gibi ‘beyaz (çerçeve) hükümler’ ile düzenlenen kavramların içeriğinin hâkim tarafından belirlenmesi hukuk güvenliğine aykırı değilse, toplumun temel çıkarlarını korunma amacı taşıyan kamu düzeni kuralları için hâkimin içeriği doldurma yetkisi hukuken objektif sınırlarla belirlendiği ölçüde tanınmalıdır. Son olarak, bu görüş çerçevesinde Anayasa hükümlerinin özel hukukta uygulama alanı bulması açısından kamu düzeni önem taşımaktadır. Yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığının kabul edilmemesi, özel hukuk ilişkilerinde esasen hukukun bütünlüğü açısından dikkate alınması zorunlu olan Anayasal ilkelerin uygulanmasının engellenmesi gibi istenmeyen bir sonuç meydana getirebilmektedir³⁶⁴.

5. Kamu Düzeni Kavramına İlişkin Düşünceler

Kamu düzeni, İdare ve Anayasa hukuku gibi kamu hukuku dallarından doğan, çekirdek özelliklerini bu hukuk dallarından alan bir kavram olsa da çalışmamızın konusu olan 6098 sayılı TBK md. 27 hükmü ile özel hukuk alanında Uluslararası Özel ve Medeni Usul hukukunun yanı sıra Borçlar hukuku kapsamında da yer alan ve incelenmesi gereken bir kavramdır. Önemle belirtmelidir ki, tüm hukuk sükelerini kapsayan ilkeler bütününden oluşan kamu düzeni, kamu hukuku ilişkilerini özel hukuka yansıtma veya

³⁶² Fikret EREN (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 288, Hatemi, s. 40.

³⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 548, Atamer, s. 184-185, Ateş (2007a), s. 160.

³⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 549.

özel hukuk ilişkileri yerine koyma etkisine sahip olmadığından özel hukuktaki varlığını yadsımamak gereklidir. Tarihsel süreçte devletin ekonomik düzene müdahalesi konusunda işlevsel ve önemli bir araç olan kamu düzeni, içeriği belirsiz, soyut ve değişken olmasından dolayı oldukça yoğun çabaya rağmen tanımlanması bir hayli zor, hatta çoğu zaman tanım ve belirlilik noktasında imkânsızlıkla özdeşleştirilen bir kavramdır. Bunun nedenlerinin başında var olduğu her hukuk dalında o alana has bir kavram olması, başka deyişle birbirinden farklı özellikler göstermesi ile uygulandığı her ulusal hukukta o ülkenin değerler hiyerarşisini, sosyal önceliğini ve kültürünü yansıtması gelmektedir.

Genel olarak hakkında toplumsal menfaate yönelik toplumdaki temel kurumların düzgün işlemesi şeklinde oldukça geniş bir tanımlama yapılan kamu düzenine ilişkin doktrinde henüz 1950’li yıllarda yirminin üzerinde farklı tanımın varlığından bahsedilmiş bulunmaktadır. Günümüzde ise hakkında hırçın bir ata binmek, kaygan kumlarda maceraya atılmak veya dikenli patikada yürümek gibi ilginç benzetmelerle dolu çeşitli tanımları yapılan söz konusu kavramın tanımının tarafımızca yapılmasının bir getirisinden veya yeniliğinden bahsedilemeyecektir. Kamu düzenine ilişkin girilen bir tanım çabası, kavramın sahip olduğu özelliklerden dolayı doktrindeki onlarca tanım arasında suya atıldığında batmaya mahkûm ve suyun dibinde diğerlerinden farksız bir taş olmaktan kurtulamayacaktır.

Kamu düzenin bu sonuca ulaşmamıza neden olan özelliklerine bakacak olursak, öncelikle kaynakları, kapsamı ve işlevleri bakımından kendine özgü bir kavram söz konusudur. Bu noktada değişik ulusal hukuk sistemlerinde var olduğu her hukuk alanda farklı işlevlerini çeşitli kaynaklar aracılığıyla yerine getirmesi nedeniyle kamu düzeninin çeşitlilik özelliği mevcuttur. Çeşitliliğinin yanı sıra belirsizliğin bir ifadesi olarak genel menfaatin korunması gereken durumları tespit ederken tecrübeye ve farklı somut durumlara dayanılması kamu düzenini yasallıktan uzaklaşan ve değişken bir kavram haline getirmektedir. Kamu düzeni buna rağmen, genel ve süreklilik içeren bir hukuk ilkesi olarak nitelendirilir. Zira genel menfaatin korunmasını önceliği kabul eden kamu düzeni, toplumun üzerine inşa edildiği kaya betimlemesine uygun şekilde tüm hukuki ilkeleri kapsamaktadır. Bizleri bahsedilen tespite götüren bakış açısı sayesinde doktrinde 6098 sayılı TBK öncesinde yasal düzenlemesi olmayan genel işlem şartları konusunda kamu düzeni kavramına başvurularak hukuken tutarlı bir sonuca varmak mümkün olmuştur. Kamu düzeni genel olmasının yanında aynı zamanda soyut, güncel ve

yasaklayıcı özelliğe de sahiptir. Kamu düzenini korumak ve temel kurumlara zarar gelmesini önlemek adına belirli işlemleri yasaklayan, emredici nitelikte hukuk kuralları öngörülmektedir.

Ayrıca kamu düzeninin yer ve zamana göre değişken yapısına ayrıca bir parantez açmak gerekmektedir. Çalışmamızın odak noktasından kavramın değişken niteliğine baktığımızda, ticari hayattaki kurumları ve sözleşmeleri ilgilendiren kamu düzeni kuralarının günümüz teknolojisi başta olmak üzere çeşitli parametrelerin sürekli değişmesi ile birlikte ekonomik menfaatlerin dönüşüm hızına ayak uydurması önemlidir. Ek olarak, devamlılık özelliğini toplumu bir arada tutmayı sağlayan düzenin sürekliliği üzerinden alan kamu düzeni, bu süregelen yapıda bir devinim içerisinde olmalıdır, çünkü toplumun belirli bir zaman aralığındaki ihtiyaçları ve isteklerinin aynı kalmaması ve bunların karşılanabilmesi için hukuk düzeninin kendini yenileme gerekliliği tartışma götürmeyecek hususlardır.

Tüm bu belirtilen özellikler çerçevesinde kamu düzeni kavramının içeriği yerine sınırlarının belirlenerek bir görünürlüğe kavuşturulması gerekmektedir. Hukuk düzeninde sahip olduğu gücü çevresindeki sır perdesinden alan bir kavramın tehlikeli ve suiistimale açık olduğu aşikârdır. Her ulusal hukukta değişebilen ahlaki, felsefi, sosyal ve politik temelleri kapsayan kamu düzenine ilişkin tek bir 'altın tanım' yapmanın zorluğu ve getireceği faydanın azlığı da göz önüne alındığında bu çalışmada izlenecek yöntemin belirlenmesi gerekmektedir. İstisnai şekilde ve *ultima ratio* olarak başvurulması akla yatkın gözüken kavramı kullanma yetkisine sahip olan kanun koyucunun ve hâkimin kamu düzenini ele alma yöntemleri incelenmeli, aradaki farklar ortaya konulmalıdır. Özellikle hukuki güvenlik açısından endişe yaratması bakımından ayrı bir önem arz eden hâkimin kamu düzenini kullanma yetkisinin çerçevesinin çizilmesi, üçüncü ve son bölümümüzde değineceğimiz gibi, hangi kalıplar ve sınırlar dâhilinde bu yetkinin kullanılabileceği dikkatlice tespit edilmelidir. Bu önemli tespite ulaşma yolunda kat edilmesi gereken aşamalardan biri yasal ve yargısal kamu düzeni ayrımının incelenmesidir. Yasal kamu düzeninin yenilikçi, dinamik ve olumlu özelliğinin yanında yargısal kamu düzeni, muhafazakâr, durağan ve olumsuz nitelik taşımaktadır. Bu zıtlıklar karşısında çalışmamızın konusu olan sözleşme özgürlüğünün kamu düzenince sınırlandırılmasının yüzeysel, üstün körü olmaması gerektiği isabetli şekilde Anglo-Amerikan içtihadında belirtilmiştir. Ayrıca kamu düzeni çevresinde kavramı belirleme yetkisinin sahiplerinin bakış açısında dahi görülen bu çeşitliliği öğretilerde kavrama dair

oluşturulan yapıya karşı kullanılacak bir silah değil, o yapının temel taşı niteliğinde görmek kamu düzeni incelemesinin detaylı, adil ve tutarlı olabilmesi için elzemdir.

Kamu düzeninin tanımının belirsizliği ve sahip olduğu özelliklere ilişkin saptamaların dışında kamu düzeni kuralının yazılı olmasının gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalara konu olmuştur. Temelinde hukuk güvenliği ile hukukun esnekliği, değişen koşullara uyarlanabilirliğini karşı karşıya getiren öğretilerdeki fikir ayrılığında yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığını ileri süren görüşü savunmaktayız. Nitekim TBK md. 27 hükmünün düzenlenmesiyle birlikte kamu düzeni, Borçlar hukukumuzda sözleşme özgürlüğünün bağımsız bir sınırı olarak tanımlanmış olup, öğretilerdeki hukuk güvenliği endişelerine yönelik ise ahlak, dürüstlük kuralı, haklı sebep gibi hâkim tarafından somutlaştırılması gereken kavramların yer aldığı beyaz (çerçeve) hükümlerin varlığına işaret edilmelidir. Kamu düzeni kuralları için de takdir yetkisinin hukuki objektif sınırlar içerisinde tanınması söz konusu olabilir. Politik içeriği ve özerk yapısı ön plana çıkarılarak hâkimin takdir yetkisi konusunda şüphe ile yaklaşılan kamu düzeni kavramına ilişkin hâkim, ülkenin politik yapısı, ahlak anlayışı gibi unsurlar ışığında korunan ekonomik düzenin ihtiyaçlarını titizlikle ortaya çıkarmalıdır. Bu noktada hâkimin kamu düzeni kuralının içeriğini doldururken sağlam hukuki temeller ile düşünce yapısını kurması ve verilecek kararın adil ve hakkaniyete uygun olma amacını öncelikli görmesi son derece önemlidir. Bu konuda son olarak, yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığı, özel hukukun anayasallaştırılması bakımından hayati bir rol oynamaktadır. Özel hukuk çerçevesinde kurulan hukuki ilişkilerde hukukun bütünlüğü açısından ve hâkimin kamu düzeni kavramına ilişkin takdir yetkisinin somutlaştırılması adına göz önünde bulundurulması gereken Anayasa hükümlerinin ve anayasal ilkelerin uygulanması kanaatimize göre ancak yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığının tanınması ile mümkün gözükmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde yer alan bir başka önemli konu ise, anayasal kamu düzeni kavramı çatısı altında ele aldığımız TBK md. 27'nin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı ve Anayasa hükümleri ile temel hak ve özgürlüklerin yatay uygulanma prensibidir. 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel ve özel olmak üzere ikili sınırlama sisteminin terk edilmesiyle birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yalnızca Anayasa'daki ilgili hükümde yer alan özel sınırlar ile mümkün olduğu bir hukuki düzen oluşmuştur. Anayasa md. 48'de sözleşme özgürlüğüne ilişkin herhangi bir sınırlama sebebinin öngörülmemesi, normlar

hierarchyisinde bir alt basamaktaki kanunlarda sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlama sebeplerinin Anayasa'ya uygunluğu konusunu tartışmaya açmıştır. Doktrinsel tartışmada savunduğumuz görüşe göre, Anayasa md. 48/ f.2'de özel teşebbüs özgürlüğüne ile ilgili devlete verilen görevin milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar ölçütleriyle tanımlanması doğrultusunda bunlar, sözleşme özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak kullanılabilir. Özel teşebbüs ile sözleşme özgürlüğü arasındaki sıkı bağ, devletin bu görevlerini yerine getirmesiyle sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasının kaçınılmaz olduğunu göstermektedir. Anayasada özel teşebbüslerin bu ölçütlere uygun faaliyette bulunması için tedbir alma görevi Anayasa içtihadında hem düzenleme hem de sınırlama olarak yer almaktadır. Bu bağlamda Anayasa md. 48/ f. 2'deki ölçütlerin anayasal sınır niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaca uygun şekilde ticari hayatın yürütülmesi için tedbir alma görevinin incelediğimiz ekonomik kamu düzeni kapsamında yönlendirici ve koruyucu kamu düzeni kurallarının anayasal temellerini oluşturduğunu savunmaktayız.

Kamu düzeni sınırının Anayasa'ya uygunluğu açısından öne sürülebilecek bir diğer sav, Anayasa Mahkemesi içtihadının özel sınırlama sebebi olmayan temel hak ve özgürlükler için üstün kamu yararı, kamu yükümlülüğü, kamu düzeni gibi soyut sınırlama sebeplerini 2001 değişikliği sonrası da kullanmaya devam etmesidir. Bu noktada Anayasa hukuku çerçevesinde hem içtihadta hem de öğretide kamu yararı, sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak gösterilmektedir. Kamu yararı ve kamu düzeni kavramlarının Borçlar hukuku içtihadında birbirinin yerine kullanılan kavramlar olması dışında, içeriği belirsiz, soyut sınırlama sebeplerinin uyuşmazlık konusu normun koruma alanını daraltmamak adına objektif ve dar yoruma tabi tutarak uygulanması gerekliliği ile birlikte TBK md.27 bağlamında kamu düzeni, anayasal içtihadta bir karşılık bulmuş gözükmektedir. Ek olarak, TBK md.27'ye aykırı bir sözleşmenin geçersizliği, Anayasa md. 48'de özel bir sınırlama sebebi olmamasına rağmen diğer anayasal normlar ile temel hak ve özgürlüklerin vazgeçilmezliği, eşitlik ve sosyal devlet ilkesi gibi anayasal değerlerin ihlali gerekçesiyle de tespit edilebilir.

Özel hukuk ilişkilerinde anayasal hükümler ile temel hak ve özgürlüklerin taraflar arasında ileri sürülebilmesine olanak tanıyan yatay uygulanma prensibinin kamu düzeni kavramı ile ilişkisi, doğrudan ve dolaylı yatay etki kavramları ile açıklanabilir. Doğrudan yatay etki, kişiler arası hukuki işlemlerden doğan taleplerin esasında anayasal korumaya sahip değerlerin yer alması, bunun sonucunda uyuşmazlıkta ilgili Anayasa hükmünün

veya anayasal değerin özel hukuk kuralından öncelikli olmasıdır. Dolaylı etki ise, kişiler arası uyuşmazlıkta uygulanacak özel hukuk normunun aydınlatılmasında anayasal değerler ile temel hak ve özgürlüklerin bir yorum aracı olarak işlev görmesidir. Özel hukuktaki genel ve soyut kavramların içeriği ve sınırlarının belirlenmesinde yatay uygulanma prensibi uyarınca anayasal ilkelerin kullanılması başta Alman hukuku olmak üzere Kıta Avrupası hukukundaki birçok ulusal hukukta gözlemlenmektedir. Söz konusu kavramların önceki içtihatlarda hukuki etik ilkeleri ve ticari örf-adetler dikkate alınarak ortaya konan anlamından ziyade yalnızca temel hak ve özgürlükler ışığında maddi içeriğinin belirlenmesi son derece önemlidir. Kanaatimizce Alman hukukunda ahlak kavramı için başvurulmuş bu yolun Türk hukukunda benzer özellikler taşıyan kamu düzeni kavramı için de kullanılması yararlı olacaktır. Nitekim çalışmamızın son bölümünde kamu düzeni kavramının içeriğinin somutlaştırılması hakkında anayasal değerlere ve ilkelere değinilmesinin son derece aydınlatıcı olacağı düşüncesindeyiz.

Çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümünde kamu düzeni kavramı kullanılırken, çoğu zaman ekonomik kamu düzeni ve bundan doğan kurallara ilişkin yapılan ikili ayrım uyarınca yönlendirici- koruyucu ekonomik kamu düzeninden bahsedilecektir. Dolayısıyla çalışmamızın başında Borçlar hukuku alanında öncelikli odak noktası olan ekonomik kamu düzeni kavramı inceleme konusu olmuştur. Kamu düzeni başlığı altında temel bir sınıflandırmaya göre politik kamu düzeninin karşısında yer alan ekonomik kamu düzeni kavramı, ulusal ekonomik düzenin yönetilmesi ve kişilerin belirli iktisadi politikalar altında yönlendirilmesini amaçlamaktadır. Klasik kamu düzenine göre daha somut niteliğe sahip olan bu kavram dâhilinde hem ülke ekonomisindeki dengeyi hem de ticari hayatta ve günlük yaşamda düzenlenen sözleşmelerin iç ekonomik dengesini sağlamak başlıca görevdir.

Ekonomik kamu düzenine ilişkin yapılan yönlendirici- koruyucu ekonomik kamu düzeni ayrımında ilki, devletin kamu yararı uyarınca ekonomik ilişkileri yönettiği düzeni ifade ederken; ikincisi sözleşmede taraflar arasında ekonomik açıdan bir eşitsizlik söz konusu olduğunda zayıf olan tarafın korunacağı düzeni ifade etmektedir. Ancak bu sınıflandırmanın yerindeliği tartışma konusu olmaktadır. Türk hukuku kapsamında sınıflandırmanın yerindeliği incelendiğinde bu ayrıma itirazların boşa olmadığı açığa çıkmaktadır. İnceleme konusu olan örnek yasal düzenlemeler 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun md. 26 ve 6098 sayılı TBK md. 344 hükümleri, hem yönlendirici hem koruyucu kamu düzeni kuralı niteliğine sahiptir.

Sözleşmenin iç ekonomik dengesinin korunması amacını gerçekleştirebilmek için ekonomik veya sosyal açıdan zayıf tarafa hukuki bir zırh veren koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralında hem genel hem de özel menfaatin bulunduğu tespiti yapılmaktadır. Kamusal ve bireysel çıkarlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin kurulmasında bir etken, aynı zamanda da bu hiyerarşik ilişkinin sonucu olan genel menfaatin korunması, özel hukuk kapsamındaki sözleşmesel ilişkilerde kamu düzeni kavramının denetleme aracı olarak kullanılması ile mümkün kılınmıştır. Bu bakımdan menfaatler arası hiyerarşi ile toplumsal ve hukuki değerlerin birleştirilmesi, kamu düzeni köprüsü ile mümkün görülmektedir. Kamu düzenine aykırılık sonucu meydana gelen geçersizlik yaptırımını ile korunan kişiye verilen zırh, belirli sosyal ilişkiler doğrultusunda ve genel menfaat içindeki toplumsal ekonomik barışı sağlama amacının gerçekleştirilebilmesi için ekonomik gücün kötüye kullanılmasını önlemek içindir. Sonuç olarak, koruyucu kamu düzeni kuralı, genel ve özel menfaate aynı anda hizmet etmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE KAMU DÜZENİ

1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

1.1. Sözleşme Özgürlüğünün Çıkış Noktası: İrade Özerkliği

Özel hukukta sözleşme özgürlüğü, bireycilik ve liberalizmin savunduğu irade özerkliğine dayanır³⁶⁵. Kişiler, kendi özel ilişkilerini hukuki işlemler aracılığıyla özgürce kurabilir ve içeriklerini belirleyebilir. Bu anlamda kişi, borç altına gireceği bir hukuki işlem yaparken karar verme ve kendisine uygulanmasını isteyeceği hukuk kuralını kendi koyma yetkisine sahiptir³⁶⁶. Borçlar hukuku kapsamında emredici hükümlerden ziyade, tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerin çoğunlukta olması da buna işaret etmektedir. Ayrıca 10 Şubat 2016 tarihli kanun hükmündeki kararname ile getirilen revizyondan³⁶⁷ önce Fransız Medeni Kanunu'ndaki mülga md. 1134/ f. 1'de³⁶⁸, '*Yasal olarak geçerli sözleşmeler, taraflar için kanun hükmündedir.*' denerek kişiler için hukukun kaynağının sözleşme olduğu vurgulanmıştır³⁶⁹. Revizyon sonrası ise söz konusu düzenleme md.

³⁶⁵ François TERRÉ (2015). *Introduction Générale au Droit*, 10. Baskı, Paris: Editions Dalloz, s. 300, M. Kemal OĞUZMAN, M. Turgut ÖZ (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 12. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 24, Pierre TERCIER, Pascal PICHONNAZ, H. Murat DEVELİOĞLU (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 163, Eren, s. 313, Kocayusufpaşaoğlu, s. 503, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 81, N. 432.

³⁶⁶ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX (2010). *Droit Civil Les Obligations I. L'acte juridique*, Paris : Editions Dalloz Sirey, s. 83, Herdem BELEN (2014). *6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 89, Ali Naim İNAN, Özge YÜCEL (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 204, Mehmet AYAN (2007). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 5, Gökhan ANTALYA (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I-II, İstanbul: Beta Yayınları, s. 53, Guillod/ Steffen, s.182. Bu konuda bireyin adeta kendi kanun koyucusu olduğuna ilişkin bkz. Ateş, (2007a), s. 34.

³⁶⁷ https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A9FC2F50A0B52DCC3172D5239A8111BB.tpdila08v_3?idSectionTA=JORFSCTA000032004947&cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160212 (Son Erişim Tarihi: 23.04.2017)

³⁶⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=A9FC2F50A0B52DCC3172D5239A8111BB.tpdila08v_3?idArticle=LEGIARTI000006436298&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20060406 (Son Erişim Tarihi: 23.04.2017)

³⁶⁹ Anne- Sophie CHONÉ- GRIMALDI (2016). '*Liberté contractuelle versus protection de la partie faible. Quel rôle, en France, pour le droit des contrats et droit de la concurrence ?*', EU-Grundrechte und Privatrecht, Bettina Heideroff, Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Baden-Baden : Nomos Verlags, s. 191, Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 363. Aynı kuralın İsviçre Hukuku'ndaki izdüşümü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pierre TERCIER (2004). '*Quels Fondements pour le Contrat au XXI^e Siecle?*', Le Contrat Dans Tous ses États, Ed.: François Bellanger, François Chaix, Christine Chappuis, Anne Héritier Lachat, Bern: Staempfli Editions, s. 212, Brunetti-Pons, s. 107.

1103'te korunmuştur³⁷⁰. Söz konusu madde Borçlar hukukunun genel hükümlerinin niteliğini, ortak ilkeleri belirleyen hükümler arasında yer alır³⁷¹. Ayrıca eski md. 1134/ f. 2'nin karşılığı olan md. 1193'te³⁷² irade özerkliği ve sınırlarını ön plana çıkaran '*Ancak her iki tarafın ortak iradeleri doğrultusunda veya kanunun emrettiği durumlarda sözleşmeler değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir.*' hükmü getirilmiştir.

Borçlar hukukunda irade özerkliği, üç temel hukuk ilkesine vücut verir. Bunlar; sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin bağlayıcılığı ve sözleşmenin nisbiliği ilkesidir³⁷³. Bu üç hukuk ilkesi içerisinde sözleşme özgürlüğü ilkesi, irade özerkliğine en yakın ilke olarak çoğunlukla eş anlamda kullanılır³⁷⁴. Kişilerin bir sözleşmeye taraf olma iradelerini hür bir şekilde karşılıklı ve birbirine uygun olarak beyan etmeleri, iradelerini bu yönde kullanmaları, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünü aralarında bir ayırım yapılmasını zorlaştıracak derecede birbirine yakınlaştırır³⁷⁵.

İrade özerkliği, mutlak anlamda bireye hukuki işlemlerini oluşturmada sınırsız bir özgürlük tanır. Ancak modern hukuk düzenleri, bu mutlak özgürlüğü kabul etmemiş ve çalışmamızın da konusunu oluşturan birtakım sınırlamalar getirmiştir. Söz konusu sınırların en eski dayanağı, irade özerkliğinin hukuk düzeninden önce, yani *a priori* var olduğu fikridir³⁷⁶. Kanunlar, özgürlüklerin varlığını doğrular, onları yaratmaz³⁷⁷. Bu şekilde özgürlükler kendi sınırlarıyla birlikte var olduğu için irade özerkliği ve onun

³⁷⁰<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000032040787&idSectionTA=LEGISCTA000032040792&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20171101> (Son Erişim Tarihi: 03.02.2019), Başak BAYSAL (2019). *Sözleşmenin Uyarlanması*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık s. 76, Nicolas DISSAUX, Christophe JAMIN (2018). *Réforme du Droit des Contrats*, Paris: Editions Dalloz, s. 7, Oliver DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER (2018). *Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations Commentaire article par article*, 2. Baskı, Paris: LexisNexis, s. 61, Terré (2015), s. 180.

³⁷¹ Borçlar hukukunun genel ilkelerine ilişkin düzenlemelerden md. 1102, sözleşme özgürlüğünü; md. 1104 ise, iyi niyet kuralını kanun hükmüne bağlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dissaux/ Jamin, s. 9-10.

³⁷²https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A9FC2F50A0B52DCC3172D5239A8111BB.tpdila08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000032009282&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20171101 (Son Erişim Tarihi: 23.04.2017)

³⁷³ Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française (2008). *Liberté Contractuelle*, Principes Contractuels Communs Projet de Cadre Commun de Référence, Droit Privé Comparé et Européen Vol. 7, Ed.: Bénédicte Fauvarque- Casson, Denis Mazeaud, Paris : Société de de Législation Comparée, s. 43 vd., s. 180, Ghestin (2013), s. 156, Ateş (2007a), s. 35.

³⁷⁴ Veysel BAŞPINAR (1998). *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 17, Bülent Nuri ESEN (1938). *Akit Yapmamak Hakkı*, İBD, Nisan 1938, Sene: 3, S. 4-12, s. 263, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 24, Antalya, s. 53.

³⁷⁵ Zeno OPRÉA (1935). *Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand*, Paris: Publications de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, s. 58, Tekinay/Akman/ Burcuoğlu, s. 363, Ateş, (2007a), s. 36.

³⁷⁶ Eren, s. 315, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 163, Derya ATEŞ (2007b). *Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları*, TBB Dergisi, S. 72, s. 79.

³⁷⁷ Opréa, s. 49.

ayrılmaz sınırları pozitif hukuk tarafından düzenlenmiştir³⁷⁸. Türk hukukundaki duruma bakacak olursak, 1982 Anayasası md. 48’te sözleşme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerden biri olarak yer alırken, md. 13’te temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 26’da sözleşme özgürlüğü ilkesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; ‘*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*’ Söz konusu hükmün sözleşme özgürlüğü ilkesine bir tanım getirmekten uzak olması nedeniyle doktrinde geniş ve dar anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi tanımlanmıştır. Geniş anlamda sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel borç ilişkilerini hukuk düzeni sınırları çerçevesinde yapacakları sözleşmeler aracılığıyla özgürce düzenleyebilme yetkisidir³⁷⁹. Dar anlamda sözleşme özgürlüğü ise, kişilerin sözleşmelerin kurulması, konu ve içeriğinin belirlenmesinde özgür olması şeklinde tanımlanır³⁸⁰.

1.2. Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, çeşitli anlamlarda kişinin özel hukuk ilişkilerini düzenlemesi sırasında karşımıza çıkabilir. Bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin konusunu belirleme ve içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme özgürlüğü şeklinde sayılabilir.

1.2.1. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü

Borçlar hukukunda kişi, kural olarak istediği sözleşmeyi yapmakta veya istemediği bir sözleşme ilişkisi içerisinde yer almamakta özgürdür³⁸¹. Ayrıca Anayasa md. 10 gereği hukuk düzeni önünde eşit durumdaki kişilerin borç ilişkilerini serbestçe

³⁷⁸ İnan/ Yücel, s. 205.

³⁷⁹ Eren, s. 316, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 24.

³⁸⁰ M. Ahmet KILIÇOĞLU (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 84, Safa REİSOĞLU (2012) *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 133, Hüseyin HATEMİ/ Emre GÖKYAYLA (2012). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 58, Hüseyin ALTAŞ (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 44, Başpınar, s. 16.

³⁸¹ Eugen BUCHER (2004). *Law of Contracts*, Introduction to Swiss Law, Ed.: François Dessemontet, Tuğrul Ansay, 3. Baskı, The Hague: Kluwer Law International, s. 109, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 82, N. 433, Eren, s. 317, İnan/ Yücel, s. 246, Ateş (2007b), s. 79.

düzenleyebilme yetkisi vardır. Gerçekten kişi, sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak, hukuk düzeninde kural olarak sözleşme yapmaktan alıkonulamayacağı gibi, arzu etmediği bir sözleşme ilişkisine girmemesi de yasal ve hukuka uygun bir hakkın kullanımınıdır³⁸². Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ile birlikte söz konusu ilkenin diğer görünüm biçimleri arasında sıkı bir bağlantı vardır. Kişi, genellikle³⁸³ sözleşme yapıp yapmama konusunda özgür olmadığı durumlarda sözleşmenin tipini veya şeklini belirleme özgürlüğüne de sahip olamayacaktır. Ayrıca bu durumda sözleşmenin içeriğini düzenleme bakımından kişinin ya hiç hareket alanı olmayacak ya da kişi, sınırlı bir özgürlüğe sahip olacaktır³⁸⁴. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün sınırı olarak istisnai durumlarda sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olup, ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.2.2. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü³⁸⁵

Sözleşme özgürlüğü kapsamında kişiler, kurmak istedikleri sözleşme ilişkisinde karşı tarafın kim olacağını kural olarak özgürce belirleyebilir. Diğer bir ifadeyle, kimse istemediği bir kişiyle sözleşme yapmak zorunda olmayıp, bu sözleşmenin tarafları için karşılıklı bir durumdur. Ancak hukuk düzeninde sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün istisnası olarak, Türk Medeni Kanun md. 734'e göre, yasal ön alım hakkı sahibinin davayı kazanması halinde kendisiyle tapuda adına tescil bulunan yeni malik arasında kendiliğinden bir sözleşme kurulmakta olup, ön alım hakkı sahibi, bu durumda karşı tarafı seçme özgürlüğüne sahip olamamaktadır.

1.2.3. Sözleşmenin konusunu belirleme ve içeriğini düzenleme özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin temeli sayılan ve sınırlandırılması bakımından oldukça önem taşıyan görünüm şekli, kişinin sözleşme konusunu belirleme ve içeriğini

³⁸² Kılıçoğlu, s. 84, Ateş (2007b), s. 79.

³⁸³ Sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu zorunlu sigortalar bakımından sigorta sözleşmesi yapılırken şekil serbestisinin devam ettiğine ilişkin bkz. Rayegan KENDER (2017). *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 154, s. 164 vd., Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR (2018). *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, C. I, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 187, s. 189.

³⁸⁴ Eren, s. 317, Hatemi/ Gökyayla, s. 59.

³⁸⁵ Engel, s. 102, Association Henri Capitant, s. 25, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 82, Eren, s. 332, Kılıçoğlu, s. 88, Hatemi/ Gökyayla, s. 59, İnan/ Yücel, s. 226, Ayan, s. 9, Antalya, s. 54.

düzeltilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, tarafların sözleşmenin içinde bulunması hukuk düzenince doğal kabul edilen her şeyi sözleşmeye dahil edebilmesini ifade eder³⁸⁶. Sözleşme konusunu belirleme ve içeriğini düzenleme özgürlüğünün bir yönü de sözleşme tipini belirleme özgürlüğüdür. Borçlar hukukunda kanunda belirlenen sözleşme tipleri dışında isimli sözleşme kategorisinin var olmasında birincil etken olan tip özgürlüğü³⁸⁷, sadece borç sözleşmelerinde geçerlidir. Örneğin, kanunda yer almayan ancak uygulamanın ihtiyaçlarından doğan tek satıcılık, garanti, franchising, kat karşılığı arsa payı sözleşmesi gibi birçok sözleşme tipi hukuk düzeni içerisinde yer alır. Aile, miras, eşya hukuku gibi alanlardaki sözleşmeler içinse sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) geçerlidir. Bahsedilen alanlarda irade özerkliğinden, dolayısıyla sözleşme özgürlüğünden bahsedilemez³⁸⁸.

1.2.4. Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü

6098 sayılı TBK md. 12/ f. 1'e göre; '*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir.*' Söz konusu hüküm ile sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurması için kural olarak herhangi bir şekil şartının aranmayacağı, yani şekil serbestisinin varlığı düzenlenmiştir. TBK md. 12/ f. 2 gereği kanunda bir geçerlilik şartı öngörülmemişse ya da md. 17 uyarınca taraflar sözleşmede iradi şekil belirlememişlerse, sözleşme hiçbir şekil şartı aranmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve özgürce yapılabilecektir³⁸⁹.

1.2.5. Sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğü³⁹⁰

Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında kişinin son olarak sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğünden bahsedilebilir. Daha önceden düzenlenmiş ve taraf

³⁸⁶ Bucher, s. 109, Ateş (2007b), s. 80.

³⁸⁷ Engel, s. 104, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 24.

³⁸⁸ Andreas VON TUHR (1952). Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I, Çev. Cevat Edege, İstanbul: Yeni Matbaa, s. 257, Engel, s. 103, Eren, s. 333, Kılıçoğlu, s. 88, Hatemi/ Gökyayla, s. 60, Antalya, s. 55, Ateş (2007a), s. 43.

³⁸⁹ Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü hakkında genel açıklamalar için bkz. Julia XOUDIS (2012). *Art.11, Code des Obligations I Commentaire Romand*, Ed.: Luc Thévenoz / Franz Werro, 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag, s. 83, Engel, s. 246 vd, Bucher, s. 111, Chantepie/ Latina, s. 399, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 79.

³⁹⁰ Guillo/ Steffen, s. 193, Association Henri Capitant, s. 54, Tandoğan (2010a), C. I/ 1, s. 12, Eren, s. 332, Kılıçoğlu, s. 89.

olduğu bir sözleşmeyi kişi bu kapsamda tamamen ya da kısmen ortadan kaldıracaktır, düzeltme veya bazı eklemeler yapabilir. Taraflar arasında anlaşarak aralarındaki sözleşmeyi sona erdirebilir, süreye bağlamak suretiyle kural olarak³⁹¹, süre sonunda sözleşmenin sona ereceğini kararlaştırabilir. Karşılıklı anlaşma olasılığı dışında haklı bir sebebe dayanarak sözleşmenin tarafı tek taraflı şekilde sözleşme anı edimli ise, sözleşmeden dönme veya sürekli edimli ise sözleşmeyi fesih hakkı tanınmış olabilir.

2. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması İle Korunan Hukuki Değerler

2.1. Kişilik Hakkının Korunması

Kişilik hakkı, insanın insan olması nedeniyle ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu haklardır. Kişinin toplum içerisindeki saygınlığı ve kişiliğini geliştirmesini sağlayan varlıkların tümü üzerindeki hakkına kişilik hakkı denir³⁹². Bu bağlamda kişinin hak ve fiil ehliyeti, özgürlüğü, fiziki ve manevi varlıkları onun kişiliğini oluşturur. Saldırlara en açık konumdaki kişiliği oluşturan değerler olduğundan hukuk düzeni, kişiliğe saygı duyulması, onun gelişimini sağlama ve saldırılara karşı korumak için gerekli hukuki önlemleri almalıdır³⁹³. Medeni hukukumuzda kişiliğin korunmasına ilişkin başlıca yasal düzenlemeler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun md. 23 ve 24 hükümleri ile TBK md. 27 hükmüdür.

Kişinin kişiliğine tecavüz edilmemesini isteme yönünde mutlak bir hakkı vardır. Kişilik hakkı, para ile ölçülemeyen, kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen mutlak bir haktır³⁹⁴. Kişiliği oluşturan tüm değerler, unsurlar bu korumanın kapsamı içine girer. Yasal düzenleme içerisinde genel kişilik hakkının yanı sıra bazı kişisel değerlere de ayrı hükümlerde yer verilmiştir. İsviçre hukukundan alınan

³⁹¹ Örneğin, TBK md. 347/ f. 2'ye göre, konut ve çatılı iş yeri kiralarda belirsiz süreli kira sözleşmesi on yılı aşması halinde kiraya verenin haklı bir sebep göstermeksizin sadece fesih ihbar sürelerine uyarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Haklı nedenlerin varlığı dışında kiraya veren sözleşmeyi sona erdirebilmek için on yılın dolmasını beklemesi gerekir iken, kiracının her zaman fesih ihbar sürelerine uyması koşuluyla sözleşmeyi feshetme hakkı saklıdır.

³⁹² Dural / Ögüz, s. 100.

³⁹³ M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY-ÖZDEMİR (2016). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 161, Dural/ Ögüz, s. 99.

³⁹⁴ Haluk TANDOĞAN (1963). *Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması*, AÜHFD, C. XX, S. 1, s. 8, Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, s. 162-163, Dural / Ögüz, s. 103.

bu düzenleniş biçimi, çerçeve hükümle kişilik hakkını düzenleyerek içeriğini doldurmayı doktrin ve içtihadı bırakma şeklinde özetlenebilir³⁹⁵. Ancak özel olarak düzenlenmiş kişilik değerlerinin varlığı birden çok kişilik hakkının olduğu anlamına gelmemelidir. Burada bahsedilen değişik görünümlere bürünebilen tek ve genel kişilik hakkıdır. Kişisel değerler, kişilik hakkının görünüm şekilleri olarak kabul edilmelidir³⁹⁶.

Sözleşme özgürlüğünün konusu ve içeriği 'kişilik hakkına aykırı' sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunun kabulüyle sınırlandırılmış olması hem Türk Medeni Kanun hem de Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde söz konusu hükümlerden çıkarılabilecek bir sonuçtur. Nitekim TBK md. 27'de 'kişiliğe aykırı' ifadesi, başta MK md.23 vd. olmak üzere kişiliği koruyucu hükümlere yapılan bir atıf olarak kabul edilmektedir³⁹⁷. Bu noktada üzerinde durulması gereken yasal düzenleme MK md. 23 hükmü olacaktır. Kişiliğin hukuki işlemle saldırıya karşı korunmasını düzenleyen bu hüküm, kişinin ekonomik özgürlüğünü hukuka veya ahlaka aykırılık oluşturacak derecede kısıtlayan hukuki işlemlere, çoğu zaman sözleşmelere karşı koruma getirir³⁹⁸. Sözleşme özgürlüğünün çıkış noktası olan irade özerkliği ilkesi, bu durumda kişinin kendi iradesiyle yaptığı sözleşmede hak süjesi konumundan hakkın objesi konumuna gelmesinin önlenmesi amacıyla sınırlandırılmıştır³⁹⁹. Bu tip durumların olduğu sözleşmeler genellikle kelepçeleme, boğazlama veya cendere sözleşmeleri gibi çeşitli şekillerde isimlendirilmiştir⁴⁰⁰. Özellikle MK md. 23/ 2 ve ona atıf yapan TBK md. 27 anlamında bu sözleşmelerde kişinin ekonomik faaliyetleri ve varlığı ahlaka ve hukuka aykırı şekilde sınırlanır ve böylece bunların devamlılığı tehlikeye⁴⁰¹ düşer. Dolayısıyla kişinin ekonomik hayatına ilişkin karar alma özgürlüğü kısıtlanmış olur. Bu nedenle de sözleşme özgürlüğünün kişilik hakkının korunması amacıyla sınırlandırılmasının en tipik örneği kelepçeleme sözleşmeleri olup, bu sözleşmeler kesin hükümsüzdür⁴⁰².

³⁹⁵ Dural / Ögüz, s. 100.

³⁹⁶ Tandoğan, (1963) s. 12, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 162, Dural / Ögüz, s. 101.

³⁹⁷ Nil KARABAĞ BULUT (2014). *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 131, Kocayusufpaşaoğlu, s. 567, Zufferey-Werro, s. 71.

³⁹⁸ Karabağ Bulut, s. 124, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 200-201.

³⁹⁹ Dural / Ögüz, s. 148, Tandoğan, (1963) s. 5.

⁴⁰⁰ Karabağ Bulut, s. 125, Dural / Ögüz, s. 147, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 201.

⁴⁰¹ Tandoğan, (1963) s. 2.

⁴⁰² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 200, Karabağ Bulut, s. 125, Dural / Ögüz, s. 147.

2.2 Ekonomik Kamu Düzeninin Korunması

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının altında yatan nedenlerden biri de ekonomik kamu düzeninin korunması amacıdır. Bireysel bir özgürlük olan sözleşme özgürlüğünün toplumun temel değerlerini tehlikeye soktuğu zaman sonlanması gerekmektedir. Ekonomik kamu düzeni kavramının klasik ve kaçınılmaz bir sonucu olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesi kısıtlanmalıdır. Ancak bu sınırlamanın ağırlığı ve derecesi kamu düzeninin kapsamı, tabi olduğu esaslar ve yaptırımlar ile ölçülmektedir⁴⁰³.

Esas olarak, liberal toplum düzeninde sözleşme ilişkisine taraf olan kişilerin denk güçlere sahip olduğu ve aralarında uygulanacak kuralları sözleşme ile düzenlediği kabul edilmektedir. Hukuk düzenince istenilen ve öngörülen bu durum ekonomik hayatın somut sonuçları ile birlikte farklılaşmaya ve bunun sonucunda liberal toplumda egemen olan hukuk ilkelerinden rekabet ve sözleşme özgürlüğü ilkesi ile sözleşme ilişkisinde ortaya çıkan somut durum birbiriyle çelişmeye başlamıştır⁴⁰⁴. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında tarafların koyduğu kurallarla oluşturduğu özel düzenin bağlayıcı gücün, kamu düzeni adına sözleşmeye müdahalenin sahip olduğu seviyeye ulaşması beklenemez. Ekonomik ve sosyal bakımdan güçlü tarafın, kanunun sözleşme özgürlüğü ilkesini gözeterek koyduğu yedek hükümlerle çevrili özel düzende yapılan hukuki işlemlerin adil olmayan sonuçlar yaratması ile birlikte kamu düzeni adına müdahale kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu nedenle taraflar arasında ekonomik güç dengesizliği bulunması halinde sözleşme özgürlüğü teoride kalmaktadır⁴⁰⁵.

Sözleşmeyle alacaklı ve borçlu arasında nihai bir hedef için oluşturulmuş küçük ve kalıcı olmayan bir ortaklık yaratılır. Bu anlamda sözleşme bir bütündür. Bu küçük ortaklık, kurulduğu ve faaliyetlerini sürdürdüğü yapıyı, düzeni ihlal ederek oluşturulamaz. Diğer bir ifadeyle hukuk düzeninde devleti, aileyi ve iş hayatını düzenleyen kurallar sözleşmeler yoluyla ihlal edilemez. Daha önce de incelediğimiz gibi, bahsedilen kuralların politik kamu düzeni kuralları olarak nitelendirilmektedir. Esasen politikanın ekonomi üzerinde önceliği söz konusu olduğundan kişiler arası ekonomik ilişkiler, toplu yaşamın gereksinimleriyle uyumlu olmalıdır⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Mestre, s. 127.

⁴⁰⁴ Farjat, s. 41.

⁴⁰⁵ Georges RIPERT (1951). *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2. Baskı, Paris : Pichon& Durand-Auzias, s. 219, Farjat, s. 44.

⁴⁰⁶ Ripert (1934). s. 347.

Tarihsel olarak İkinci Dünya Savaşı ve sonrası dönemde ekonomik açıdan güçsüz tarafın korunması, Borçlar hukuku ilkelerini geliştirme meselesi olarak ele alınmıştır. Esas olan kamu düzeni kavramının belirli bir sınıfı değil, toplumun yapısını oluşturan insanları korumasıdır⁴⁰⁷. Kıta Avrupası hukukunda örneğin güçsüzün suiistimal edildiği haller olan aşırı yararlanma ve aşırı faiz, geçersizlik sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan kanun koyucunun güçsüzlerin koruyucusu rolünde olması gerektiği belirtilmektedir. Zira başta sözleşme özgürlüğü olmak üzere ekonomik özgürlükler, yalnızca güçlünün lehinedir⁴⁰⁸. Korunmaya muhtaç kişi, karşı tarafın katı çözümü karşısında boyun eğen ve kendi lehine bir yükümlülük getirmeyen kurallarla bağlı olmalıdır. Bu durumda koruma altına alınması gereken tarafın irade beyanının geçerliliği şüpheli hale geleceğinden hukuk düzeninde koruyucu kamu düzeni adına sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır⁴⁰⁹.

Kamu düzeni kavramının Borçlar hukukundaki görünümü olan ekonomik kamu düzeni, bizzat kavramın kendisinde olduğu gibi toplumun ve bağlı olduğu değerlerin sürekliliğini temsil etmektedir. Buna karşın sözleşme ise tarafların kendilerini hukuki işlem yapmaya iten geçici menfaatlerini karşılamaktadır. Sözleşme metinleri, günümüzde şirketlerin karşı tarafa sunduğu katımlı sözleşme gibi uygulamaları sonucu kanundan daha istikrarlı hale gelmiştir. Kanun koyucu ise tarafların bu geçici menfaatleri doğrultusunda ekonomik gelişmeler sonucu giderek tek tipleştirilen sözleşme hükümleri karşısında yazılı hukuk kurallarının yetersiz duruma düşmesini engellemeye çalışmaktadır. Bu açıdan sözleşmelerin ekonomik gelişmeleri takip eden istikrarını azaltma amacı ön plana çıkmaktadır⁴¹⁰. Bu noktada sözleşmenin somut olaya uygulanabilirliğini yasanın ödünç almasından bahsedilebilir. Taraflar sözleşme yoluyla kişisel menfaatler arasında denge kurma işlevine sahiptir. Ancak bu dengenin kurulamadığı noktada kanun koyucu devreye girerek taraflar arasındaki dengeyi kurma amacını gerçekleştirmelidir⁴¹¹. Söz konusu amaçlara ulaşma yolu ise sözleşmeye

⁴⁰⁷ Farjat, s. 87 vd., Hage- Chaine, s. 22, Ripert, (1934), s. 351. Ek olarak uluslararası özel hukuk alanında benzer tespitlere ilişkin bkz. Özdemir Kocasakal, s. 12.

⁴⁰⁸ Farjat, s. 51-52.

⁴⁰⁹ Pascal LOKIEC (2004). *Contrat et Pouvoir Essai sur les Transformations du Droit Privé des Rapports Contractuels*, Paris : LGDJ, s. 2, Ripert, (1934), s. 348.

⁴¹⁰ Ripert, (1934), s. 350. Ağır basan pazarlık güçleriyle şirketlerin sözleşmelerini katımlı sözleşme şeklinde sunduğu ve zayıf tarafa karşı sunulan bu sözleşme metinlerinin esasen 'imzala veya bırak' niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Friedrich KESSLER (1943). 'Contracts of Adhesion- Some Thoughts About Freedom of Contract', Columbia Law Review, Vol. 43, s. 632.

⁴¹¹ Taraflar arasındaki dengenin kurulması amacı bakımından modern kanunların daha detaylı ve geçici niteliğe bürünmesine ilişkin bkz. Ripert, (1934), s. 350.

dışarıdan emredici nitelikte bir müdahaleden, diğer bir ifadeyle sözleşme özgürlüğünün ekonomik kamu düzeni adına sınırlandırılmasından geçmektedir.

Kişinin sözleşmede ortaya koyduğu irade, hukuk sisteminin getirdiği kurallara uygun olmakla yükümlüdür. Taraflar, sözleşmedeki karşı edimi ve onun şekli hakkında taleplerini ileri sürer, ancak ifanın iadesini veya ödeme koşullarını belirlemede güçsüz kalabilmektedir. Taraflar ileri sürdükleri taleplerini şekillendirmede özgür iradelerini tükettiği noktada kanun koyucu, ekonomik kamu düzenine uygun olarak bu talepleri yerine getirme yetkisini kullanır. Sözleşmeler günümüzde sadece kamusal bir konuyu ihlal etmesinden dolayı değil, ekonomik düzeni bozucu bir hüküm getirmesinden dolayı da geçersiz kılınabilir. Ekonomik kamu düzeninin emredici kuralları, kişinin iradesinden önce dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla kişinin menfaati veya talebi doğrultusunda, örneğin kelepçeleme sözleşmesi ile hukuki ilişkilerin belirsizliği ve mevcut boşluklarından faydalanarak sözleşmenin karşı tarafını kendine bağlama hakkı bulunmamaktadır⁴¹².

Kanun koyucu, sözleşmeye uygulanacak kuralları tarafların ortak iradesi ve öngörülebilir menfaatlerine değil; yönlendiren, emredici niteliğe sahip toplumun genel ihtiyaçlarına bakarak belirleme yükümlülüğü altındadır. Sözleşme özgürlüğünün ekonomik kamu düzenini koruma amacıyla sınırlandırılmasına ilişkin olarak *RIPERT*'in tespitlerini göz önünde tutmak yerinde olacaktır⁴¹³; "*Ticaret fazlasıyla canlı ve gelişmiş olduğunda tüketiciler; ticaret hayatı durgunlaştığında tacirler, hukuk düzeninden koruma talebinde bulunmaktadır. Özgürlük artık kaos ve karışıklığın kaynağı olarak görülmektedir. Devletten ekonomik düzenin kurulmasını talep eden bizler, bu düzen sürdükçe sözleşme özgürlüğünden fedakârlıklar yapmaya hazır olacağız.*"

2.3 İşlem Güvenliğinin Korunması

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir diğer nedeni, hukuk güvenliği ilkesinin Medeni Hukuktaki yansıması olan işlem güvenliğinin korunmasıdır. 1982 Anayasasının 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi gereğince, yürürlükte olan yasa kurallarına göre kazanılmış haklara saygı duyulması esas olmalıdır⁴¹⁴. Bir hukuk

⁴¹² Ripert, (1934), s. 348.

⁴¹³ Ripert, (1934), s. 349.

⁴¹⁴ Ayrıca kira sözleşmesinde zayıf taraf olan kiracının korunması gereğinin kamu düzeninden ileri geldiğinin altını çizen bu karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 20.05.1998, E. 1998/10, K.1998/ 18, RG T.12.12.1998, S. 23551. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/25fbda72-495a-4776-8c7a-7d5e2ec3bd8d?excludeGereke=False&wordsOnly=False> (Son Erişim Tarihi: 16.01.2018).

devletinde öncelikli şekilde korunan hukuk güvenliği ilkesi ise, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü açısından önemlidir. Hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi, kazanılmış hakların korunması ve yasaklayıcı hükümlerin geçmişe etkili kılınmaması unsurlarına ve hukuk kurallarında belirlilik ilkesine riayete bağlıdır⁴¹⁵. Hukuk güvenliği ilkesi kapsamında kazanılmış hakların korunması, hak güvenliğini gündeme getirmektedir. Medeni hukuka baktığımızda ise aralarında yaptıkları hukuki işlemin geçerliliğine kişilerin duyduğu güvenin korunması gerekir. Bu amacın sağlanması için sözleşmede bir beyanın içeriği hakkında tarafların uzlaşmadıkları noktada güven ilkesi gereğince yorumlanması ya da hukuki bir görünüm yaratan kişinin buna güvenerek, iyiniyetle işlem yapan üçüncü kişiler karşısında hukuk düzeninin görünümüne bağladığı sonuçlara katlanması (etkili görünüm teorisi) gibi uygulamalar söz konusudur⁴¹⁶. Ayrıca işlem güvenliğinin korunması, ticari hayatta piyasanın etkin bir şekilde işlemesine devam edebilmesi ve bunun garanti altına alınması için gereklidir⁴¹⁷. Bu bağlamda işlem güvenliği, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ile korunan hukuki değerler arasındadır.

İşlem güvenliğinin korunmasına amacıyla sözleşme özgürlüğüne sınırlama getiren düzenlemeler çoğunlukla eşya, aile ve miras hukuku alanında bulunmaktadır. İşlem güvenliğinin korunması adına sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması denince akla ilk olarak tarafların sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğünün emredici hukuk kurallarıyla kısıtlanması gelmektedir. Söz konusu emredici hükümler kapsamında sözleşmenin geçerlilik şekli olarak tarafların belirli bir şekil şartına uyması aranır. Genel hüküm niteliğindeki TBK md.12/ f.1 dışında kanunun belirlediği sözleşmelere ilişkin çeşitli kanunların veya TBK'nun özel hükümlerinde şekil şartı öngörülebilir.

İşlem güvenliğinin korunması amacıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir diğer yolu, sözleşmenin konusunun sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri gereği kanunda belirtilmesidir. Örneğin, eşya hukukunda bir mal üzerinde aynı hak tesisi için yapılan hukuki işlemlerde söz konusu aynı hakkın kanunda belirtilmiş olması şarttır. İşlem güvenliği ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının şekil konusuyla yakından bağlantılı olarak birlikte ele alınabileceği bir diğer örnek, taşınmaz mallar, motorlu taşıtlar, gemiler vb. gibi belirli mallar hakkında başta aynı haklar olmak üzere güncel bilgilerin işlendiği

⁴¹⁵ Turgut TAN (2015). *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 71.

⁴¹⁶ Pierre TERCIER (2004). *Le Droit des Obligations*, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Zürih: Schuthess, s. 109.

⁴¹⁷ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 171.

sicillere yapılan tescil, terkin, şerh gibi kayıtlardır. Bu sicillerin açıklık ilkesi, sicillere duyulan güvenin korunması hak ve işlem güvenliği açısından önem arz etmektedir⁴¹⁸.

3. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Sınırları

3.1. Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin 6098 sayılı TBK md. 26'da ancak kanunda belirtilen sınırlar dahilinde kullanılabileceğinin düzenlenmesiyle birlikte md. 27'ye göre; *'Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.'* Bu hükümde sözleşmelerin bahsedilen temel özgürlükler dışında hangi durumlarda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı düzenlenmiştir. Hukuk düzenince korunan değerlerin sözleşmeler yoluyla zarar görmemesi için kanun koyucu, söz konusu kavramlara aykırılık halinde sözleşmenin tamamen veya kısmen herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağını hüküm altına almıştır.

TBK md.27'de yer alan kavramlar esasında sözleşme özgürlüğünün sınırları denince akla ilk gelenlerdir. Burada kanun koyucu, sözleşme özgürlüğünü negatif bir şekilde, taraflardan herhangi bir beyan veya davranış beklemezsiniz geçersiz kılarak ve yasaklama getirerek sınırlar. TBK md. 27 hükmü, diğer kanun hükümlerindeki emredici hükümler dışında sözleşme özgürlüğünü sınırlayan genel kuraldır.⁴¹⁹ Doktrinde emredici hükümlere aykırılık, hukuka aykırılık olarak daha geniş bir başlık altında değerlendirilir. Gerçekten de sözleşme hükmünde bir hukuk normuna aykırılık, aynı zamanda genel ahlaka, kamu düzenine veya kişilik hakkına aykırılık olduğu zaman söz konusudur; çünkü bu durumda taraflarca göz ardı edilen norm, yani kanun hükmü emredici niteliktedir⁴²⁰. Çalışmamızda hukuka aykırılığı kamu düzeni kavramı çerçevesinde değerlendireceğimiz için sözleşme özgürlüğü ilkesinin hukuki işlemi geçersiz kılan sınırlamalarını kanun hükmünün lafzına bağlı kalarak inceleyeceğiz.

Diğer yandan sözleşme özgürlüğünün kanun hükümlerince sınırlandırılması, kimi zaman bir kişinin belirli bir konuda sözleşme yapmakla yükümlü olması, kimi zaman da

⁴¹⁸ Lale SİRMEN (1978). *Medeni Kanun'un 917. Maddesine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi*, AÜHFĐ, C. 35, S. 1, s. 498.

⁴¹⁹ Tercier (2004), s. 213, Belen, s. 92, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 371.

⁴²⁰ Eren, s. 336, Kılıçoğlu, s. 105, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 84, Reisoğlu, s. 134, Hatemi/ Gökayla, s. 73, Ayan, s. 137.

daha önce kurulmuş bir sözleşmenin içeriğinin tarafların bir beyan veya davranışta bulunmaksızın değiştirilmesi yoluyla söz konusu olabilir. Bu gibi durumlar, çalışmamız kapsamında sözleşme özgürlüğü ilkesinin hukuki işlemi ayakta tutma ilkesine yönelik sınırları şeklinde adlandırılmaktadır. Bunları, sözleşme yapma zorunluluğu ve tarafların sözleşmenin uyarlanmasını talep hakkını içeren aşırı ifa güçlüğü kavramı ile ilgili TBK md. 138 hükmü olarak sıralayabiliriz. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını ele alırken önce hukuki işlemi ayakta tutma ilkesine yönelik sınırlarına, daha sonra ise TBK md.27’de yer alan hukuki işlemi geçersiz kılan sınırlarına ve ek olarak zarar gören tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkı tanıyan aşırı yararlanma ile ilgili TBK md. 28 hükmüne değineceğiz.

3.2. Sözleşme Özgürlüğünün Hukuki İşlemleri Ayakta Tutma İlkesine Yönelik Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün hukuki işlemleri ayakta tutma ilkesine yönelik sınırları kapsamında öncelikle bu sınıflandırmada ölçüt alınan hukuki işlemlerin ayakta tutulması ilkesine kısaca değinmekte fayda vardır. Bahse konu ilke, özel hukukun temelinde yer alan irade özerkliğinin bir uzantısı ya da korunması için getirilmiş bir ilke olarak adlandırılabilir. Sözleşme taraflarının ortaya koyduğu irade beyanlarının hukuken geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması lehine yasal düzenlemelerin öngörülmesi veya mahkemece karar verilmesi hukuki işlemleri ayakta tutma ilkesi gereğidir.

3.2.1. Sözleşme yapma zorunluluğu

Sözleşme özgürlüğü kapsamında hukuki işlemleri ayakta tutma ilkesine dair sınırlamalardan biri olan sözleşme yapma zorunluluğu, esasen kamu hukuku veya özel hukuk kapsamında yer alan açık kanun hükümlerinden ve kişiler arasında yapılan hukuki işlemlerden doğabilmektedir. Bu durumlarda sözleşme özgürlüğünün unsurlarından biri olan sözleşme yapma yapmamaya karar verme özgürlüğü kısıtlanmakta, hukuken geçerli bir sözleşme yapma zorunluluğundan söz konusu olmaktadır.

3.2.1.1. *Yasal düzenlemelerden doğan sözleşme yapma zorunluluğu*

Sözleşme özgürlüğü kapsamındaki sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, kimsenin sözleşme yapmaya zorlanamamasıdır. Ancak bu özgürlüğün istisnaları dürüstlük kuralından, ön sözleşmede olduğu gibi bir hukuki işlemde veya açık bir kanun hükmünden doğabilir⁴²¹. Sözleşme yapma zorunluluğu, bazı kişi veya kurumların hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşme yapma yükümlülüğüdür⁴²². Kendi lehine sözleşme yapma yükümlülüğü getirilen taraf, belirli şartlara sahip olmalıdır. Bunlar belirli kişiler olabileceği gibi toplumu oluşturan herkes de olabilir. Türk hukukunda verilen yaygın örneklerden biri İkinci Dünya Savaşı sırasında kabul edilen ve 1960 yılında yürürlükten kaldırılan 18.01.1940 tarih ve 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu'dur. Bu yasada yer alan konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse, haklı bir sebep olmaksızın mevcut bir malı satışa arz etmemeyi veya satmaktan kaçınmayı yasaklayan hükümler söz konusuydu⁴²³.

Sözleşme yapma zorunluluğunun mevcut olduğu hallerde sözleşme yapmaktan kaçınmak hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılığın iki tür yaptırımını bulunmaktadır. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişiye karşı aynen ifa davası açılarak o kişinin istenilen sözleşmeyi yapmaya zorlanması söz konusu olabilir. Aynen icra yolu dışında bir diğer yaptırım ise sözleşme yapma yükümlülüğü altındaki kişiden uğranılan zararın karşılanması amacıyla tazminat talep edilebilmesidir⁴²⁴.

3.2.1.1.1. *Kamu hukukundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu*

Toplumun hayati ihtiyaçlarını sağlayan ve kamu hizmeti gören kamu kurum ve kuruluşları, bunlara bağlı veya imtiyaz yoluyla bu hizmetleri yerine getiren işletmeler, kanunda açık bir hüküm olmasa dahi sözleşme kurma zorunluluğu altındadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1977 tarihli⁴²⁵ kararında "hizmetten yararlanacak kişinin gerekli şartları taşıması ve hizmetin görülmesinde kanuni ve teknik imkanların

⁴²¹ Kılıçoğlu, s. 76. Sözleşme yapma yükümlülüklerinin kanundan doğrudan veya dolaylı şekilde doğabileceğine ilişkin bkz. Osman GÜRZUMAR (2006). *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 43.

⁴²² Aytekin ATAAY (1986). *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, Birinci Yarı, 4. Bası, İstanbul: Der Yayınları, s.247, Eren, s. 302, Guggenheim (1995), s. 33.

⁴²³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 506, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 194

⁴²⁴ Eren, s. 303.

⁴²⁵ Y. HGK T.13.05.1977 E. 4-1976 K. 480, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1976-4-1976.htm> (Son Erişim Tarihi: 01.12.2017). Ayrıca karara ilişkin bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 506, dn. 5, Eren, s. 306.

bulunması” hallerinin sözleşme kurma zorunluluğunun doğması için gereken şartlar olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bazı mal ve hizmetlerin üretiminde tekel konumunda bulunan kişi veya kurumların sözleşme yapma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilir⁴²⁶. Elektrik, su, doğalgaz, telefon gibi hizmetleri tekellerinde bulunduran kişi ve kurumlara sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü tanındığı takdirde hizmetten yararlananlar sözleşmenin karşı tarafına nazaran zayıf durumundan dolayı hukuki korumaya muhtaç hale gelir. Hizmeti yerine getirme imkânı varsa, hizmetten yararlanan taraf gerekli şartlara sahipse tekel konumundaki kişi ve kurumların sözleşme yapma hususunda herhangi bir özgürlüğünden bahsedilemez. Dolayısıyla bu durumda sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir⁴²⁷. Kamu hukukundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, ayrıca ülkedeki rekabet piyasasını korumak amacıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md.4’de rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar yasağı ile md.6’da hakim durumun kötüye kullanılması yasağı şeklinde belirli şartlar doğrultusunda teşebbüs sahipleri için de getirilmiştir⁴²⁸. Buna ek olarak, Anayasa md. 10 gereği eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında akdedilen sözleşmelerde özellikle cinsiyet ve ırk konularında ayrımcılık yasağının olduğu konularda sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün sınırlandığı ve kamu hukukundan doğan sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı söz konusudur⁴²⁹.

3.2.1.1.2. Özel hukuktan doğan sözleşme yapma zorunluluğu

Özel hukuk alanında sözleşme yapma yükümlülüğü, bazı yasal düzenlemelerde, MK md. 2 gereği dürüstlük kuralına aykırı durumlarda, umuma açık yerlerdeki işletmeler ve son olarak tekel konumundaki işletmeler için tanınmıştır⁴³⁰. Özel hukukta kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğuna tipik örnek, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun md. 6 hükmüdür. Buna göre, vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir

⁴²⁶ Guillod/ Steffen, s. 190, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 190, Kılıçoğlu, s. 76.

⁴²⁷ Engel, s. 101, Kocayusufoğlu, s. 506. Bu halde sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak MK md. 2 kapsamında dürüstlük kuralının kabul edildiği görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 76.

⁴²⁸ Gürzumar, s.40-41, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 191.

⁴²⁹ Guillod/ Steffen, s. 192, Engel, s. 102.

⁴³⁰ Guillod/ Steffen, s. 190, Engel, s. 100, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 192. Ayrıca Türk hukuku içtihadı kapsamında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2003 yılında verdiği bir kararda sözleşme yapma zorunluluğunun somut olayda eczaneler ile kamu kurumu olan belediyeler arasında mevcut olduğuna ilişkin bir örnek için bkz. Y. HGK., E. 2003/4-693, K. 2003/ 740, T. 10.12.2003. www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Söz konusu hüküm fiyat göstermeden mal sergilenmesi veya tarife listesi ya da benzerlerinin gönderilmesini genele öneri sayan TBK md. 8/ f. 2'den farklıdır. Tüketici karşısında satıcının fiyat (satış bedeli) gösterme şartı aranmadığı için genel öneride bulunacağı değil, sözleşme yapma yani tüketiciden gelen öneriyi kabul zorunluluğu vardır⁴³¹. Bir diğer yasal örnek ise 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu md. 5/ f. 6 hükmüdür. Taşıma hizmeti veren işletmeler ile yolcular arasında ikinci grup lehine getirilmiş bir sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. Kabul edilebilir bir neden olmaksızın veya zorunlu haller dışında taşımacılar taşıma hizmetini yapmaktan kaçınamaz ve bu hizmetten herkesin yararlanmasını sağlamak zorundadır.

Umuma açık yerlerde, örneğin otel, lokanta, sinema vb. işletmeleri işletenler haklı bir sebep bulunmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamaz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ülkedeki posta idaresinin sözleşme yapma zorunluluğunun incelediği 2002 tarihli kararında⁴³² söz konusu zorunluluğun açık bir kanun hükmüne dayanması gerekmediği, genel ahlaka aykırı davranışların yasaklanması gibi özel hukuk ilkesinden de bu zorunluğun doğabileceğini belirterek, buna ilişkin birtakım şartlar getirmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, ilk olarak, işletmede mal ve hizmetlerin kamuya sunulması, daha sonra, kişilerin, yalnızca hayati değil, günlük ihtiyaçlarına yönelik mal ve hizmetlerin varlığı, üçüncü olarak, işletmenin piyasadaki güçlü konumu nedeniyle kişinin normal ihtiyaçlarını başka yollarla karşılamasının kendisinden beklenememesi ve son olarak objektif bir haklı nedenin ileri sürülememiş olması şarttır⁴³³.

Ayrıca tekel durumunda olan işletmelerin de aynı şekilde haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmayacağı kabul edilmektedir⁴³⁴. Ancak doktrinde özellikle tekel durumundaki işletmelerin sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı noktasında farklı görüşler belirtilmiştir. Birinci görüşe göre, tekel durumundaki işletmenin haklı bir nedene dayanmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınması MK md.2 gereği dürüstlük kuralına aykırıdır. Tekel durumu ister kamu hukukundan doğan bir imtiyazla ya da fiilen edinilmiş olsun bu şekilde sözleşme yapmaktan kaçınma hali hakkın

⁴³¹ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 191, Kocayusufpaşaoğlu, s. 521 vd.

⁴³² Söz konusu İsviçre Federal Mahkemesi kararının tamamı için bkz. ATF 129 II 35, JdT 2003 I 27, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/3a0edc97-bfe7-4d3d-ae5d-9abc5c6bd936/casepub/94928514> (Son Erişim Tarihi: 25.04.2019).

⁴³³ Guillo/ Steffen, s.191, N. 43a, Engel, s. 100-101.

⁴³⁴ Guillo/ Steffen, s 192, N. 47.

kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir⁴³⁵. İkinci görüşe göre, fiili tek el durumundaki işletmenin sunduğu mal veya hizmetlere ilişkin bir sözleşme yapma zorunluluğu yoktur. Ancak haklı sebep göstermeden sözleşmeden kaçınma TBK md.49/ f.2 kapsamına girebilecek bir ahlaka aykırılık hali olarak kabul edilmeli ve işletme aleyhine bir tazminat borcu doğmalıdır⁴³⁶. Üçüncü görüş ise, ahlaka aykırı fiilden doğan tazminat davalarındaki kusur ve zarar ispatı yükünden karşı tarafı kurtarmak amacıyla MK md.24 ve md.25 uyarınca kişilik hakkının ihlali nedeniyle saldırıya son verilmesi veya saldırının önlenmesi davasının açılmasını savunur⁴³⁷. Dördüncü ve karma görüşe göre⁴³⁸, somut olayda sözleşme yapmaktan kaçınma hali kişilik hakkına tecavüz niteliğinde ise saldırının sona erdirilmesi veya önlenmesi davası açılabilir. Olayın özelliği gereği sözleşmeden kaçınma ahlaka aykırı fiil olarak nitelendiriliyorsa karşı taraf, TBK md.49/ f.2 gereği tazminat talebinde bulunabilir. Ayrıca Alman hukukunda yaygın görüş uyarınca⁴³⁹ ahlaka aykırı davranış kanunen bir tazminat yaptırımına bağlanmışsa örtülü olarak bu davranışın yasaklandığı kabul edilmelidir. Bu nedenle karşı tarafın yasaklanan davranış olan sözleşme yapmaktan kaçınma sonucu açılan davada tazminat talebi yerine veya onla birlikte aynen ifayı talep edebilir. Karma görüşe göre somut olay kişilik hakkına tecavüz ve ahlaka aykırılığa girmiyorsa ikincil ilke olan hakkın kötüye kullanılması yasağı gündeme gelmeli ve sözleşme yapma zorunluluğu MK md. 2'ye dayanmalıdır.

3.2.1.2. Ön sözleşmeden doğan sözleşme yapma borcunun niteliği

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 29 hükmünde ön sözleşme veya diğer adıyla sözleşme yapma vaadini düzenlemiştir. Tarafların birbirilerine veya birinin diğerine ileride karşı taraf ya da üçüncü bir kişiyle borç sözleşmesi yapma taahhüdü altına girdiği sözleşmeye ön sözleşme, diğer bir adıyla sözleşme yapma vaadi denir⁴⁴⁰. Ön sözleşme ile ileride bir borçlandırıcı işlem yapma taahhüdü altına girilmelidir. Eğer sonradan yapılacak işlem bir tasarruf işlemi ise, öncesinde yapılan borçlandırıcı işlem ön sözleşme

⁴³⁵ Gürzumar, s. 53, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 192.

⁴³⁶ Eren, s. 304, Tekinay/Akman/ Burcuoğlu, s. 365.

⁴³⁷ Haluk TANDOĞAN (2010b). *Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet*, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 245 vd.

⁴³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 513.

⁴³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 513, dn. 22.

⁴⁴⁰ Ariane MORIN (2012). *Art. 22 Code des Obligations I Commentaire Romand*, Ed.: Luc Thévenoz / Franz Werro, 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag, s. 215, Engel, s. 181, Kocayusufpaşaoğlu, s. 100, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 194, Eren, s. 311.

değil, asıl sözleşmedir. İleride tasarruf işlemi yapma borcu taahhüt edildiğinde, örneğin bir tasarruf işlemi olarak kişi alacağını başkasına devretme borcu altına girdiğinde alacağın devri vaadi ön sözleşme değil, başlı başına bir borç sözleşmesidir. Ön sözleşmenin diğer şartlarına bakmak gerekirse, asıl sözleşmenin konusu belirlenebilir ve asıl sözleşmenin tabi olduğu şekil şartına uygun olmalıdır⁴⁴¹.

Ön sözleşmenin artık günümüz hukuk düzeninde ödünç, saklama gibi sözleşmelerin reel sözleşme olmaktan çıkmasıyla birlikte tarihsel açıdan reel sözleşmelerin geçerli olduğu dönemde kazandığı önemin yok olduğu, bu nedenle gerekli olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Günümüzde rızai sözleşmeler düzenlendiği için ön sözleşmenin özellikle her iki tarafın da sözleşme yapma taahhüdü altına girmesi durumunda anlamı kalmayacağı savunulsa da edim konusunun ayrıntılarıyla henüz belirlenmediği, ilerideki hal ve şartlara göre taraflarca gözden geçirilme isteğinin var olduğu durumlar ön sözleşmeyi anlamlı kılar⁴⁴².

Sözleşme yapma zorunluluğunun yasal düzenlemeler dışında hukuki işlem yoluyla doğmasının başlıca örneği olan ön sözleşme uyarınca eğer borçlu taahhüt ettiği sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa alacaklı, asıl sözleşmeyi kurma borcunun ifasını veya ifanın gerçekleşmemesi halinde oluşan zararın tazminini dava yoluyla talep eder⁴⁴³. Açılacak eda davasında davacı aynen ifa talebinde bulunacağı ve hâkimin kararı borçlunun asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı yerine geçeceği kabul edilmektedir. Söz konusu dava talebi, usul ekonomisi ve pratikliğin sağlanması bakımından asıl sözleşmenin kurulmasının yanı sıra asıl sözleşmeden doğan borcun alacaklıya ifası talebini de içermelidir⁴⁴⁴. Bu şekilde mahkeme, asıl sözleşmenin kurulmasına ve bu sözleşmeden doğan borcun ifasına karar verebilir. Aksi yönde bir çıkarım bizi alacaklının mahkeme kararı ile kurulan sözleşmenin ifası için ikinci bir dava açması gibi hoş olmayan bir sonuca götürecektir. Türk hukukunda taşınmaz satış vaadi ile ilgili Yargıtay da benzer sonuca varmış ve mahkeme kararının sözleşme yapmaya yanaşmayan borçlunun beyanı yerine geçerek asıl sözleşmenin kurulması ile birlikte doğrudan doğruya taşınmaz mülkiyetinin MK md.716 uyarınca alacaklıya geçeceğine hükmetmiştir⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Morin A., s. 216, Engel, s. 183, Kocayusufpaşaoğlu, s. 105, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 196, Eren, s. 312.

⁴⁴² Morin A., s. 218, Engel, s. 182, Kocayusufpaşaoğlu, s. 101, Eren, s. 310.

⁴⁴³ Morin A., s. 219, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 196, Eren, s. 313, Karabağ Bulut, s. 126.

⁴⁴⁴ Engel, s. 182, Kocayusufpaşaoğlu, s. 107, Eren, s. 314.

⁴⁴⁵ Y. İBGK. T. 25.10.1971 E.1970/1 K.1971/2, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/ibgk-1970-1.htm>
Y. HGK. T. 08.12.2004 E. 2004/14-610, K. 2004/656 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2004->

3.2.2. Aşırı ifa güçlüğü durumunda sözleşmenin uyarlaması

6098 sayılı TBK md. 138 hükmü⁴⁴⁶ ile yasal bir düzenlemeye kavuşan aşırı ifa güçlüğü kavramı, imkânsız olmayan bir edimin ifasının borçludan talep edilmesi durumunda borçlunun söz konusu ifa nedeniyle katlanacağı fedakârlık ile bunun karşılığında elde edeceği karşı edim arasında aşırı bir orantısızlık bulunmasıdır⁴⁴⁷. Sözleşmenin değişen hal ve şartlara göre uyarlanması (*clausula rebus sic stantibus*), bu yolla tarafların edimleri arasındaki orantısızlığın giderilmesi ile ‘ahde vefa’ olarak da bilinen sözleşmeye bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir⁴⁴⁸. Bu noktada TBK md. 138 hükmünün düzenlenmesiyle sözleşme adaletinin değişen hal ve şartlar söz konusu olsa dahi korunması, yani sözleşme şartların değişmesi, işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde adalet duygusu ve dürüstlük kurallarına dayanarak uyarlamanın kabulü söz konusudur⁴⁴⁹.

İşlem temelinin çökmesi, taraflarca önceden kestirilemeyecek durum ve koşullar nedeniyle sözleşmenin temelini oluşturan olgularda köklü bir değişiklik meydana gelmesidir⁴⁵⁰. Örneğin, savaş, kıtlık, doğal afet gibi durumlardan dolayı sözleşme konusu edimin satışına kota getirilmesi ya da dövizle ödenmesi kararlaştırılan faiz borcunun döviz kurundaki aşırı yükseliş nedeniyle öngörülmeleyen miktarlara fırlaması böyledir.

[14-610.htm](#) (Son Erişim Tarihi: 05.12.2017). Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 108, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 196, Eren, s. 315.

⁴⁴⁶ TBK md. 138 hükmü aşırı ifa güçlüğü konusunda genel bir hüküm olup, kanun koyucu ayrıca götürü bedelli eser sözleşmeleri için md. 480/ f. 2 hükmü ile özel bir hüküm getirmiştir. Yüklenici, sözleşmede taraflarca belirlenen götürü ücret miktarını öngörülemeyen durumlar sonucu aşacak eser yapım masrafları ile karşılaşmışsa, genel hüküm olan md. 138 ile paralel olarak hâkimden sözleşmenin uyarlamasını talep etme, uyarlama mümkün değilse veya karşı taraftan beklenmiyorsa sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

⁴⁴⁷ Başak BAYSAL (2017). *Sözleşmenin Uyarlanması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 203, Malaurie/ Aynés/ Stoffel- Munck, s. 404, N. 758, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 233, Eren, s. 481.

⁴⁴⁸ Bénédicte WINIGER (2012). *Art.18, Code des Obligations I Commentaire Romand*, Ed.: Luc Thévenoz / Franz Werro, 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag, s. 175, Tobias LUTZI (2016). *Introducing Imprévision into French Contract Law- A Paradigm Shift in Comparative Perspective*, The French Contract Law: a Source of Inspiration?, Ed.: S. Stijns/ S. Jansen, Cambridge: Intersentia, s. 91, Engel, s. 786, Carbonnier (2004), s. 2180.

⁴⁴⁹ Winiger, s. 179, N. 211, Engel, s. 792, Eren, s. 482, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 203. TBK md. 138’de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü kavramının mülga 818 sayılı BK döneminde MK md.2’deki dürüstlük kuralına dayanılarak aynı sonuca ulaşılmaya çalışıldığına ilişkin bkz. M. Kemal OĞUZMAN, Nami BARLAS (2016). *Medeni Hukuk- Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 22. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 301.

⁴⁵⁰ Rona SEROZAN (2014). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. III, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 265, Baysal, s. 215 vd, s. 236.

Borçludan sonuçları yüklenmesi beklenemeyecek kadar büyük ölçüde edimlerin dengesinin bozulması, öngörülemeyen olağanüstü bir durumdan kaynaklanmalı, borçlunun bu durumun oluşmasında kusuru olmamalıdır⁴⁵¹. Son olarak, edimler henüz ifa edilmemiş veya md.138'den doğan hakkını saklı tutarak ifa edilmiş olmalıdır⁴⁵². Bu gibi durumlarda borçlu, mahkemeye başvurarak hâkimden öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir, uyarılama mümkün değilse sözleşmeden dönme, sürekli edimli sözleşmelerde ise fesih hakkını kullanabilir. Hâkim, uyarılama talebi karşısında sözleşmenin içeriğini, örneğin uyarılama talep edenin karşı edimi olan para ediminin arttırılması ya da ifası aşırı güçleşen edimin miktarının azaltılması şeklinde değiştirilmesi, sözleşme süresinin uzatılması veya kısaltılmasına⁴⁵³ karar verebilir. Diğer yandan hâkimin sözleşmenin sona erdirilmesine⁴⁵⁴ veya aynen korunmasına karar vermesi de mümkündür⁴⁵⁵.

Sözleşme özgürlüğünün hukuki işlemi ayakta tutma ilkesine yönelik sınırlandırılma hallerinden biri, bu noktada borçlunun talebi ile hâkimin sözleşmeyi değişen koşullara uyarılama yetkisidir. Sözleşme adaletinin sağlanması amacına ulaşılmasına ilişkin olan bu çözüm, sözleşme özgürlüğünün belirli şartlar altında sınırlandırılması örneğini teşkil etmektedir. Ancak bu konuda gözden kaçırılmaması gereken noktalar da mevcuttur. Sözleşmenin aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlanması talebi karşısında öncelikli olan değişen şartlara uygun şekilde sözleşme içi dengenin yeniden sağlanması ve bu yönde sözleşmenin uyarlanmasıdır⁴⁵⁶. TBK md. 138 hükmünün dürüstlük kuralı temelli olması nedeniyle gündeme gelecek olan ölçülülük ilkesi içerisinde sözleşmeye yapılacak müdahalenin orantılı olması ve dolayısıyla öncelikle sözleşmenin uyarlanması yolunun denenmesi gerekmektedir⁴⁵⁷. Vurgulanması gereken bir diğer nokta ise, sözleşme özgürlüğünün sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik sınırlarından saydığımız TBK md. 138 hükmünün taşıdığı amacın açık bir şekilde belirtilmesi olacaktır. Söz konusu hüküm, sözleşmeye bağlılık ilkesinin tarafların

⁴⁵¹ Winiger, s. 176, Malaurie/ Aynés/ Stoffel- Munck, s. 409, Dissaux/ Jamin, s. 39.

⁴⁵² Eren, s. 485, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 206, Serozan, *Borçlar Genel*, s. 272, Baysal, s. 206.

⁴⁵³ Winiger, s. 179, N. 212, Dissaux/ Jamin, s. 41.

⁴⁵⁴ Baysal, s. 380 vd.

⁴⁵⁵ Eren, s. 486-487, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 207-208.

⁴⁵⁶ Malaurie/ Aynés/ Stoffel- Munck, s. 406, N. 760, Dissaux/ Jamin, s. 39, Baysal, s. 372. İsviçre Federal Mahkemesi'nin hakimin sözleşmeyi uyarlamasının her iki tarafın da sözleşmeye devam etme iradesini gösterdiği ya da sözleşmede bir revizyon yapılması yönünde açık veya örtülü bir irade beyanında bulunduğu halde mümkün olduğuna dair eski tarihli kararları için bkz. Engel, s. 794.

⁴⁵⁷ Serozan, *Borçlar Genel*, s. 272, Baysal, s. 374.

iradelerinden ziyade sözleşmesel yükümlülüklerin ağırlığının aynı kalması gayretine ve sosyal açıdan korunması gereken taraftan beklenebilecek özverinin aşılması, sözleşme içi ekonomik dengede objektif nitelikte eşitsizliğin oluşması halinde bunlara müdahalesine yönelik ortaya konmasını amaçlamaktadır⁴⁵⁸.

3.3. Sözleşme Özgürlüğünün Hukuki İşlemi Geçersiz Kılan Sınırları ve TBK md. 27 Çerçevesinde Kamu Düzeni

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin hukuki işlemi geçersiz kılan sınırlarını incelemeye geçmeden önce doktrinde TBK md. 27/ f. 1 hükmünün hukuken nasıl yorumlanması gerektiği hakkında yaşanan tartışmalara değinilmesi gerekmektedir. Bir görüş⁴⁵⁹, söz konusu hükümde geçen ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları gibi kavramların ayrı birer sınırlama oluşturmadığını, ancak bir kanun hükmünün hangi durumda emredici nitelikte sayılacağını göstermek üzere madde metninde yer aldığını savunur. Bu doğrultuda bir kanun hükmünün emredici olup olmadığı doğrudan anlaşılamiyorsa bu hükme aykırılık aynı zamanda genel ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına da aykırı bir durum yaratıp yaratmadığına bakılmalıdır. *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU*, bu görüşün Türk hukukunda kabul edilemeyeceğini; çünkü kavramların ‘emredici hükümler’ ile birlikte eşit düzeyde sınırlama kıstası olarak maddede düzenlendiğini haklı olarak belirtmektedir⁴⁶⁰.

Doktrindeki karşıt görüş ise⁴⁶¹, söz konusu kavramların her birinin sözleşme özgürlüğü ilkesine set çekmek üzere kanuna konulan sınırlar olduğunu savunmaktadır. Belirtilen kavramlar, emredici hükümlerin belirlenmesi için değil, sözleşme özgürlüğünün alternatif sınırlarını oluşturacak şekilde yorumlanmalıdır. Sözleşme, birbirinden ayrı olarak kanuna veya kanunun emredici hükümlerine, ahlaka veya kamu düzenine ya da kişilik hakkına aykırılık taşıyorsa sözleşme özgürlüğünün sınırları aşılmış olup kesin hükümsüzlük yaptırımı devreye girecektir. Çalışmamızın bu noktasında 818

⁴⁵⁸ Engel, s. 787, s. 792, Serozan, *Borçlar Genel*, s. 276, Baysal, s. 11.

⁴⁵⁹ Fahri Erdem KAŞAK (2019). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 108-109, Hatemi, s. 36, Eren, s. 320, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 83-84, Karabağ-Bukut, s. 11, Kırkbeşoğlu, s. 149-150.

⁴⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 530.

⁴⁶¹ Maria Rosaria MARELLA (2006). “*The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*”, ERCL, Vol. 2, S. 2, s. 258, Hayriye ŞEN DOĞRAMACI (2010). *Çerçeve Sözleşmeler*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 29, Guilloid/ Steffen, s. 195, N. 66, Tercier/ Pichonnaz, s. 164, Yenisey, s. 157, Zuffrey-Werro, s. 65.

sayılı mülga BK md.19/ f.2 ve md.20/ f.1 hükümleri arasındaki uyumsuzluk 6098 sayılı TBK md. 26 ve md. 27/ f. 1’de aşıldığı için hükümde yer alan her bir sınırlamayı ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz. Bu incelememiz esnasında TBK md. 27 kapsamında bir üst kavram olan hukuka aykırılığa da değinilmesi faydalı olacaktır. Ayrıca bağımsız sınırlama sebepleri içinde kamu düzeni ile hukuki bağlarının belirlenmesi gerekli olanların, başta ahlaka aykırılık olmak üzere, söz konusu kavram ile ilişkisinin ortaya çıkarılması, çalışmamız bakımından önem taşımaktadır.

3.3.1. Hukuka aykırılık kavramı

Sözleşme özgürlüğünün kapsamında yer alan sözleşmenin konusunu belirleme ve içeriğini düzenleme özgürlüğünün birincil sınırlaması hukuka aykırılıktır. Bir hukuki işlemin, çoğunlukla bir sözleşmenin, içerdiği hak ve borçlar itibariyle hukuk düzeninin emredici bir normu ile ters düşmesi halinde hukuka aykırılık söz konusu olur⁴⁶². Hukuka aykırılık, üç farklı kapsamda ele alınmıştır. Dar anlamda hukuka aykırılık, kişilerin mal veya şahıs varlığı değerlerine zarar verici müdahalelerden koruma amacıyla belirli bir davranış normu getiren kuralın ihlal edilmesidir. Bu hukuka aykırılık türü, haksız fiil sorumluluğunu doğuran TBK md.49 hükmü ile özdeşleşmiştir. Geniş anlamda hukuka aykırılık, belirli bir davranış zorunluluğunu getiren normun ihlal edilmesidir. Örneğin, yolun sol tarafında arabayı sürmek hukuka aykırı bir davranıştır. En geniş anlamıyla hukuka aykırılık ise, emredici bir hükmü ihlal eden ve TBK md. 27 uyarınca kesin hükümsüz kılınan hukuki işlem ile sözleşme özgürlüğünün sınırının aşılmasıdır⁴⁶³.

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin yazılı veya yazılı olmayan, objektif kurallarına aykırılık anlamına gelmektedir⁴⁶⁴. Bu açıdan bir sözleşme içeriğinin hukuka aykırı olup olmadığını belirlerken hukuk düzeninde yer alan tüm kuralların göz önüne alınması gerekmektedir⁴⁶⁵. Bu konuda objektif kural ve subjektif kural ihlali bakımından yapılan ayırım dikkat çekmektedir⁴⁶⁶. Objektif kuralın ihlali ile hukuka aykırılığın oluşması, sözleşme ilişkisinde tarafların ortak iradeyle koyduğu kuralların ihlalinin bu kavramın

⁴⁶² Guillod/ Steffen, s 194-195, Gauch/ Schluop/ Tercier, s. 85, Bucher, s. 113, Hatemi, s. 35, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 225, Eren, s. 318, Ataay, s. 251.

⁴⁶³ Henri DESCHENAUX/ Pierre TERCIER (1982). *La Responsabilité Civile*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Bern: Édition Staempfli& Cie SA, s. 68, Ateş (2007a), s. 145.

⁴⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 536.

⁴⁶⁵ Eren, s. 318.

⁴⁶⁶ Deschenaux/ Tercier, s. 68.

kapsamına girmeyeceği anlamına gelmektedir. Örneğin, kişinin önceki bir sözleşmede elde ettiği hakkı ihlal eden başka bir sözleşme hukuka aykırı kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla sözleşme taraflarından birinin başkalarıyla sözleşme yapmama yükümlülüğü altına girmesine rağmen, verilen bu taahhüde aykırı şekilde, bir nevi sözleşmeden doğan yasağı ihlal ederek yaptığı ikinci sözleşme hukuka aykırı olmayacaktır⁴⁶⁷.

TBK md. 27 uyarınca hukuka aykırılık kavramının kapsamına emredici kurallara, kişilik hakkına, ahlak ve kamu düzeni kurallarına aykırılık halleri girdiği kabul edilmektedir. Ahlak kurallarına aykırılık kavramı bu bağlamda farklı bir konumdadır. Söz konusu maddede yer alan ahlaka aykırılık, hukuka aykırılık kapsamında giderilemeyen sözleşmeden doğan adaletsizliklerin giderilmesi görevi üstlenen bir sözleşme özgürlüğü sınırı olarak kabul edilmelidir⁴⁶⁸. Nitekim genel ahlak kurallarının doğduğu, bir üst değeri ifade eden etik kavramının hukuk kavramından daha geniş olması nedeniyle hâkimin kararında hukuka aykırılığın somut niteliği önceliklidir. Ahlaka aykırılığın uygulanması, bu nedenle hukuka aykırılığa göre daha tali niteliktedir⁴⁶⁹.

Öğretide emredici nitelikteki, kişilik haklarını veya kamu düzenini koruyan kurallara aykırılık hallerini kapsayan bir üst kavram olarak hukuka aykırılık kullanılmaktadır⁴⁷⁰. Ancak hukuka aykırılığın üst kavram olarak belirlenmesinde yazılı-yazılı olmayan kural ayrımı dikkate alınmalıdır. Kanunun emredici hükümlerine aykırılığın *kanuna aykırılık*, emredici nitelikte, kişilik hakkını ve kamu düzenini koruma niteliğine sahip, yazılı olmayan kurallara aykırılığın *hukuka aykırılık* olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁴⁷¹.

Genel olarak, sözleşmelerde hukuka aykırılığın dört farklı şekilde gerçekleştiği tespit edilmiştir. Hukuk düzeninde doğrudan bir sözleşmenin yapılması yasaklanabilir. Diğer yandan tarafların edimlerine ilişkin düzenlemeler açısından bir yasaklama da söz konusu olabilir. İlk duruma örnek olarak, TBK md. 115/ f. 2 gereği kast veya ağır ihmalden dolayı ya da md. 116/ f. 3 uyarınca uzmanlık gerektiren, yasal izinle

⁴⁶⁷ Engel, s. 192, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 397, Zufferey-Werro, s. 100.

⁴⁶⁸ Rona SEROZAN (2017). *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, 7. Bası, İstanbul: Vedat Yayınları. s. 378. Ayrıca “*de lege ferenda*” diğer bir ifadeyle olması gereken hukuka ilişkin toplumun birlikte yaşama ve gelişimine yönelik bir hukuk düzeni yaratma amacına ulaşıldığında hukuk kurallarının yaptırımı tabi birer ahlak kuralı olduğu, bu nedenle de ‘şekli açıdan’ hukuka aykırılığı ahlaka aykırılık ile eş tutan görüş için bkz. Hatemi, s. 33-34.

⁴⁶⁹ Zufferey-Werro, s. 108-109, Ateş (2007a), s. 151.

⁴⁷⁰ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 228, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 395, Ateş (2007a), s. 152.

⁴⁷¹ Ateş (2007a), s. 152.

yapılabilen hizmetlerde yardımcı kişilerin fiillerinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Böylece bu anlaşmalar hukuk düzenince yasaklanmıştır⁴⁷². İkinci olarak taraflar sözleşmedeki edimleri özellikle Ceza Kanunu hükümlerince suç teşkil eden bir fiil olarak belirleyemez. Adam öldürme edimi içeren hizmet sözleşmesi, sahte para basma edimi içeren eser sözleşmesi böyledir⁴⁷³. Bu iki hukuka aykırılık hali arasında pratik açıdan bir fark bulunmamaktadır. Zira ilk durumda sözleşmenin kendisi yasaklanırken, ikinci durumda ise sözleşmede yer alan edimlerin hukuka aykırı sayılması söz konusudur. Dolayısıyla her iki halde de sözleşme içeriğinin hukuka aykırı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁴.

Sözleşmenin içeriği veya konusu geniş anlamda tarafların açık veya örtülü şekilde taşıdıkları ortak amacı da kapsamaktadır. Tarafların sözleşme ile hukuka aykırı bir amaca ve sonuca ulaşmak istemesi durumunda da hukuka aykırılık söz konusudur⁴⁷⁵. Hukuka aykırılığın son görünümü ise kanuna karşı hiledir. Emredici hükümler uyarınca yasaklanmış bir amacı veya sonucu sözleşmede tarafların başka bir hukuk kuralından yararlanarak dolaylı olarak elde etmesi halinde kanuna karşı hileden bahsedilmektedir. Bu durumda taraflarca ulaşılmak istenen sonuç mutlak şekilde yasaklandığı için kanuna karşı hile teşkil eden sözleşme mevcut kanun hükmüne, dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır⁴⁷⁶.

3.3.2. Kamu düzenine aykırılık

Kamu düzeni kavramı, TBK md.27/ f. 1’de yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarından biridir. Ancak çalışmamızın ana konusunu kamu düzeni kavramının oluşturduğu ve birinci bölümünü kamu düzeni kavramının ayrıntılı incelenmesine ayırdığımız için burada kamu düzenine aykırılığın mehz İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki tarihçesi ve kavramın sözleşme hukukuna girişi ele alınacaktır.

Tarih boyunca kamu düzeni kavramı hemen hemen tüm ulusal hukuk düzenlerinde benzer bir gelişim göstermiştir. Kamu düzenine ilişkin öncelikli soru şudur;

⁴⁷² Eren, s. 321, Kocayusufpaşaoğlu, s. 533.

⁴⁷³ Ancak İsviçre Federal Mahkemesi’nin çokça dikkat çeken, meşhur kararında erotik içerikli hatlarla ilgili sözleşme (*contrat de téléphone rose*) kanuna aykırı kabul edilmemiştir. Karar metni için bkz. ATF 129 III 604, <https://www.swisslex.ch/fr/doc/claw/a08e4a69-0683-4af9-b1df-7e4c1eb13f04/caspub/102549130> (Son Erişim Tarihi: 07.10.2019), Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 226.

⁴⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 533.

⁴⁷⁵ Eren, s. 322, Kocayusufpaşaoğlu, s. 534.

⁴⁷⁶ Zufferey-Werro, s. 101, Eren, s. 323, Kocayusufpaşaoğlu, s. 534, Eren, s. 323, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 420 vd., Ataay, s. 252, Ateş (2007a), s. 149.

bu kavramın varoluş amacı bireylerin özgürlüklerinin korunması mıdır yoksa devletin ihtiyaçlarının karşılanması mıdır? 19. yüzyılda yaygın olan özgürlüklerin yalnızca onları korumak için sınırlanabileceği görüşünden, 20. yüzyılda ekonomi alanında liberal anlayışın (*laissez-faire doktrini*) gerilemesi ve kamu düzeninin özgürlükleri sınırlayıcı rolünün sözleşme hukuku alanında gittikçe artmasına varılan bir gelişim yaşanmıştır⁴⁷⁷. Kamu düzeninin tanımlama kapsamı genişlemiş, kaynakları çeşitlenmiş, ilgili olaydaki uygulanma gücü sınır tanımaz ve yaptırımını giderek daha katı hale gelmiştir⁴⁷⁸.

Sözleşmeden doğan hukuki ilişkilerin genişlemesiyle birlikte bu ilişkileri kontrol etmeye uğraşında olan kamu düzeni kavramının önemi de artmıştır. Ulusal hukukta irade özerkliği ilkesi tanınsın veya tanınmasın, ulusal ekonomik düzen kapitalist veya sosyalist olsun maddi, parasal ilişkiler her daim sözleşmeler üzerinden kurulur⁴⁷⁹. Maddi olmayan ilişkilerle sınırlı kapsamını zaman içinde geliştiren kamu düzeni, toplumun çoğunlukla ekonomik ilişkilerini sözleşme yoluyla kurması nedeniyle sözleşme hukuku alanında da gündeme gelmeye başlamıştır. Sözleşme ve kamu düzeni kavramları hukuki açıdan varoluş sebebini irade özerkliği ilkesinde bulur. Diğer bir ifadeyle bu iki kavram paralel olarak irade özerkliği ile ilgilidir. Sözleşmeler irade özerkliği ilkesinin uygulandığı en yaygın alan iken, kamu düzeni ise bu ilkeyi kısıtlama amacını taşır. Ancak bir sözleşme irade özerkliği ilkesinden uzaklaşsa dahi kamu düzeni, sözleşmenin üzerinde bir kontrol mekanizması olarak varlığını korur⁴⁸⁰.

Türk hukukundaki önemine binaen mehz İsviçre Borçlar Kanunu'na kamu düzeni kavramının nasıl girdiğinin incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md.19/ f.2 hükmü, Fransız Medeni Kanun "*Code Civil*" (CC) md.6 hükmünde olduğu gibi kanunun yorumlanmasıyla ilgilidir. Kanunen sözleşmenin konusunu serbestçe belirlenebildiği hallerde bu hüküm, hâkime belirli sınırlar getirme konusunda yardımcı niteliktedir. Öncelikle emredici ve yedek hukuk kuralları ayırımı vurgulandıktan sonra Fransız kanun koyucu örneğini takip ederek ahlak kuralı ve kamu düzeni kavramlarından söz etmiştir. Fransız ve İsviçre hukukunda bu iki kavramın birebir aynı anlamı taşıdığı sonucuna varılması İBK açısından yeterli bir çözüm sunmayacaktır. İBK md.19/ f.2 hükmünde CC md. 6'dan farklı olarak emredici kurallardan ve kişilik

⁴⁷⁷ Malaurie (1953), s. 13, Meinertzhagen- Limpens, s. 250, Yenisey, s. 163, Okay Tekinsoy, s. 152-153.

⁴⁷⁸ Romain, s. 12-13.

⁴⁷⁹ Eski Sovyet hukukunda ve Fransız Hukukunda sözleşmelere yüklenen hukuki rol ve anlamın benzer olduğuna ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 19.

⁴⁸⁰ Malaurie (1953), s. 19, Brunetti-Pons, s. 106-107, Meinertzhagen- Limpens, s. 255.

haklarından bahsetmesi, İsviçre hukukunun tarihi ve tekniği ile yakından ilgilidir. Yine de bu eklenen kavramların yorumu, kamu düzeni ve ahlaka kurallarına yüklenen anlamla paralellik gösterir⁴⁸¹.

İsviçre hukukunda kamu düzeni kavramına atfedilen rolü anlayabilmek için kritik bir noktaya değinmek gerekmektedir. Fransız hukukunda CC yürürlüğe girdiği andan itibaren emredici ve yedek hukuk kuralları arasındaki ayırım md. 6 hükmü ışığında yapılırken, İsviçre hukukunda İBK md.19 hükmü söz konusu kanununa yönelik 1911 tarihli değişiklikle yürürlüğe girdiği için mahkemeler uzun süre aynı görevi yazılı hukuk kuralı olmadan yapmaya çalışmıştır⁴⁸². 1881 tarihli Federal Borçlar Kanunu md. 17 '*Bir sözleşmenin konusu imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olamaz.*' hükmünü içermektedir⁴⁸³. Daha sonra 1905 tarihli değişiklikle yürürlüğe giren md.20'ye göre⁴⁸⁴; '*Konusu imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olan sözleşmeler geçersizdir.*' Bu değişiklikle madde metninde daha önce yer almayan bir yaptırım öngörülmüştür⁴⁸⁵. Sözleşmenin geçersiz kılınmasına yönelik ihlal ettiği normun emredici nitelikte olması şartından yola çıkarak bu maddenin uygulanması için hukuk kurallarının niteliğinin tespiti gerekliydi.

1881 tarihli yasa zamanında kanun koyucu tarafından yasa hükmünün niteliği açıkça belirtilmediği hallerde hükmün emredici mi yoksa yedek nitelikte mi olduğunun tespiti için mahkeme içtihadı öncelikle hükmün amacını ele almıştır. Örneğin, sözleşmenin ekonomik açıdan zayıf tarafını koruma amacını taşıyan hükümlerin emredici olduğu ve aynı amacı taşıyan hükümlerin benzer şekilde nitelendirilmesi yolunun açıldığı belirtilmiştir⁴⁸⁶. Ayrıca Borçlar Hukuku alanında önemli sayıda yasa hükmü, kanun koyucu tarafından tanımlanmaksızın, uzun süreli teamüllere dayanır ve kesin niteliktedir. Bunlara örnek olarak emredici sayılmaması halinde içi boş kalacak, anlamını yitirecek, şekil şartı getiren hükümler verilebilir. Bu dönemde hâkimin karara ulaşabilmesinin tek yolu, kurala aykırılığın varabileceği sonuçları dikkate almasıydı. Buna göre hâkim, genel olarak hukuki bir ilişkinin yarattığı sonucun makul ve dürüst bir insanın adalet duygusunu zedelemesi veya ahlak kurallarına, diğer bir ifadeyle ülkedeki genel vicdan anlayışı

⁴⁸¹ Simonius, s. 797, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, s. 403.

⁴⁸² Simonius, s. 798.

⁴⁸³ '*Un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs*' (Werro, s. 49).

⁴⁸⁴ '*Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.*' (Simonius, s. 798).

⁴⁸⁵ Zufferey-Werro, s. 49-50.

⁴⁸⁶ Simonius, s. 799.

tarafından kabul edilen kurallara aykırı olması halinde ihlal edilen kuralın emredici nitelikte olduğuna karar vermiştir⁴⁸⁷.

İsviçre özel hukukunun tümüyle federal düzeyde yasalarla düzenlendiği tarih olan 1 Ocak 1912'den itibaren yürürlüğe giren İBK md. 19 hükmü, mülga İBK md. 17 ve 1905 değişikliği sonrası md. 20'de zımni olarak tanınan sözleşme özgürlüğünü açıkça düzenlemiştir⁴⁸⁸. İBK md. 19 aynı zamanda eski kanun döneminde ortaya çıkan sözleşme özgürlüğüne ilişkin farklı sınırlama sebeplerinin belirlenmesi ihtiyacını karşılamaya yönelik getirilen bir hükümdür⁴⁸⁹. eİBK md. 17 hükmü, sözleşmenin konusuna ilişkin tüm sorunları kapsayıcı bir düzenleme değildi. Sözleşmenin konusunun hangi sınırları aştığında kanunu ihlal etme noktasına geleceğinin belirlenmesi gerekiyordu. Bu nedenle, daha sonra İBK md. 19 hükmü haline gelecek olan 1905 tarihli yasa teklifinin 1035. maddesi "*Kanuna aykırı sözleşmeler*" başlığını taşımaktaydı⁴⁹⁰.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, İBK md. 19/ f.1 ile kanun metninde açıkça belirtilmiş olmakla beraber aslında bu ilkenin kanunen tanınmış olan sınırlarına değinmeden pozitif hukukta düzenlenmesi tatminkâr bir sonuca ulaşmamızı engeller. Bu noktada maddenin ikinci fıkrası devreye girmekte ve bu hükmü düzenleyenlerin Fransız hukukundaki CC md. 6 hükmünden kısmen yararlandıkları gözlemlenmektedir⁴⁹¹. İBK md. 19 hükmü, CC md.6 hükmüne göre sözleşme özgürlüğüne ilişkin daha fazla sınırlayıcı kavrama yer verir. İlk başta Fransız doktrininde kamu düzeni ve ahlaka aykırılık kavramlarının kesin çizgilerle ayrıldığı göz önünde bulundurulduğunda bu kavramların birbirini etkileyebileceği, diğerinin alanına taşabileceği düşüncesi belirebilir. Ancak İsviçreli kanun koyucu, hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta sözleşme özgürlüğünün sınırları bakımından herhangi bir unsur göz ardı etmesini engelleme amacını taşımaktadır⁴⁹².

3.3.3. Emredici hükümlere aykırılık

3.3.3.1. Sözleşme özgürlüğünü sınırlama işlevi

⁴⁸⁷ Simonius, s. 799.

⁴⁸⁸ Zufferey-Werro, s. 62, Simonius, s. 800.

⁴⁸⁹ Zufferey-Werro, s. 61, Simonius, s. 799.

⁴⁹⁰ Zufferey-Werro, s. 62.

⁴⁹¹ Simonius, s. 800.

⁴⁹² Simonius, s. 801.

Kanun koyucu tarafından düzenlenen emredici hükümler, tarafların hukuki işlemlerinde aksini kararlaştıramadıkları, mutlaka uymaları gereken hukuk normlarıdır⁴⁹³. Bu açıdan düzenleyici hukuk kuralları olan yorumlayıcı ve tamamlayıcı hükümlerden ayrılır. TBK’da irade özerkliğinin kabulüyle birlikte genellikle düzenleyici ve tamamlayıcı hükümler ağırlıkta olsa da emredici hükümler de bulunmakta olup, taraflar sadece TBK’daki değil, hukuk düzeninde bulunan başka herhangi bir emredici kanun hükümlerine aykırı tek taraflı hukuki işlemler veya sözleşmeler düzenleyemez. Dolayısıyla emredici nitelikteki hükme ters düşen bir sözleşme hükmü yerine emredici hüküm uygulanır⁴⁹⁴.

Alman hukukundan doğan bir ayırımla emredici hukuk kuralları, dar anlamda emredici normlar ve yasaklayıcı normlar şeklinde ikiye ayrılmıştır. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin en sık karşımıza çıkan sınırı olarak emredici kurallar, tarafların irade özerkliğini sınırlandırarak bir hukuki ilişkiyi düzenlemektedir. Sözleşme ilişkisinde emredici hükme aykırı olan madde yerine ihlal edilen emredici hüküm uygulanacaktır⁴⁹⁵. Yasaklayıcı hükümler ise başta emredici kurallara takılmaksızın kişinin bir hukuki işlemi yaparken irade özerkliğine sahip olmasına karşın kanunda birtakım amaçlar doğrultusunda belirli davranışların yasaklanması halinde söz konusudur. Bu noktada kanun koyucu, sözleşme özgürlüğü içinde kalan bir işlemin içeriği, yapıldığı anda aranması gereken bazı özel şartlar veya ondan sağlanacak sonuç bakımından yasaklayıcı hükümler getirebilmektedir⁴⁹⁶.

Türk hukukunda emredici hükümler ile yasaklayıcı hükümler arasında kesin bir ayırım yapılmaksızın her ikisi de geniş anlamda emredici hükümler kavramı altında yer almaktadır. Her ne kadar öğretilerde emredici yasaklardan bahsedilse de dar ve teknik anlamda emredici hükümler kavramı içine yasaklayıcı hükümlerin girmediği genellikle kabul edilmektedir⁴⁹⁷. Yasaklayıcı hükümler arasında içerdiği yaptırım türü veya yaptırım içerip içermemesi bakımından farklı türde kanun hükümleri söz konusudur⁴⁹⁸.

⁴⁹³ Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 103.

⁴⁹⁴ éé, s. 411, N. 498, Association Henri Capitant, s. 25, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 85, Oğuzman/ Barlas, s. 84-85, Kocayusufpaşaoğlu, s. 534, Eren, s. 318.

⁴⁹⁵ Terré (2015), s. 411, N. 498, Tercier/ Pichonnaz, s. 166, Association Henri Capitant, s. 34, Kocayusufpaşaoğlu, s. 536, Antalya, s. 380.

⁴⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 537, Antalya, s. 380.

⁴⁹⁷ Haluk TANDOĞAN (1974). *Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi*, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 4, s. 6, Kocayusufpaşaoğlu, s. 537.

⁴⁹⁸ Roma Hukukundan gelen Tam kanunlar- Sınırlı ölçüde tam olmayan kanunlar-Tam olmayan kanunlar ayırımı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 538 vd.

Yasaklayıcı bir hükme aykırı hukuki işlemin geçerliliğini koruması ile birlikte söz konusu işlemin genelde cezai veya idari yaptırımlara tabi olması halinde ortada bir düzen hükmü vardır. Diğer bir ifadeyle, düzen hükmü niteliğindeki yasaklayıcı kural dar anlamda emredici hüküm kabul edilmemekte ve düzen hükmüne aykırı işlem geçersiz hale gelmemektedir⁴⁹⁹. Bu noktada bir hükmün dar anlamda emredici hüküm mü yoksa düzen hükmü mü olduğu sorusu doktrinde ele alınmıştır. Bu konuda belirlenen çözüm yoluna göre, kanun hükmünden açıkça anlaşılabilmesi halinde hükmün taşıdığı anlam ve amacın dikkate alınması ve hükmün amacının gerçekleştirilmesi adına gerekli ise, aykırı işlemin geçersiz kılınması gerekecektir⁵⁰⁰.

3.3.3.2. *Hukuki işlemlerde emredici kurallara aykırılık ve kamu düzeni*

TBK md. 27 hükmü çerçevesinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarından emredici hükümlere aykırılık ve kamu düzenine aykırılığın birbirinden bağımsız şekilde denetim işlevine sahip kavramlar olduğu kabul edilmelidir⁵⁰¹. Bu nedenle söz konusu maddedeki emredici kurallara aykırılık kavramı ile kamu düzeni kurallarının hukuk düzenindeki kesişme noktalarının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle bir hukuk kuralının emredici niteliğinin ne şekilde belirlendiği, daha sonra ise kamu düzeni kavramı açısından önemli bir niteliğe sahip olan iki taraflı (mutlak) - tek taraflı (nispi) emredici hüküm ayrımı ele alınacaktır.

Bir hukuk kuralının emredici niteliği iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk durumda hukuk kuralın emredici olduğu ve getirdiği norma aykırılık halinde hukuki işlemin hükümsüz kılınacağı lafzından açıkça anlaşılabilir⁵⁰². Ancak kimi zaman ise, kaleme alınmış şekliyle kesin bir anlam çıkarılamadığı durumlarda hükmün ruhuna ve koruma amacına bakılmalıdır. Eğer bir kanun hükmü, toplumun menfaatini gözetme amacıyla konulmuş kamu düzenine, topluma mal olmuş genel ahlak kurallarına veya bireyin kişiliğini korumaya ilişkin bir amaç taşıyorsa emredici nitelikte olduğu kabul edilir. Örneğin, hukuki işlem açısından şekil şartı getiren hükümler, vekalet sözleşmesinde taraflara tek taraflı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanıyan TBK md. 512 gibi güven

⁴⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, 538, Antalya, s. 381.

⁵⁰⁰ Tercier/ Pichonnaz, s. 166, Kocayusufpaşaoğlu, 539, Antalya, s. 382.

⁵⁰¹ Yenisey, s. 176.

⁵⁰² Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 227,

ilişkisi üzerine kurulmuş sözleşmede tarafların özgürlüklerini korumayı amaçlayan hükümler böyledir⁵⁰³.

Kamu düzenini koruma amacı taşıyan emredici hükümler hem kamu hukukunda hem de özel hukuk alanında karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin imar mevzuatını kamu hukuku alanında kamu düzeninden doğan emredici hükümlerden oluştuğu Yargıtay içtihatlarında da belirtilmiştir⁵⁰⁴. Özel hukukta ise TBK içerisinde zamanaşımı sürelerinin değişimini yasaklayan md. 148 ve kira ve hizmet sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerde zayıf tarafı koruyucu kanun hükümleri örnek gösterilebilir. İsviçre hukukunda kabul edilen dar anlamda kamu düzeni kavramını esas aldığımızda tüm kamu düzeni kuralları emredicidir. Ancak emredici hükümlerin yalnızca bir kısmı toplumun genel menfaatlerini koruyucu nitelikte olup, kamu düzeni kurallarını oluşturmaktadır⁵⁰⁵. Bu anlamda emredici kurallara aykırılık ile kamu düzenine aykırılık kapsam olarak eşit değildir. Kamu düzeni kuralı olmayan, ancak genel ahlakı ve kişilik hakkını koruyucu emredici hükümlerin de var olduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁶.

Kamu düzeni ile bağlantısı sebebiyle çalışmamız açısından önemli bir nokta, hukuki işlemlerde ekonomik, sosyal veya fiziksel durumları gereği zayıf olan tarafı koruma amacı getiren hukuk kurallarının ruhu ve amacı dikkate alındığında emredici nitelikte olmalarıdır⁵⁰⁷. Dolayısıyla ekonomik kamu düzeni kurallarının emredici niteliği asıl olup, emredici hükümlerin çekirdeğini oluşturmaktadır⁵⁰⁸. Emredici hükümler genellikle her iki tarafı koruma amacı taşır. Genel menfaati korumaya yönelik bu hükümler, mutlak emredici hükümler olarak adlandırılmaktadır. İki taraflı (mutlak) emredici hükümler, herhangi bir tarafın aleyhine sözleşmede aksine bir düzenleme yapılamayan hukuk kurallarıdır⁵⁰⁹. Diğer yandan, zayıf tarafı koruma amacı taşıyan hükümler, tek taraflı (nispi) emredici hükümler olarak nitelendirilmektedir. Tek taraflı emredici hükümler kapsamında hukuk düzenince korunması amaçlanan zayıf taraf lehine,

⁵⁰³ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 227.

⁵⁰⁴ Yargıtay'a göre, "İmar Kanunu, düzenli şehirleşmeyi ve dolayısıyla içerisinde güvenli ve sağlıklı olarak oturulacak ve çalış(ıl)acak binaların yapımını amaçlanmıştır. İmar Kanunu kamu düzeni ile ilgili olup, emredici niteliktedir. Hiçbir kimse, hangi amaçla olursa olsun, toplumun güvenliğini ve sağlığını ilgilendiren bu emredici hükümleri çiğneyemez ve çiğnenmesine de izin veremez. Mahkemeler de, bu hususu, resen göz önünde bulundurmamak zorundadır." Y. 15. HD, T. 10.06.2002, E. 2002/ 1261, K. 2002/ 3127, www.kazanci.com (Son Erişim Tarihi: 17.04.2018)

⁵⁰⁵ Engel, s. 113, Association Henri Capitant, s. 415.

⁵⁰⁶ Terré (2015), s. 412, N. 499, Oğuzman/ Barlas, s. 64, s. 69, Kocayusufpaşaoğlu, s. 547.

⁵⁰⁷ Terré (2015), s. 412, N. 499, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 84, Eren, s. 320.

⁵⁰⁸ Engel, s. 108.

⁵⁰⁹ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 226.

diğer taraf aleyhine düzenlemelerin sözleşmede yer alması mümkündür. Ancak sözleşmenin zayıf tarafı aleyhine getirilen düzenlemeler, emredici kurallara aykırılık oluşturacaktır. Sözleşme ilişkisi içerisinde korunmak istenen zayıf taraf aleyhine değiştirilemeyen bu hukuk kurallarına genellikle kira, hizmet ve tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümler arasında rastlanılır⁵¹⁰.

3.3.4. Ahlaka aykırılık

3.3.4.1. Sözleşme özgürlüğünü sınırlama işlevi

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırı olarak ahlaka aykırılığa konu edilen ahlak kavramının ne şekilde tanımlanacağı hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki hakim görüşe göre⁵¹¹, toplum içinde zamanla yerleşen, bireyler tarafından uyulması zorunlu görülen ve orta düzeyde, normal bir zekaya sahip, dürüst kişilerin ahlak anlayışı md. 27/ f. 1’de yer alan ahlaka aykırılık kavramına temel teşkil etmelidir. Bu noktada ahlaka aykırılık kavramının yarattığı hüküm içi boşluk, topluma mal olmuş ve orta düzeydeki dürüst insanların benimsediği davranış kurallarına yollama yapılarak doldurulur⁵¹². Diğer bir görüş ise⁵¹³, kanunda yer alan ahlak kavramını topluma mal olmuş ‘sosyal ahlak’ olarak anlamlandırmanın kavram hakkındaki bilinmezliği sürdürmek anlamına geldiğini, bu nedenle de tamamen Anayasa ve kanunlardan çıkarılması gereken etik değerler esas alınarak bir ‘hukuki ahlak’ yaratılması ve bu doğrultuda ahlak kavramının oluşturulmasını savunur. Üçüncü ve son görüş ise⁵¹⁴, karma niteliktedir. Bu görüşe göre, ahlak kuralları için hem topluma mal olmuş sosyal ahlak ilkeleri, hem de Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yer alan etik değerler kaynak oluşturur. Bu iki kaynak arasında bir çatışma doğması halinde ise, Anayasa ve kanun hükümlerinin üstünlüğü ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Ek olarak, ahlaka aykırılık

⁵¹⁰ Maria Eva BELSER (2000). *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, Freiburg: Universitätsverlag s. 372, Kocayusufpaşaoğlu, s. 536, Eren, s. 319, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 226.

⁵¹¹ N. Haluk NOMER (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 63, Guillod/ Steffen, s. 196, N. 69, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 86, Hatemi, s. 83 vd., Oğuzman/ Öz, C.I, s. 86, Eren, s. 323.

⁵¹² Kocayusufpaşaoğlu, s. 551, Eren, s. 600.

⁵¹³ Meliha Sermin PAKSOY (2018). *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 114, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 255, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 378, Hatemi, s. 108, KRAMER (1991). Berner Kommentar, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-20, N.171-174. (Kocayusufpaşaoğlu, s. 552’den naklen).

⁵¹⁴ Antalya, s. 383, Karabağ Bulut, s. 73, LARENZ/ WOLF (2004). Allgemeiner Teil, s. 12 vd., Gauch/ Schulep/ Schmid, N. 668 (Kocayusufpaşaoğlu, s. 553’den naklen).

kavramının bu görüş çerçevesinde kamu düzeni kuralı olarak da nitelendirilebileceği savunulmaktadır⁵¹⁵.

Bu noktada sözleşmenin konusu, ifası taahhüt edilen edim veya sözleşmede ulaşılmaması istenen amaç ahlaka aykırı olabilir. Örneğin, para karşılığı cinsel ilişki kurulmasına veya rüşvet verilmesine yönelik bir sözleşme, ahlaka aykırılık sonucu kesin hükümsüz olacaktır. Sözleşmede benimsenen amacın ahlaka aykırı sayılarak sözleşmenin kesin hükümsüzlükle ortadan kaldırılabilmesi için her iki tarafın da ortak amaç doğrultusunda hareket etmesi, hiç olmazsa birinin sahip olduğu bu amacın karşı tarafça bilinmesi aranır⁵¹⁶. Ayrıca karşı tarafın sözleşmeden beklediği amacın bilinmesi, tek başına sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlamayacağı, ek olarak tarafın bu amacın gerçekleşmesi için teşvik etmesi ve bu sayede normalin üstünde bir çıkar sağlaması gerektiği kabul edilmektedir⁵¹⁷. Ahlaka aykırı amacın gerçekleşmesine yönelik sözleşmelere ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise, Yargıtay'ın 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, yasada özel düzenlemeler yoluyla izin verilen sözleşmelerin ahlaka aykırı sayılmamasıdır. Söz konusu karar doğrultusunda hükümetin izni alınarak genelev açma amacıyla yapılan, bir taşınmazın konu olduğu kira sözleşmesi ahlaka aykırı sayılmayacaktır⁵¹⁸.

3.3.4.2. Hukuki işlemlerde ahlaka aykırılık ve kamu düzeni

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ahlaka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık, geniş ve sınırları belirsiz bir kesişim kümesine sahip olması nedeniyle tarihten bugüne karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuk doktrininde tartışmalara neden olan iki sınırdır. Her iki kavramın tam anlamıyla belirlenemeyen içeriği ve otoriter yönde kullanılması tehlikesi nedeniyle doktrinde 1930'lu yıllardan itibaren yargının bu kavramları tanımlama ve yorumlamadaki gücünü kontrol altına almaya yönelik çalışmalar oldukça yoğun şekilde görülmektedir⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Antalya, s. 383.

⁵¹⁶ Guillo/ Steffen, s. 196, N. 70, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 87, Eren, s. 326.

⁵¹⁷ Oğuzman/ Öz, C.I, s. 88, Eren, s. 327, Von Tuhr, s. 264.

⁵¹⁸ Y. İBGK., E. 1943/30, K.1948/2, T. 14.01.1948. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2017).

⁵¹⁹ Philippe PASCANU (1937). *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Paris : Duchemin, s. 194 vd., Malaurie (1953), s. 98 vd.

İsviçre hukukunda hâkim görüşe göre, genel ahlak kuralları, ortak menfaati ilgilendiren kamu düzeni ile bireysel menfaati ilgilendiren kişilik hakkı kavramlarını kapsayan bir üst kavramdır⁵²⁰. Fransız hukukunda ise üst kavramı belirlemeye yönelik tam tersi bir görüş hakimdir. Buna göre, genel ahlak kuralları, sözleşme özgürlüğünün genel sınırı olan kamu düzeni kurallarının bir alt kavramıdır. Kamu düzeni, ekonomik alan da dâhil olmak üzere geniş bir uygulama alanına sahip olup, Fransız hukukunda ahlak kuralları, başta cinsellik ile ilgili konular olmak üzere, daha sınırlı bir kapsama sahiptir⁵²¹. Alman hukukunda ise, tamamen farklı bir bakış açısıyla, genel hükümlerde kamu düzeni kavramına yer verilmezken, ahlaka aykırılık ve gabin, BGB md.138 hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu madde hükmü, kamu düzenini de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır⁵²².

Söz konusu kavramlar arasından üst kavramın belirlenmesi konusunda bu iki karşıt görüşü dikkate aldığımızda, İsviçre hukukunda kamu düzeni, özellikle bireysel özgürlükleri ve ticari ilişkilerdeki ahlaki koruyucu niteliktedir⁵²³. Fransız hukukunda ise toplumun genel menfaati yalnızca maddi değil, aynı zamanda ayrılmaz biçimde ahlaki kazanımları da kapsamaktadır. Nitekim Fransız kamu düzeni teorisi, bütünüyle hukukun sosyal devlet ilkesine uyumlu olması ile birlikte, ahlaka uygun hale gelmesi amacını da taşır⁵²⁴. Kamu düzeni kavramının pozitif hukukta kullanımını büyük ölçüde reddeden Alman hukukunda ise, Fransız hukukunun klasik ahlak kuralı anlayışındaki gibi cinsellikle ilgili meseleler yerine, hâkim tarafından içeriği ayrıntılı olarak belirlenecek, ticari ahlak da dâhil olmak üzere, yazılı olmayan sözleşmesel ahlak ilkelerini kapsayan bir ahlak kuralı algılayışı söz konusudur⁵²⁵. Ek olarak, Türk hukukunda Alman hukukunun etkisi ile son zamanlarda kamu düzeni kavramının otoriter bir algı ve bu nedenle de özel hukuk bünyesinde rahatsız edici, itici bir etki yaratması nedeniyle ahlaki düzen kavramı içinde görülmekte ve ahlak kavramı kapsamına indirgenmektedir⁵²⁶. Bu

⁵²⁰ Guillo/ Steffen, s. 196, Engel, s. 283, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 129, Zufferey-Werro, s. 120.

⁵²¹ Flour/ Aubert/ Savaux, s. 257, Bénabent, s. 141, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 124, Malaurie (1953), s. 261, Zufferey-Werro, s. 121. Belçika hukukunda da ahlak kurallarının kamu düzeninin bir parçası olduğu kabulüne ilişkin bkz. Ignace CLAEYS, Reinhard STENNOT (2018). “*La Vulnérabilité économique: Rapport Belge*”, La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant, <http://www.henricapitant.org/evenements/journees-internationales/titre/la-vulnerabilite> (Son Erişim Tarihi: 20.06.2019), s. 1.

⁵²² Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 128, Ateş (2007a), s. 158.

⁵²³ Zufferey-Werro, s. 120.

⁵²⁴ Malaurie (1953), s. 33, Meinertzhagen- Limpens, s. 224-225.

⁵²⁵ Pascal ANCEL (2003). ‘*Sur une application de l’idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien*’, RDC, December, s. 225 vd, Fauvarque-Cosson / Mazeaud, s. 127.

⁵²⁶ Hatemi, s. 55, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 377.

görüşü dile getiren *SEROZAN*, aslında kişilik hakkı, ahlak ve kamu düzeni kavramlarının etik değerler çatısı altında bir araya geldiğini, hukuk etiği kavramını ölçüt alan eş anlamlı kavramlar olduğunu, bir hukuki işlemin kişilik hakkına aykırı ise, kamu düzenine; kamu düzenine aykırı ise, ahlaka aykırı olduğunu ifade etmektedir⁵²⁷. Kanaatimizce, ahlak ve kamu düzeni kavramları özelinde aradaki sınırların silik oluşu ve mevcut gri alanın büyüklüğü söz konusu tespitlerde göz önüne serilmektedir.

Diğer yandan, ahlak ve kamu düzeni kurallarının ortak özelliği, genel, hukuk üstü değerleri barındıran, önüne gelen uyumsuzluğu çözmeye çalışan hâkimi atfa yönlendiren kurallar olmasıdır. Bu bakımdan her iki tip kural da yazılı olmayan hukuk kaynaklarına atıf yapmaktadır. İhlali halinde ahlaka veya kamu düzenine aykırılık yaratacak olan kuralların koruduğu değerlerin tespiti için kural içi boşluğun doldurulması ve yazılı olmayan hukuk kaynaklarına başvurulması gerekmektedir⁵²⁸. Ek olarak *HATEMİ*, Türk hukukunda hem ahlak kurallarının hem de kamu düzeni kurallarının içeriğinin Anayasal ilkeler ile değerlendirilmesinin kabulü halinde Fransız hukukunda olduğu gibi ahlakın kamu düzeni kapsamında olduğu, kamu düzenini tamamladığı görüşünün kabul edilebilir olduğunu savunmuştur. Ayrıca ‘tamamlamak’ ile ‘kapsamına girmek’ fiillerinin farklılığına dikkat çekildiğinde her iki kavramın birbirinin tamamlayabileceği, ancak birinin diğerini kapsadığı görüşünün⁵²⁹ Türk hukukunda isabetli olamayacağı anlaşılmaktadır. Gerçekten TBK md. 27’de kanun koyucu, hem ahlaka hem de kamu düzenine aykırılıktan açıkça ve birbirinden bağımsız olarak bahsetmiştir. Her iki kavram da kişilerin kurmayı arzuladıkları sözleşmeleri, geniş anlamda hukuki işlemleri sınırlama yetkisi vermektedir⁵³⁰.

Ahlak ve kamu düzeni kurallarının hâkimi atfa yönlendirme özelliği hakkında bir noktaya da değinmek gerekmektedir. Ahlak kurallarının en geniş ölçüde kabul edildiği Alman hukukunda çoğulcu bir toplumda ahlaka uygun davranış kavramının tek bir standardı olduğu kabulü terk edilerek, farklılaşan örf-adetlerin toplumda yer aldığı saptaması yapılmaktadır. Bu nedenle ahlak kavramının belirsizlik taşımayacak ve geniş ölçüde kabul edilecek bir şekilde tanımlanabilmesinin tek yolu, tüm vatandaşlarca kabul

⁵²⁷ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 379.

⁵²⁸ Hein KÖTZ (2017). *European Contract Law*, Almancadan Çev. Gill Mertens, Tony Weir, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, s. 109, Salvatore PATTI (2014). “*Interpretation of the General Clauses ‘Public Policy’ and ‘Good Morals’ in European Contract Law*”, ERPL, Vol: 5, s. 612, Zufferey-Werro, s. 119, Ateş, (2007a), s. 161.

⁵²⁹ Hatemi, s. 55, dn. 25.

⁵³⁰ Zufferey-Werro, s. 118.

edilmesi gereken nesnel değerler sistemi üzerinde yükselen temel haklar özelinde anayasal düzene atıfta bulunmaktadır. Bu bakımdan özel hukukun anayasallaştırılması konusu, hâkimlerin ahlak kurallarını kendi ahlaki içeriklerinden ziyade Anayasa hukukunun yasal içeriği ile doldurulmasını teşvik etmektedir⁵³¹. Kanaatimizce, TBK md. 27’de kamu düzeni kavramına açıkça yer verilmesi nedeniyle Türk hukukunda da kamu düzeni kurallarının içeriği benzer şekilde anayasal düzende tanınan temel hak ve özgürlükler ile bu haklara ilişkin nesnel, toplumsal değerler dikkate alınarak hâkimlerce belirlenmesi esas olmalıdır.

Ortak özelliklerden biri olarak ahlak kurallarının tıpkı kamu düzeni kuralı gibi yer ve zaman bakımından değişken⁵³² olduğu kabul edilmektedir. Buna karşı çıkan azınlık görüşüne göre, ahlak kuralları, hâkimin veya herhangi birinin keyfi kurallarına bırakılmamalı, bu kuralların Doğal Hukuk ile arasındaki zorunlu bağlantı dikkate alınmalıdır⁵³³. Belirli bir zümrenin veya kişinin keyfi ahlak anlayışının hukuk düzenine egemen olduğu düşüncesinin ürpertici ve hukuk mantığının dışında olduğunu kabul etmekle beraber, toplumun gelişimi doğrultusunda ahlak anlayışlarının da değişebileceğine ilişkin doktrinindeki oldukça ilginç örnekleri ele almak gerekmektedir. Örneğin⁵³⁴, 19. yüzyılda Fransız mahkemeleri, tiyatro oyununun ticari başarısına yönelik alkışlamak için insanlara para verilmesi (şakşakçı sözleşmesi, *le contrat de claque*) ahlaka aykırı sayılırken, günümüzde Hollywood filmleri başta olmak üzere film veya tiyatro oyunlarının ticari başarısı için klasik veya sosyal medyada yapılan tanıtım ve reklam tufanı söz konusudur. Başka bir örnekte ise, 1855 tarihli mahkeme kararında evlenme tellallığı sözleşmesinin ahlaka aykırı olduğuna karar verilirken, 1944 tarihli kararda aynı sözleşme ahlaka aykırı bulunmamıştır⁵³⁵. Aynı şekilde Türk hukukunda da evlenme simsarlığı (aracılık) sözleşmesinin ahlaka aykırı olmadığı⁵³⁶, TBK md. 524 hükmüne göre aracı olan kişinin bu sözleşmeden doğan alacağını dava ve takip

⁵³¹ Fauvarque- Casson/ Mazeud, s. 127.

⁵³² Kötz, s. 110, Le Roy/ Schöenberg, s. 55, Ateş (2007a), s. 88. *Baudelaire*’in ‘Kötülük Çiçekleri’ ve *G. Flaubert*’in ‘Madame Bovary’ gibi eserlerin yayınlandığı dönemde yarattığı infial ve eserlere yönelik ahlaka aykırılık iddialarını hatırlatan *ENGEL*, ahlak kurallarının özellikle yer ve zaman bakımından göreceliğini bu ilginç örneklerle ortaya koymuştur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Engel, s. 115.

⁵³³ Hatemi, s. 30 vd.

⁵³⁴ Zufferey-Werro, s. 182, Kocayusufpaşaoğlu, s. 551.

⁵³⁵ Malaurie (1953), s. 100.

⁵³⁶ “(...) Evlenme işlemine aracılık yapmak yasa ve ahlak kurallarına aykırı değildir. Kanun, evlenme tellallığı için dava hakkı tanımamakta ve fakat edimin muteber bir şekilde ifa edilebileceğini kabul etmektedir (...)”, Y. 3. HD, T. 04.02.1999, E. 1999/504, K. 1999/627, www.kazanci.com (Son Erişim Tarihi: 24.04.2018).

edemeyeceği, dolayısıyla sözleşmedeki mevcut borcun doğduğu andan itibaren eksik borç olduğu kabul edilmiştir⁵³⁷. Söz konusu karşılaştırmalar, ahlaka aykırılığın zamana bağlı olarak büyük ölçüde değişebileceğini gözler önüne sermektedir.

Öğretideki baskın görüş, ahlak kurallarının yazılı kurallara bağlı olmadığı yönündedir. Kanun toplum içerisinde herkesin uyması gereken, toplumsal düşüncenin oluşturduğu asgari ahlaki değerleri ihlal eden sözleşmelerin ahlaka aykırılık oluşturduğunu ve hükümsüz sayılacağını belirtmiştir⁵³⁸. Karşılaştırmalı hukuk açısından ahlak kurallarının özerkliğinin örneğin, Fransız hukukunda bir sorun oluşturmadığı, zira Fransız hâkimlerin sıkı, aşırı bir ahlakçı bakış açısına sahip ve bağnaz olmadığı iddia edilmektedir. Aynı zamanda ahlak kuralları, kullanımı, geleneği açısından bin yıllık bir içtihatla birlikte oldukça belirli bir içeriğe sahiptir⁵³⁹. Kaldı ki, Fransız hukukunda kamu düzeninin bir parçası olarak görülen ahlak kuralları aracılığıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasında hâkimin herhangi bir yazılı kurala başvurma ihtiyacı doğmayacaktır⁵⁴⁰.

Fransız hukuku doktrinde ahlak kurallarının kamu düzeni kurallarının tersine kolaylıkla bilinen ve geçerliliği uzlaşılarak onaylanan, uzun süreli geleneklere dayanan kurallar olduğundan yola çıkılarak yazılı kurallardan bağımsızlığı konusunda hemfikir olunmasına karşın, kamu düzeni kuralları açısından hukuk güvenliği öne sürülerek mevcut bir tehlikenin varlığından⁵⁴¹ söz edilmektedir. Kamu düzenine duyulan güvensizlik ise söz konusu kavramın değişken özelliğinin göz ardı edilmesi pahasına kamu düzeni kurallarının sadece yazılı kurallar şeklinde hukuk düzeninde tanınacağı görüşünü ortaya çıkarmıştır⁵⁴².

⁵³⁷ Antalya, s. 33.

⁵³⁸ Le Roy/ Schönberg, s. 55, Hatemi, s. 55, Kocayusufpaşaoğlu, s. 551.

⁵³⁹ Malaurie (1953), s. 101, Van Gysel/ Romain, s. 310, Meinertzhagen- Limpens, s. 225. Belçika hukuku'nda da benzer bir yaklaşımın olduğuna ilişkin bkz. Romain, s. 18-19.

⁵⁴⁰ G. RIPERT (1949). *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Paris : LGDJ, s. 42.

⁵⁴¹ Bu tedirginliğin bir görünümü olarak, 18. yüzyılda Fransız mahkemeleri, bir sözleşmeyi sadece kamu düzenine bağlı olarak değil; yasa, kamu düzeni ve ahlaka aykırılık kavramlarının hepsini kullanarak geçersiz kılmaktaydı. Mahkemeler, yetersiz kalmamak üzere dolambaçlı yoldan gitmeyi tercih etmekteydi. Ahlaka aykırılık, kamu düzeni kavramına kıyasla daha açık bir hukuki kavram olarak tek başına kullanılabilirdi. Kanun koyucunun kamu düzeni ve ahlak arasındaki ayrımları araştırmakta çekingen bir tutum gösterdiği kabul edilmekteydi. Hem hukukçular hem de hâkimler için kamu düzeni kavramı, hukuk birliği için bir kâbus niteliğindedir. Bu dönemde kamu düzeni, bazen kanunla, bazen ahlaka aykırılıkla bazen de her ikisiyle birlikte ele alınmaktaydı. Mesela 1913 yılında bir Paris mahkemesi, velayet hakkının doğal hukuktan ileri geldiğini, kamu düzeniyle bağlantılı olduğunu ve bireysel sözleşmelerle bu haktan feragat edilemeyeceğini karara bağlarken, doğal hukukla birlikte ikili bir gerekçelendirmeye ihtiyaç duymuştur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Malaurie (1953), s. 103-104.

⁵⁴² Malaurie (1953), s. 100-101.

Gerek ahlak gerek kamu düzeni kuralları açısından hukuk düzenini bekleyen ortak tehlike, ele alınan kavramların hukuk güvenliğini tehdit edecek şekilde suiistimale açık olmasıdır. Ahlaka aykırılık kavramının kullanımında objektif bir yaklaşımın gerekliliği, 2005 tarihli Québec Yüksek Mahkemesi'nin genelevlerin yasaklanmasını öngören Ceza Kanunu hükmünün konu edildiği bir kararda şu şekilde dile getirilmiştir⁵⁴³; “*Tarihsel olarak, müstehcenlik, ahlaka aykırılık gibi kavramlar toplumun ahlaki değerleri göz önüne alınarak değerlendirilmekteydi. Ancak günümüzde mahkemeler, ahlak ve örf-adet kurallarının öznel ve ayrımcı olduğunu, ... çeşitliliğin var olduğu bir toplumun sağlıklı sürdürülebilmesi için azınlıkların ahlak kurallarına ve yaşantılarına büyük ölçüde saygı duyulmasının önem arz ettiğini giderek daha da fazla vurgulamaktadır. Bu tutum, sübjektif bir ahlak anlayışı ile kınama temelli zarar yerine nesnel, objektif şekilde belirlenebilir zarara ilişkin hukuk kuralının düzenlenmesine neden olmuştur... Bugüne değin içtihatla bir davranışın ahlaka aykırı olduğu sonucuna ulaştıracak üç tür zararın olduğu belirtilmiştir. İlk zarar türü, aykırılığı oluşturan davranış sonucu iradesi ve özgürlüğü kısıtlanan kişinin uğradığı zarardır. Diğer bir zarar türü, toplumsal kurallara aykırı davranışlarda bulunmaya yatkın kişilerin davranışlarından dolayı toplumun uğradığı zarardır. Son zarar türü ise, söz konusu davranışa katılan kişilerin uğradığı zarardır. Zarar çeşitlerinin her biri, Anayasamız ve benzer temel kanunlarımız tarafından tanınan değerlere dayalıdır.*”

Yazılı olmayan ahlak kurallarının zaman bakımından değişkenliği ve soyut nitelikte olması dolayısıyla ahlak kurallarının objektif biçimde ortaya konulması hem sözleşme özgürlüğünü sınırlamak üzere TBK md. 27 hem de haksız fiil sorumluluğunun genişletmek üzere TBK md. 49/ f. 2 anlamında gerekli görülmektedir. Bu bağlamda tarihsel süreçte kullanılagelmiş sübjektif ahlak yerine objektif ahlak görüşü doktrinde baskın konuma gelmiştir⁵⁴⁴. Objektif ahlak görüşü, belirli bir yerde meydana gelebilecek değişim ve dönüşümlere uyum sağlayabilecek şekilde bir toplum nezdinde hakim olan adalet ve hakkaniyet duyguları temel alınarak ahlaka aykırılık kavramının tespitinin yapılmasını desteklemektedir⁵⁴⁵. Genel toplumsal bakıştan yola çıkarak her zaman

⁵⁴³ Cumyn, s. 21.

⁵⁴⁴ Başak BAYSAL (2019). *Haksız Fiil Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 150, N. 193, Nami BARLAS (2010). *Başkasının Sözleşme İlişisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, s. 422, Kadir Berk KAPANCI (2016). *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 14, Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY (2016). *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 350, Eren, s. 600, İnan/ Yücel, s. 150.

⁵⁴⁵ Oğuzman/ Öz, C. II, s. 63, Ateş (2007a), s. 87, Barlas, s. 422, Kapanıcı, s. 15.

değişebilen bireysel ahlaki bakış açılarının göz ardı edilmesi bu bakımdan zorunludur. Toplumun genelindeki ahlaki görüşün tespitinde hâkimin makul, orta düzeyde, dürüst insanın ahlak algısını, düşüncesini ele almasından⁵⁴⁶ öte, daha sıkı, ayrıntılı bir inceleme ile toplumdaki azınlıkların ve farklı grupların görüş ve düşüncelerinin de dikkate alması objektif ahlak kavramının daha sağlam temellere oturtulması açısından gereklidir⁵⁴⁷. Fakat bu tespitin her somut olayda adil ve hakkaniyete uygun kararların ortaya çıkması bakımından zorluğu ve mahkemedeki incelemenin her zaman bu kadar derinlikli olamama tehlikesi göz ardı edilemeyecek bir noktadır.

Bahsedilen tehlikelere karşı koyabilme amacıyla haksız fiil alanında ahlaka aykırılığın objektif hukuka aykırılık teorisi çerçevesinde ele alınması, hâkimin ahlaka aykırılık kavramını istisnai ve son başvurulacak yol olarak kullanmasına örnek oluşturmaktadır. Türk-İsviçre hukuku öğretisinde baskın olan objektif hukuka aykırılık teorisi⁵⁴⁸ uyarınca hukuk düzeninin yazılı veya yazılı olmayan, emir ve yasaklar içeren kurallarına aykırı davranışlar, hukuka aykırılık oluşturur⁵⁴⁹. Hukuka aykırılık unsurunun verilen zararların belirli bir kısmının tazmini noktasında bir sınır oluşturması ön plandadır. Bu teori çerçevesinde haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun varlığından bahsedebilmek için söz konusu davranışın bir mutlak hakkı⁵⁵⁰ konu alan veya mutlak hak niteliğinde olmayan malvarlığı değerlerine zarar verici davranışları engellemeye yönelik düzenlenen koruma normuna aykırılık oluşturması gerekir⁵⁵¹.

Objektif hukuka aykırılık kapsamında bir mutlak hakka veya bu nitelikte olmayan bir malvarlığı değerine zarar veren davranışın haksız fiil olarak tazminat yükümlülüğü

⁵⁴⁶Cahit DAVRAN (1955). *Ahlaka Aykırılık Sebebiyle Mesuliyet (Borçlar Kanunu 41/II üzerinde bir inceleme)*, İBD, C. XXIX, s. 271.

⁵⁴⁷ Fransız hukukunda zamana göre değişebilen ahlak kavramına objektif bir tanım arayışında Fransız vatandaşların çoğunluğunun düşüncesini esas alan mahkemelere yönelik günümüzün hoşgörü ortamına dikkat edilmesi vurgusu önemlidir. Bunun için bkz. Ghestin (2013), s. 106- 107.

⁵⁴⁸ Haksız fiil hukukunda hukuka aykırılık unsuru ile ilgili öne sürülen sübjektif hukuka aykırılık teorisi ile özen ve koruma yükümlülüklerinin ihlaline dayanan üçüncü hukuka aykırılık teorisine ilişkin açıklamalar çalışmamızın kapsamını aştığından bu noktada sadece bahsi geçen teorileri belirtmekle yetinmekteyiz. Söz konusu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 584, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 14.

⁵⁴⁹ Meliha Sermin PAKSOY (2018). *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 82 vd, Vedat BUZ (2013). *Aynı Şahsın Farklı Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler*, BATİDER, C. 29, S. 2, s. 32, Selim KANETİ (2007). *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 84, Eren, s. 585, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 15, Baysal (2019), s. 96, N. 90, Davran, s. 268, Çağlayan Aksoy, s. 156.

⁵⁵⁰ Alman Hukukunda BGB md. 823 hükmünde mutlak hak niteliğinde sayılan hakların sayımı yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda, mülkiyet hakkı, yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, kişilik hakkı, aynı haklar ve fikri haklar mutlak haklar olarak sayılmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 367, Eren, s. 594, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, s. 482, Kaneti, s. 66-67, Çağlayan Aksoy, s. 163.

⁵⁵¹ Kılıçoğlu, s. 365, Eren, s. 591, Buz, s. 33, Çağlayan Aksoy, s. 159,

doğurması bakımından sonucun veya davranışın hukuka aykırılığı önem taşımaktadır. Öncelikle bir mutlak hakkın ihlali halinde bu sonucun tek başına hukuka aykırılık oluşturduğu, bu nedenle de ihlali meydana getiren davranışın mutlak hakları güvence altına alan bir temel koruma normuna aykırı olup olmadığına bakılmaksızın zararın tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bahsedilen durumda sonucun hukuka aykırılığı mevcuttur⁵⁵². Davranışın hukuka aykırılığı halinde ise, mutlak hak niteliğinde olmayan hak ve değerleri ihlal eden davranışın meydana getirdiği malvarlığı zararını koruyan bir özel koruma normuna aykırılık oluşturmaktadır. Davranışın oluşturduğu zarar çeşidinin özel koruma normu kapsamında tazmin edileceğinin tespit edilmesi halinde hukuka aykırılık unsuru bakımından davranışın hukuka aykırılığı söz konusudur⁵⁵³.

TBK md. 49/ f.1 uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hukuka aykırılık unsuru, bu şekilde ele alınırken, temel koruma normu ile korunan mutlak bir hakkın ihlalinin ya da özel koruma normu ile tazmini öngörülen bir malvarlığı zararının bulunmadığı durumlarda devreye tamamlayıcı nitelikteki ahlaka aykırılık kavramı girmektedir⁵⁵⁴. TBK md. 49/ f. 2’de sonucun veya davranışın hukuka aykırılığının tespit edilememesi halinde haksız fiil sorumluluğu, kasıt ve ahlaka aykırılık unsurları aracılığıyla düzenlenmektedir. Kanun koyucu bu fıkra ile ilk fıkra kapsamında belirlenmiş bir hukuka aykırılığın oluşmadığı, ancak hukuka aykırı olmayan bir davranış sonucu oluşan zararın davranışta bulunan kişi tarafından giderilmemesi sonucunun rahatsızlık oluşturduğu durumlar için belirli kıstaslar dâhilinde tazminat yükümlülüğü öngörmüştür. Doktrinde söz konusu maddenin ilk fıkrasındaki hukuka aykırılık kadar açık bir durum olmaması nedeniyle zarar verenin zarar verme kastı, diğer bir ifadeyle özel kast ile hareket etmesinin arandığı belirtilmiştir⁵⁵⁵. Ahlaka aykırılık kavramı ise hukuka aykırılık teşkil etmeyen bir fiil sonucu oluşan zararın giderilememesinin vereceği rahatsızlık duygusunun tanımlanması, hukuken içinin doldurulması bakımından önemlidir. Bu konuda öğretilerde genellikle adaleti sağlama, vicdan duygusu ve hakkaniyet

⁵⁵² Baysal (2019), s. 97, N. 92, Eren, s. 592, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 16, Buz, s. 33.

⁵⁵³ Baysal (2019), s. 98, N. 95, Kılıçoğlu, s. 366, Eren, s. 596, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 64, Buz, s. 34.

⁵⁵⁴ Turhan ESENER (1989). *Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sisteminde Ahlakın Rolü*, MÜHFHAD, C. 3, s. 10, Baysal (2019), s. 146, N. 187-188, Buz, s. 43, Kapancı, s. 8, Paksoy, s. 107, Davran, s. 269. Aynı noktaya TBK md. 27 anlamında değinilmesine ve hukuka aykırılığın erişemediği ancak kabul edilmesi hakkaniyete aykırı olan somut olaylar için ahlaka aykırılığın bir rezervuar işlevi gördüğüne, son çare niteliğine ilişkin bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 378.

⁵⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 368, Eren, s. 600, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 65, Kapancı, s. 32, Davran, s. 277-278.

ilkesinden bahsedilmektedir⁵⁵⁶. Çalışmamızın son bölümünde üzerinde durulacak olan⁵⁵⁷ mahkeme kararlarının adaleti sağlama amacının ve hakkaniyet ilkesinin kamu düzeni kavramı ile ilişkisine benzer şekilde TBK md. 49/ f. 2 anlamında ahlaka aykırılık hallerinin somutlaştırılması⁵⁵⁸ yoluna gidilmiştir.

Bu başlık altında önemle altı çizilmesi gereken konu, ahlaka aykırılık kavramının haksız fiil hukukunda ikincil ve istisnai bir başvuru kaynağı olmasıdır. Hukuka aykırı bir fiilin verdiği zararın giderilmesi için TBK md. 49/ f. 1 hükmü uygulanırken; mutlak bir hakkın ya da diğer bir hak veya menfaatin ihlali olmaksızın oluşan zararın tazmini için ikinci fıkrada adeta son bir çıkış yolu eklenmiştir. Hukuka aykırılığın yanında tali, istisnai bir şekilde ahlaka aykırılığa dayanan bir tazminat imkânı yaratılmıştır⁵⁵⁹. Belirttiğimiz üzere, ahlaka aykırılığın suiistimale açık, tehlikeli bir kavram olması sebebiyle bu yaklaşım, hukuk güvenliği lehine olmuştur. Ek olarak, ahlaka aykırılık, hukuka aykırılık kavramının kullanılmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğunun kapsamını genişletmektedir. Hukuka uygun verilen zararların tazmini bu istisnai ve başvurulacak nihai yol aracılığıyla mümkün kılınmıştır. Söz konusu yola başvurmanın ise kolay olmayacağı açıktır, zira ilk fıkraya nazaran fiilin ahlaka aykırı olduğu ve kasten zarar verme amacıyla gerçekleştirildiği iddiasının ispat yükü daha ağırdır⁵⁶⁰.

Bu açıdan varılan sonuç, ahlaka aykırılığın objektif nitelikte tanımlanmasına yönelik çabalara rağmen, bu kavramın yer ve zamana göre değişken olması, yazılı olmayan kurallardan oluşmasının hukuk güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ve bu tespitler ışığında suiistimale açık olduğudur. Aynı durum çalışmamızın konusunu oluşturan kamu düzeni kavramı için de geçerlidir. Farklı hukuk sistemlerinde birbirlerine yakın özellikleri vurgulanan bu iki kavram, hukuk üstü değerlere atıfta bulunarak mahkemelerin her somut olayda tekrar tekrar incelemesi gereken kavramlardır. Söz konusu tehlikeler ve zorluklar hesaba katıldığında hem ahlaka aykırılık hem de kamu düzenine aykırılık kavramlarına istisnai ve *ultima ratio* olarak başvurulması kanaatimizce isabetli olacaktır.

⁵⁵⁶ Baysal (2019), s. 148-149, n. 191, Kapancı, s. 9 Çağlayan Aksoy, s. 389.

⁵⁵⁷ Bkz. III, 1.3

⁵⁵⁸ Anglo-Amerikan hukukunda haksız fiil sorumluluğunun temelinde yer alan, Alman hukukunda da yararlanılan ahlaka aykırılık hallerinin katalog olaylar şeklinde tasnifi ve bu yönteme sıkı sıkıya bağlı kalmanın olası sakıncaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaneti, s. 65 vd., Kapancı, s. 20, Çağlayan Aksoy, s. 335-336, 363. Bu noktada her ne kadar fuhuş sektörüne ilişkin ayrı bir kanuni düzenleme yapıldıysa da genel anlamda seksüel faaliyetler, taşıyıcı annelik ve kelepçeleme sözleşmelerinin örnek olay gruplarından olduğuna ilişkin bkz. Foster/ Sule, s. 391.

⁵⁵⁹ Kapancı, s. 83, Barlas, s. 421-422, Çağlayan Aksoy, s. 390.

⁵⁶⁰ Çağlayan Aksoy, s. 326.

3.3.4.3. *Ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık*

Çalışma konumuzun ahlaka aykırılık kavramı ile ilişkisinin çok katmanlı ve tespiti zor sınırlara sahip olduğu düşünüldüğünde Borçlar hukuku çerçevesinde söz konusu iki kavramın başka bir boyutta daha incelenmesi gerekli görünmektedir. Bu açıdan ekonomik düzende kişilerin birbirleriyle kurduğu sosyal ilişkilere ve hukuki işlemlere hukuk düzenince bağlanan sonuçlar kavramların özelliklerini de açığa çıkartmaktadır. Dolayısıyla hem kamu düzeni hem de ahlak kurallarının ekonomik düzende sahip oldukları özelliklerin vurgulanması, bu araştırma ve inceleme faaliyeti sırasında farklı yaklaşımları kıyaslayabilmek adına karşılaştırmalı hukuka başvurulması ve daha sonra Türk hukuku açısından konuya ilişkin örneklerle değerlendirilmesi son derece faydalı olacaktır.

3.3.4.3.1. *Karşılaştırmalı hukukta ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık*

Öncelikle ekonomik kamu düzeni açısından karşılaştırmalı hukukta hâkimin ve kanun koyucunun yaklaşımına göz atmak gerekirse, hâkim ekonominin planlanmasının yalnızca kanun koyucu tarafından yapılabileceğini düşünür. Kanun koyucu kanunlar aracılığıyla daha geniş ölçüde ekonomik hayatı düzenlerken, sözleşmeye ve onun getirdiği özgürlüklere daha az yer vermektedir. Fransız hukuku doktrinde yasalar aracılığıyla devletin kurduğu ekonomik düzenin kamu düzeni kavramının bir unsuru olduğu savunulmaktadır⁵⁶¹. Kanunun açık bir yönlendirmesi olmaksızın, Fransız hâkim ekonomik kamu düzenini ortaya çıkarmaktan ve buna ilişkin kural yaratmaktan çekinir. Yalnızca ekonomik varsayımlarla bir sözleşmeyi sonlandırma yerine belirsiz bir ekonomik ahlak karşısında hâkim, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine bağlı kalmayı

⁵⁶¹ Ripert (1948), s. 257, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 267. Buna karşılık konuya idare hukuku açısından yaklaşan bir görüşe göre ekonomik kamu düzeni yerine ekonomik düzen kavramı kullanılmalıdır. Zira bir ülkedeki ekonominin meşru ve genel işleyişi, organizasyonu anlamına gelen ekonomik düzen kavramı, idare hukukundaki klasik unsurlarıyla sınırlı olarak kullanılması gereken kamu düzeni içerisinde yer almamalıdır. Bu görüşe ilişkin bkz. Ali ULUSOY (2009). Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 -11 Ocak 2008), Ekonomi ve Hukuk, C. 4, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 26.

tercih etmektedir⁵⁶². Fransız hukukunda hâkimin ekonomist olmadığı ve bu nedenle mahkemede siyasi ekonomiye girmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁶³. Fransız hâkim kanun koyucu tarafından düzenlenmiş ekonomik kamu düzenini ahlaki düzlem üzerine oturarak kamu düzeni kavramını oluşturur. Anglo-Amerikan hukukunda hâkim, liberal ekonomiyi (*laissez-faire*) savunmaktadır. Bu bakımdan statüler kendisine yetki vermedikçe ekonomik düzende inisiyatif almak istememektedir. Eski Sovyet hukukunda ise hâkim, kanun tarafından öngörülmeven ekonomik yetkilerin kendisine verilmesini reddetmekteydi⁵⁶⁴.

Fransız hâkim, ekonomiyle ilgili mevzuatı *Code Civil*'in ruhuna uygun olarak yorumlamaya çalışmaktadır. Kötü niyetli borçlunun her defasında kanunun katılığı ile ekonomik dalgalanmalar arasında oluşan farkı zaman içerisinde manipüle etmek istemesi halinde hâkimin kamu düzeni içerisindeki ahlak unsurunu ekonomik kamu düzeni olarak tanımlaması gerekir⁵⁶⁵. Fransız içtihadı, örneğin tazminat sorumluluğunun kapsamı konusunda farazi olarak belirlenmiş bir değer veya miktarın dikkate alınması yoluyla bir zarar miktarını belirlemeyi reddetmektedir. Buna bağlı olarak, zarar ve hasarın hesaplanmasında ücreti, bedeli veya artış oranını sabitleyen kurallar yerine sözleşmenin getirdiği kurallar bütününe uygulanmayı savunmaktadır⁵⁶⁶.

Ekonomik kamu düzenine aykırı işlemlere karşı alınacak önlemler konusunda ahlaki gereksinimler, cezai yaptırımlar açısından bu kavramı genişletirken, medeni hukuk alanında sınırlamaktadır⁵⁶⁷. Ekonomik düzende gerçekleştirilecek ihlalleri önleme

⁵⁶² Bu açıdan hâkimin göz önüne aldığı kamu düzeninin ekonomik kamu düzeni sayılamayacağı ve eskisinin yerine yapılmak istenen yeni kamu düzeninin her daim ekonomik düzeni olacağına ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 55, s. 57.

⁵⁶³ Malaurie/ Aynés/ Stoffel- Munck, s. 321.

⁵⁶⁴ Ayrıca eski Sovyet hukukunda süper kanun olarak nitelendirilen beş yıllık planlarla ekonomik kamu düzeni belirlenmiştir. Ülkenin ekonomi stratejisini belirleyen tek araç olan bu planlama, emredici niteliktedir. Kanunlardaki hükümler bu plana atıf yaptığında plan uygulanır. Eski Sovyet hukukundan farklı olarak batılı hukuk sistemlerindeki liberalizm etkisi ile ekonomik kamu düzeni sadece kanun veya idari düzenlemelerle belirlenebilir, söz konusu kavramın kaynağı olarak kullanılabilir üçüncü bir hukuki formül bulunmamaktadır. Bunun için bkz. Malaurie (1953), s. 60.

⁵⁶⁵ Moradiere, s. 744. Temel ekonomik hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında günümüzde temel haklar ve insanlık onurunun korunması ilkesi gibi uluslararası hukukta yer alan temel değerlerin, kamu düzeninin ahlak unsurunun merkezinde olduğuna ilişkin bkz. Bénabent, s. 142. Politik kamu düzeni içerisinde genel ahlakın korunması kapsamında cinsel ahlaka, temel insan haklarına aykırı ya da ahlaka aykırı bir menfaat elde etmeye yönelik sözleşmelerin geçersiz olduğu görüşüne ilişkin bkz. Flour/ Aubert/ Savaux, s.262 vd.

⁵⁶⁶ Malaurie (1953), s. 57.

⁵⁶⁷ Fransız Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu kararında ekonomik ihlalleri tanımlarken bu durum belirgindir, ancak Medeni hukuk açısından ekonomik kamu düzenini tanımlamadan yalnızca unsurları ortaya koyulmuştur. Les Chambres Réunies T. 01.08.1949, Juris Classeur Périodique (Semaine Juridique) 49-5033, Malaurie (1953), s. 59.

ihtiyacı, ekonomik ahlaka aykırılık kavramına daha geniş bir alan bırakırken, sözleşme hukuku nun esasları bunu daraltmaktadır. Kanun koyucunun ekonomik ilişkileri düzenleme adına ekonomik kamu düzenine aykırı sözleşmelere karşı alacağı önlemler, temel ilkelerden ve ahlaki değerlerden etkilenmez. Bu nedenle ekonomik kamu düzeni kuralları olumlu, yasaklayıcı olmayan önlemler getirmektedir⁵⁶⁸. Ancak taraf iradelerinin özerkliği ile ekonomik önlemler arasında bir çatışma çıkabilir. Fransız Yüksek Mahkemesi her iki menfaati de yerine getirme amacıyla çatışmayı çözmeye çalışmıştır. Örneğin Fransız Yargıtay Ceza Dairesi, 1945 yılında verdiği bir kararında ilk derece mahkemesi olan Bordeaux Mahkemesi'nin verdiği karara uyarak bir ceza davasında sözleşmedeki edimin suç niteliğinde olmasına rağmen seks işçisi kadının uğradığı zararların tazminini muhabbet tellalından talep edebileceğine karar vermiştir⁵⁶⁹. Verilen kararın gerekçesinde ahlaka dayalı hakkaniyete aykırı bir sözleşme sonucu ortaya çıkan zararın tazminini talep eden seks işçisinin karşısında muhabbet tellalının tazminat ödeme yükümlülüğü doğduğu sonucuna varılmıştır. Üst derece mahkemesi, muhabbet tellalının temyiz talebini reddederken hukuka aykırı sebebe dayanan sözleşmenin geçersiz olacağına ilişkin eski CC md. 1131 hükmü yerine, sözleşmeden bağımsız olarak, '*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*' isimli bir Medeni hukuk ilkesine⁵⁷⁰ dayanmıştır. Buna göre, kişinin kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak ileri sürdüğü talep, lehine herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacak ve dinlenilmeyecektir⁵⁷¹. Mahkeme, kanaatimizce böylelikle sözleşmenin zayıf tarafı olan seks işçisinin ekonomik menfaatini koruma amacıyla taraflar arasında ahlaka dayalı bir hakkaniyetin gözetilmesini sağlamıştır. Dolayısıyla hâkimler tarafından kamu düzeni üzerinden inşa edilen ahlak kavramı, ekonomik kamu düzeni alanını genişletebilir veya sınırlandırabilir⁵⁷².

Ekonomik ahlaka aykırılık kavramının geniş bir alanda kullanılması, kamu düzeni kavramına BGB'de yer verilmeyen Alman hukukunda karşımıza çıkmaktadır. BGB md.

⁵⁶⁸ Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 142.

⁵⁶⁹ Fransız Yüksek Mahkemesi Ceza Dairesi T. 07.06.1945, RTD Civ. 1946, C. XLIV, s. 30-31.

⁵⁷⁰ İlkenin 'adalet arayanın elleri temiz olmalıdır' şeklindeki, Türkçe tercümesi için bkz. Serozan, *Borçlar Genel*, s. 339. Söz konusu ilkenin Roma hukukundan gelmediği, Papa Innocent III'ün bir kararında ilk olarak yer aldığı, haksızlık yapan kişiye iadenin reddedilmesine yönelik eğilimi ile hukuku ahlak penceresinden değerlendiren bir nitelik taşıdığına ilişkin bkz. Maurice AUBERT (1954). *La Répétition des Prestations Illicites ou Immorales*, Lozan: Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, s. 16, Derya Ateş (2008). '*BK md. 65 Kuralı: Özel Olarak Genel Ahlaka Aykırı Amaçla Verilenin İade Edilememesi*', Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul: Beta Yayınları, s. 585, Ripert (1949), s. 110, Le Roy/Schönenberger, s. 29.

⁵⁷¹ Malaurie (1953), s. 219. Söz konusu karara karşı çıkan görüş için bkz. Henri MAZEUD/ Léon MAZEUD (1946). '*Obligations en général et responsabilité civile*', RTD Civ., C. XLIV, s. 31.

⁵⁷² Malaurie (1953), s. 59- 60.

138 hükmünde bahsedilen ahlak kuralları (*gute Sitten*), esasen BGB md. 817 ve md. 826'da yer verilen ahlaka aykırılık (*gegen die guten Sitten*) kavramının içeriğini oluşturmaktadır. Bu açıdan BGB'de genel ahlak kavramının anlamı, uygulama alanı ve doğurduğu sonuçlar bakımından farklılık gösterebilir. Hâkime bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır⁵⁷³. Ancak Alman hukukunda genel ahlak kavramının BGB md. 138 çerçevesinde nasıl anlamlandırıldığını tespit edebilmek için yasada kullanılan terimin neden tercih edildiğine göz atmak gereklidir. Madde metninde yer alan “*Sitte (coutume, örf-adet, gelenek)*” kavramı ile “*Sittlichkeit (morale, ahlak, ahlaklılık)*” kavramı⁵⁷⁴ arasında tercih yapma sorunu Alman hukuku doktrininde tartışmalara yol açmıştır. Öğretideki bir görüş, ahlaka aykırılığı belirlerken toplumun geleneklerinin ve buna bağlı olarak değer yargılarının dikkate alınması gerektiğini; diğer bir görüş, hâkimin görevinin ideal ahlak anlayışını belirlemek olduğunu; baskın konumdaki üçüncü ve karma görüş ise, BGB'nin objektif niteliğini koruma amacı ile ortak bilinci ortaya çıkararak toplumdaki adil, hakkaniyetli kişiler ile Alman halkının sahip olduğu anlayış ve tutumun esas alınması gerektiğini savunmaktadır⁵⁷⁵.

Günümüzde ise 1901 tarihli *Brisbane* kararında⁵⁷⁶ geçen “Ortak bilinç ve adil, hakkaniyetli şekilde düşünen kişilerin makul anlayış ve görüşleri doğrultusunda hâkim, genel ahlak ölçütünü araştırmalıdır.” ifadesine dayanan hakim görüşe karşı, ahlak kavramının hukuk dışı, ahlak felsefesinden doğan kavramların kullanımını eleştiren farklı görüşler Alman hukuku doktrininde ortaya çıkmıştır. Çalışma konumuzla ilgili dikkat çekici bir görüşe göre⁵⁷⁷, ahlak kavramının etik gibi hukuk dışı kavramlar yerine hukuk düzeni kapsamında daha objektif şekilde belirlenmesi için kamu düzeni kavramı esas alınmalıdır. Söz konusu görüş uyarınca ahlaka aykırılık kavramı mevcut ekonomik düzeni veya kamu düzenini ihlal eden davranışlar sonucu ortaya konmalıdır. Bu

⁵⁷³ J. DELIYANNIS (1952). *La Notion D'acte Illicite Considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris: LGDJ, s. 41, Opréa, s. 87, Çağlayan Aksoy, s. 347.

⁵⁷⁴ Kavramların içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Deliyannis, s. 44, Çağlayan Aksoy, s. 349, Ateş (2007a), s. 16, s. 73 vd.

⁵⁷⁵ Söz konusu farklı görüşlere yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Opréa, s. 88 vd, Moradiere, s. 744. Ayrıca hakim olan karma görüşe yönelik, somut olayda hukuki işlemin ahlaka aykırı olup olmadığına ilişkin hakimin kişisel bakış açısı ile karar verme tehlikesinin bertaraf olmadığı, hakimin pekala toplumu oluşturan bireylerle aynı düşüncelere, alışkanlıklara, önyargılara sahip olabileceği, bu nedenle de toplumun ortak bilinci ile hakimin bakış açısı arasında muğlak bir sınır olduğu, hakim görüşün ancak sözleşme taraflarının aynı meslek grubundan olması veya sözleşme konusunun belirli bir meslek ile ilişkili olması ile birlikte mesleki bir ahlaktan bahsedilebilmesi halinde isabetli olacağı yönünde getirilen eleştiriler için bkz. Opréa, s. 96-97, Ateş (2007a), s. 19-20.

⁵⁷⁶ Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Opréa, s. 96, Çağlayan Aksoy, s. 353.

⁵⁷⁷ Cees VAN DAM (2014). *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, s. 83, Çağlayan Aksoy, s. 358.

doğrultuda sosyal devlet kavramından ve Anayasal ilke ve değerlerin bireyler arası ilişkilerde de uygulanmasına yönelik yatay uygulama prensibinden bahsedilmesi gerektiği, ekonomik kamu düzeni ile paralel şekilde, savunulmaktadır. Ahlaka aykırılığın oluşabilmesi için öncelikle kişinin baskın, güçlü konumunu, hukuki bir yetki veya aracı kötüye kullanması gereklidir. Burada savunulan kişinin düzene uygun davranması halinde zarar görenin menfaati ihlal edilmeyecek olması, ekonomik ve hukuki düzene veya kamu düzenine aykırı davranış sonucu zararın doğmasıdır. Ahlaka aykırılık için aranan ikinci unsur, failin kendi menfaatine davranması iken, üçüncü ve son unsur ise, failin belirlenebilir bir tutum içinde, çoğunlukla sadakatsiz şekilde, davranmasıdır⁵⁷⁸. Ancak söz konusu görüşün geçmişte Alman hukukuna ne kadar yabancı olduğu sonucuna varabilmek için BGB md. 138/ f.1'in düzenlenmesi aşamasına bakmak yeterlidir. Alman kanun koyucunun genellikle pratik olma, soyut nitelikteki düzenlemeler ve kavramlardan kaçınma eğilimi gösterdiği belirtilmektedir. Nitekim BGB düzenlemelerinde soyut ve belirsiz kavramlara yer verilmemesi nedeniyle kamu düzeni kavramının yasa metninde tercih edilmemesinde olduğu gibi, "gute Sitten" kavramının seçimi de geçmiş pratiğe dayanan, somut nitelikte bir kavram olması önemli olmuştur⁵⁷⁹.

3.3.4.3.2. *Türk hukukunda ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık*

Bu başlık altında inceleme konusu yaptığımız hususu Türk hukuku çerçevesinde ele aldığımızda ise, TBK md. 27/ f.1, md. 49/ f. 2 ve md. 81 hükümleri, sırasıyla BGB md. 138/ f.1, md. 826 ve md. 817'e paralel bir şekilde⁵⁸⁰ ahlaka aykırılık kavramına yer vermiştir. Diğer bir taraftan Türk Borçlar Kanunu'nu BGB'den ayıran önemli bir husus, sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri arasında bağımsız ve özgül bir kavram olarak kamu düzenine aykırılığın kanun koyucu tarafından öngörülmesidir. Daha önce de değindiğimiz gibi, sözleşme özgürlüğünü sınırlanmasına ilişkin TBK md. 27/ f.1 hükmünde karşımıza çıkan kamu düzenine aykırılık, diğer sebeplerden ayrı ve Anayasa'ya uygun bir sınırlama sebebidir⁵⁸¹. Bu açıdan Türk hukuku, sözleşme hukuku çerçevesinde ahlaka aykırılık kavramına daha kısıtlı ve dar bir alan bırakan, kamu düzeni

⁵⁷⁸ Deliyannis, s. 49, Van Dam, s. 84, Çağlayan Aksoy, s. 358-359.

⁵⁷⁹ Opréa, s. 103, Meinertzhagen- Limpens, s. 230.

⁵⁸⁰ Esener, s. 10, Ateş (2007a), s. 187-188. Ek olarak, BGB md. 826 hükmüne kıyasen TBK md. 49/ f. 2 hükmü sınırları bakımından dikkatli ve istisnai şekilde uygulanması gerektiği, BGB md. 826 hükmünün daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğuna ilişkin bkz. Kapancı, s. 85, Çağlayan Aksoy, s. 484.

⁵⁸¹ Yuk. bkz. I, 4.3.2.2, s. 51.

içindeki ahlak unsurunu ekonomik kamu düzeni olarak tanımlayan Fransız hukukuna bir adım yaklaşmaktadır⁵⁸². Mevcut durum karşısında varılan bu çıkarım, çalışmamız kapsamında ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ilişkilerdeki ahlaka aykırılık kavramlarının arasındaki farkı belirleme ve bunlar arasında bir ayırım yapma ihtiyacı ve çabasına yönlendirmektedir.

Ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık kavramı arasında var olan belirli farklılıklara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, söz konusu iki kavramın istisnai niteliğinin bilincinde olarak aralarındaki gri alanı biraz daha netleştirebilmek çalışmamız açısından son derece önem taşımaktadır. Dikkat çekilmesi gereken nokta, kamu düzeni ile ahlaka aykırılığın TBK md. 27/ f. 1’de iki farklı sınırlama sebebi şeklinde düzenlenmiş olmasını kişiler arasındaki ekonomik ilişkiler çerçevesinde anlamlandırmaktır. Alman ve Fransız hukuku öğretisindeki hakim görüşlerin savunduğu üzere kamu düzeni kuralları-ahlak kuralları ilişkisinde bir kavramı diğerine üstün tutma eğiliminin Türk kanun koyucunun iradesine ve Türk hukuk düzenine ters düşeceği, uyum sağlamayacağı ve bu nedenle de isabetsiz olacağı kanaatindeyiz.

Ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık kavramları arasında başlangıçta tespit edilebilecek farklılıklara değinmek gerekirse, ilkinin sadece sözleşme hukuku alanında var olmasına karşılık, diğerinin hem sözleşme hem de haksız fiil hukukunda belirli hüküm ve sonuçlara ulaşmak için kullanıldığı görülmektedir. Ekonomik kamu düzeni kurallarının görünümünü genel işlem şartları ve sorumsuzluk anlaşması gibi bazı konulara ilişkin olmak üzere Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri çerçevesinde tespit etmek mümkündür⁵⁸³. Ekonomik ahlaka aykırılık kavramı çerçevesinde değinilebilecek düzenlemeler ise TBK md. md. 27/ f.1, md. 49/ f. 2 ve md. 81 hükümleridir⁵⁸⁴. Ayrıca çalışmamızın ilk bölümünde üzerinde durduğumuz üzere, ekonomik kamu düzeni kavramının ortaya çıkışı ve Borçlar hukukunda bu tür kuralların varlığı, özellikleri ve türleri hakkında kayda değer bilgi ve kaynak Fransız hukuku menşelidir. Bunun aksine, ekonomik ahlaka aykırılık üzerinden söz konusu karşılaştırmayı yapabilmek için ahlak kurallarına hukuk sisteminde önemli bir yer ayıran,

⁵⁸² Buna ek olarak, Türk hukuku doktrininde ahlaka aykırılığın kamu düzeni kapsamında göz önüne alınması ve TBK md. 49/ f.2 anlamında kamu düzenini etkileyen olaylarda haksız fiil sorumluluğunun doğması gerektiği görüşü için bkz. Baysal (2019), s. 151, N. 195.

⁵⁸³ Konuya ilişkin daha ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. II, 4, s. 152 vd.

⁵⁸⁴ 6098 sayılı TBK md. 27/ f. 1 ve md. 49/ f. 2 hükümlerinde yer alan ahlaka aykırılık kavramının aynı olduğu ancak birbirinden ayrılan sonuçları olduğuna ilişkin bkz. Baysal (2019), s. 153-154, N. 197, Ateş (2007a), s. 189.

ilgili doktrinsel tartışmaların uzun süredir yapıldığı Alman hukukunun bu açıdan isabetli bir kaynak olduğu aşikârdır. Bunlara ek olarak, kavramların tehlikeli ve suiistimale açık niteliğine atıfta bulunarak, ekonomik kamu düzenine aykırılığın hukuk güvenliği ve sözleşme özgürlüğü gereği; ekonomik ahlaka aykırılığın ise⁵⁸⁵ TTK, TBK ve İş Kanunu'nun yanı sıra TKHK, RKHK gibi özel kanun hükümleri ve ticari hayattaki teamüller ve uygulamalar bakımından dar kapsamlı olduğu belirtilmelidir.

Ekonomik kamu düzeni ile karşılaştırmasını yapabilmek ve aile, cinsellik gibi konular çevresinde oluşan ahlaka aykırı durumları kapsam dışı tutabilmek amacıyla önüne 'ekonomik' sıfatını koyduğumuz ahlaka aykırılığın TBK md. 27/ f. 1 uyarınca sözleşme özgürlüğünü sınırlama işlevine ve haksız fiil konusunda hukuka aykırı bir davranış bulunmasa dahi TBK md. 49/ f. 2 uyarınca salt malvarlığı zararlarının tazmini noktasında devreye girmesine değinmiştik. Ancak hukuk düzenince sonuç bağlanan hangi ahlaka aykırı durumların ekonomik kamu düzeni ile karşılaştırılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bakımdan haksız fiil hukukunda TBK md. 49/ f. 2 kapsamında ahlaka aykırılık sayılan üçüncü kişinin taraflardan birini sözleşmeye aykırılığa yönlendirmesi ve TBK md. 27/ f.1 uyarınca ahlaka aykırılık sınırlamasına çarpan sözleşme tarafının ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması inceleme konumuzla yakından ilgili olabilecek durumlardır.

İlk olarak, sözleşmeyi ihlale yöneltme, BGB md. 826'nın uygulanmasında kolaylık sağlamak ve konuyu somutlaştırmak için Alman hukukunda ahlaka aykırılıkları kategorileştirme ihtiyacından doğan bir olay grubudur⁵⁸⁶. Türk- İsviçre hukukunda bu konuda hukuka aykırılığın söz konusu olmamasının sebepleri, üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesine bu niteliği verecek bir genel davranış kuralının bulunmaması ve sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği alacaklının sözleşmeyi ihlal eden borçludan TBK md. 112 vd. hükümlerince zararını tazminini isteyebilmesidir⁵⁸⁷. Buna karşılık, üçüncü kişinin

⁵⁸⁵ Ekonomik ahlaka aykırılığın bu açıdan dar kapsamlı olmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kapancı, s. 96-97, Ateş (2007a), s. 190, Paksoy, s. 151 vd.

⁵⁸⁶ Van Dam, s. 78, Foster/ Sule, s. 391, Kötz, s. 213, Baysal (2019), s. 151, N. 194, Kapancı, s. 20. Mehaz İsviçre hukukunda da aynı eğilimin varlığına dair bkz. Peter BÖHRINGER, Roger MÜLLER, Peter MÜNCH, Alex WALTENSPÜHL (2010). *Prinzipien des Vertragsrechts*, 2. Baskı, Zürich: Schulthess, s. 34.

⁵⁸⁷ Oğuzman/ Öz, C. II, s. 66. Ancak üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesinin MK md. 2/ f. 1 kapsamında dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu ve bu kuralın bir genel davranış kuralı olarak görülmesi gerektiğine ilişkin ayrıntılı incelemeler için bkz. Barlas, s. 432-433, Çağlayan Aksoy, s. 469 vd. Bu konuda İsviçre Borçlar Kanunu'nun 2020 tasarısında (OR-2020) dürüstlük kuralının bir genel davranış kuralı olarak benimsenmesi ve dürüstlük kuralına aykırı davranışlarında hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi ve buna yöneltilen eleştiriler için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 263 vd.

sözleşme ihlalini oluşturacak bir davranışa yönlendirme fiilinin her koşulda ahlaka aykırı niteliğe sahip olduğu da doktrinde kabul edilmemektedir. Bu çerçevede ahlaka aykırılık unsurunun belirlenmesi bakımından dikkate alınması gereken nokta, alacaklının uğradığı zarar ile ihlal edilen menfaati ve borçluyu ihlal niteliğindeki davranışa yönlendiren üçüncü kişinin menfaatinin karşılaştırılmasıdır⁵⁸⁸. Ahlaka aykırılığı belirleyebilmek amacıyla sözleşmeyi ihlale teşvik edici, yöneltici davranışlarda ek unsurlar aranmaya başlanmış; bu unsurların varlığını her somut olayda değerlendirirken bahsedildiği gibi kişiler arası menfaatler dengesinin adalet duygusunu yaralayıcı, hakkaniyete aykırı şekilde bozulduğu durumlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Eğer fail üçüncü kişinin hukuken korunmaya değer herhangi bir menfaati olmaksızın sadece alacaklıya zarara uğratmak amacıyla hareket ediyorsa⁵⁸⁹, korunmaya değer menfaati alacaklıya verilen zarar karşısında önemsiz ölçüde kalıyorsa⁵⁹⁰ ya da alacaklının zararının azaltılması veya engellenmesi mümkün olup, zarar verenden bunlar beklenebilir ise⁵⁹¹ ahlaka aykırılığın var olduğu belirtilmektedir. Yine üçüncü kişi tarafından kullanılan aracın ahlaka aykırı olması, örneğin rüşvet verilmesi, halinde de TBK md. 49/ f. 2 hükmü devreye girecektir⁵⁹².

Sözleşmeyi ihlale yöneltmeye ilişkin menfaatler dengesinin gözetilmesi sırasında piyasadaki serbest rekabetin korunması da önem arz etmektedir. Gerçekten piyasa koşullarında üçüncü kişi borçluyu ikinci bir sözleşmeye ikna etme faaliyeti sırasında bağlı olduğu sözleşmeyi ihlale yöneltebilir. Bu açıdan ahlaka aykırı bir menfaat çatışmasının yerini serbest rekabetin sağlanması ve korunması amacı almakta ve ortada bir ahlaka aykırılığın bulunmadığı belirtilmektedir. Üçüncü kişinin borçlunun sözleşmeyi ihlalden doğan tazminat borcunu üstlenme taahhüdünde bulunmasının bu sonucu değiştirmeyeceği savunulmaktadır⁵⁹³.

⁵⁸⁸ Çağlayan Aksoy, s. 351- 352, Kapancı, s. 18, Paksoy, s. 110.

⁵⁸⁹ Kılıçoğlu, s. 278, Çağlayan Aksoy, s. 486-487, Kapancı, s. 93, Paksoy, s. 137.

⁵⁹⁰ Barlas, s. 437, Paksoy, s. 120-121.

⁵⁹¹ Deliyannis, s. 50, Çağlayan Aksoy, s. 488.

⁵⁹² Kapancı, s. 93, Paksoy, s. 124.

⁵⁹³ Bu noktada kişinin sadece kendi menfaati doğrultusunda hareket etmesi sonucu başkasının zarar görmesi başlı başına ahlaka aykırılığı doğurmayacağı gibi, Türkiye gibi serbest piyasa ekonomisinin olduğu ülkelerde sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması, kişilerin ekonomik menfaatlerinin önüne geçmektedir. Buna ilişkin bkz. Kapancı, s. 94, Paksoy, s. 127. Ayrıca ticari hayatta şirketlerin kişilerin bağlı olduğu sözleşmeleri ihlal edip kendileriyle ikinci bir sözleşme yapması halinde ilk sözleşmenin karşı tarafına ödenmesi gereken cayma bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemeyi kampanyaları sırasında taahhüt ettiği görülmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu konuda ekonomik kamu düzeni kuralı bünyesinde olduğu gibi bir genel- özel menfaat çatışması bulunmamaktadır. Değindiği gibi belirli ek unsurların oluşması şartıyla TBK md. 49/ f. 2 hükmüne ilişkin verilen en önemli örneklerden olan üçüncü kişinin sözleşmeyi ihlale teşvik etmesini önlemeye yönelik kural, toplumu değil kişiyi koruması ve bunun sonucunda kişiler arası menfaat dengesinin gözetilmesi bakımından tipik bir ekonomik ahlaka aykırılıktır. Ayrıca sözleşmeyi ihlal etmeye yönlendirici fiillerin katı bir şekilde engellenmemiş olması⁵⁹⁴, sözleşme hukuku bağlamında irade özerkliğinin bir görünümü olarak her sözleşme ihlalinin kamu düzenini sarsmayacağı görüşünü desteklemektedir. Bu görüşe ek olarak, bu nitelikteki davranışların serbest rekabetin korunması için belirli bir ölçüde özgür bırakılmasındaki genel menfaatin devam ettiği aşikârdır⁵⁹⁵. Bu açıdan söz konusu ek unsurların oluşmadığı, borçluyu yanıltan veya üzerinde baskı kuran yöntemlerin kullanılmadığı hallerde serbest rekabetin devam etmesi yönündeki ekonomik kamu düzenine ilişkin menfaat üstün tutulmaktadır.

Kanaatimizce söz konusu kavramların bu noktada birbirinden tamamen ayrılması sonucuna TBK 49/ f. 2 bakımından haksız fiilin kast unsurunu yüklenen anlamdan da ulaşılabilmektedir. İsviçre hukukunda Almanca metinden yola çıkılarak oluşturulan görüşlerden biri, kastı dar ve teknik anlamda ele alarak zarar verme amacına sahip olma şeklinde özetlenebilecek özel bir kastın (*Absicht*) aranmasını; diğer görüş ise, doğrudan veya dolaylı her türlü kastın (*Vorsatz*) yeterli olduğunu savunmaktadır⁵⁹⁶. Türk hukukunda ahlaka aykırılık kavramı nedeniyle dar, sınırlı kapsamda kontrollü bir uygulama alanına sahip olması gereken TBK md. 49/ f. 2 hükmünde zarar verme amacının eşlik ettiği özel bir kast unsurunun kabulünün daha uygun olacağı hakim görüş

⁵⁹⁴ Üçüncü kişiden yabancısı olduğu bir borç ilişkisine dikkat göstermesinin beklenememesi, bu nedenle de her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi, genel geçer şekilde üçüncü kişi tarafından yapılan her türlü sözleşmeye müdahalenin ahlaka aykırı saymanın isabetsiz olacağına ilişkin bkz. Barlas, s. 436, Kapancı, s. 93.

⁵⁹⁵ Paksoy, s. 49, s. 77.

⁵⁹⁶ İsviçre hukuku öğretisinde bu konuya ilişkin bkz. Franz WERRO (2012). *Art. 41, Code des Obligations I Commentaire Romand*, Ed.: Luc Thévenoz / Franz Werro, 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag, s. 392, N. 100, Engel, s. 453 vd.

tarafından benimsenmiştir⁵⁹⁷. Bu görüşlerin ışığında⁵⁹⁸ her türlü kastın kabul edilmesi varsayımında kişinin alacaklıya özel zarar verme kastı olmaksızın zararın meydana gelmesi ihlale yöneltme davranışının ahlaka aykırı sayılması sonucu gündeme gelecek iken; özel kastın aranması ise, zarar verme amacı olmaksızın meşru ve korunan bir menfaat doğrultusunda yapılan davranışların ahlaka aykırılık taşımadığı tespitine yönlendirmektedir. Gerçekten söz konusu iki kavram arasında teorik bakımdan özel menfaate ilişkin bir farklılık göze çarpmaktadır. TBK md. 49/ f. 2 çerçevesinde sözleşmeyi ihlale yöneltme örneğinde hukuken korunan özel bir menfaatin varlığı, ekonomik ahlaka aykırılığın doğumunu önlemektedir. Hukuka uygun bir davranış sonucu salt malvarlığı zararına uğrayan kişinin ihlal edilen menfaati ile zarar verenin menfaati arasında bir çatışma söz konusudur. Bu menfaatler çatışmasında hangi özel menfaatin toplum tarafından daha üstün tutulması gerektiği noktasında değerlendirme yapılması ve ahlaka aykırılığın tespiti açısından zarar verenin filinin korunmaya değer bir menfaatin veya faaliyetin gerçekleştirilmesine yönelik olmadığı anlaşılması gerekmektedir⁵⁹⁹. Ekonomik kamu düzenine aykırılık noktasında ise sözleşmede kişisel, özel menfaatin ekonomik düzene ilişkin genel menfaati ihlal edip etmediği araştırılmaktadır. Hiyerarşik ilişki içerisinde üstün tutulması gereken bir menfaat veya değer varlığı karşısında bunları ihlal eden özel menfaatin bulunması, ekonomik kamu düzenine aykırılığı oluşturacaktır⁶⁰⁰. Bu bakımdan ekonomik ahlaka aykırılık açısından bahsedilebilecek özel- özel menfaat dengesi ve bunların çatışması, ekonomik kamu düzeni kurallarında yerini genel- özel menfaat dengesinin sağlanması ve kuralın ihlali halinde bunların çatışmasına bırakmaktadır.

Diğer taraftan ise, TBK md. 27 bağlamında ekonomik ahlaka aykırılığın birincil örneği olarak gösterilen sözleşmede ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması için benzer tespitlerde bulunmak, verilen ilk örneğe kıyasen daha zor gözükmektedir.

⁵⁹⁷ Werro, s. 393, N. 101, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, s. 482, Kılıçoğlu, s. 278, Eren, s. 600, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 67, Baysal (2019), s. 154, N. 198, Kapancı, s. 30. Türk hukukundaki karşıt görüş ise zaten sınırlı bir uygulama alanına sahip söz konusu hükmün neredeyse içi boş bir hale geleceğini, üçüncü kişinin tek amacının zarar verme olmaması halinde davranışın kasit unsurunu karşılayamamasının kabul edilemez olduğunu savunmaktadır. Söz konusu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş (2007a), s. 191, Barlas, s. 425, Çağlayan Aksoy, s. 372.

⁵⁹⁸ Konuyla ilgili bizim de isabetli bulduğumuz bir sorgulamaya ve konunun İngiliz Hukuku ile karşılaştırılmasına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kapancı, s. 86-87, dn. 364.

⁵⁹⁹ Kapancı, s. 19, Paksoy, s. 116. Sözleşmeyi ihlale yöneltme çerçevesinde zarar gören alacaklının menfaatinin sözleşme ilişkisinin devam etmesi ve tali edim olan tazminat yerine asıl edimin aynen ifası, zarar veren üçüncü kişinin menfaatinin ise hareket ve sözleşme özgürlüğünü kullanması olduğuna ilişkin bkz. Çağlayan Aksoy, s. 486, Paksoy, s. 119.

⁶⁰⁰ Yukarıda bkz. I, 4.2.3.1.1, s. 35 vd.

Sözleşme hukuku kapsamında ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık arasında sözünü ettiğimiz gri alana girildiğinde geçerli olarak kurulan sözleşmede bir tarafın ekonomik özgürlüklerinin aşırı sınırlandırılmasının bu başlık altında değerlendirilmesinin önem taşıdığı aşikârdır. Ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması, TBK md. 27 çerçevesinde genel bir bakışla ekonomik açıdan verilen taahhütlerin yoğunluğu, borçlunun iktisadi hayatı ve geleceğini tehlikeye atması ve tarafların sahip oldukları sosyal, psikolojik veya ekonomik güç dengesindeki eşitsizliğin güçlü taraf lehine kullanılması gibi durumlarda söz konusu olabilir.

Türk hukukunda hakim görüş⁶⁰¹, ekonomik özgürlüklerin sözleşme ilişkisinde aşırı sınırlandırılmasını ahlaka aykırı olarak nitelendirmektedir. Ahlaka aykırılık kapsamında korunan değerler arasında yer alan ekonomik özgürlükler, genel ahlak kurallarınca korunan bu temel değerlerin mutlak niteliğine sahip değildir. Hâkimin ahlaka aykırılığı tespit edebilmesi için sözleşmelerde belirli derecede ekonomik özgürlüklerin kısıtlandığı gerçeğini⁶⁰² dikkate alması gerektiğinden bu özgürlüğün korunmasının göreceli, nisbi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) karşısında genel ahlak kuralları altında korunan söz konusu özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması, ahlaka aykırılık sınırını gündeme getirmektedir⁶⁰³.

Sözleşmenin içeriği ve amacından bağımsız olarak korunan hukuki değerlerden olan ekonomik özgürlükler bakımından öncelikle kişinin sahip olduğu ekonomik hak ve özgürlüklerine ilişkin ilk bölümde yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla beraber⁶⁰⁴, ahlaka aykırılık çerçevesinde kişinin karar verme özgürlüğü ile Anayasa md. 5 ve md. 17/ f. 1 hükümleri uyarınca tanınan kişiliğini geliştirme hakkına yapılan sınırlamalar da

⁶⁰¹ Akın ÜNAL (2017). *Kelepçeleme Sözleşmeleri Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlandırılması*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 117-118, Veysel BAŞPINAR (1999) *Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri*, ABD, Yıl: 56, S. 1, s. 23, Zufferey-Werro, s. 227, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 378, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, s. 401, Kılıçoğlu, s. 140, dn. 121, Eren, s. 325, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 87, Ateş (2007a), s. 238. Ayrıca söz konusu görüşü paylaşan bazı YaRgıtay kararları için bkz. Y. 15. HD, E. 1119/1999, K. 1769/1999, T. 05.05.1999, Y. 15. HD, E. 1120/1999, K. 1768/1999, T. 05.05.1999, Turgut UYGUR (2003), *Açıklamalı- İctihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, C. I, Ankara: Seçkin Yayınları, s.1003-1004.

⁶⁰² Başpınar, (1999), s. 26. Bu konuda belirli bir aşamada gerçekleşen özgürlük sınırlamalarının MK md. 23/ f.2 hükmünde hâkimin takdir edeceği geçersizliği ahlak kuralları ile belirleyeceği, hâkimin sözleşmenin hangi ölçü ve şartlar içinde geçerli olduğuna yönelik kararının yenilik doğuran karar niteliği taşıyacağı, söz konusu hüküm doğrultusunda ahlaka aykırılığın hukuka aykırılık durumuna geleceğine ilişkin bkz. Hatemi, s. 224.

⁶⁰³ Zufferey-Werro, s. 171- 172, Ateş (2007a), s. 137.

⁶⁰⁴ Yukarıda bkz. I, 4.3.2.1., s. 45-46.

dikkate alınmaktadır⁶⁰⁵. Bu konuda sözleşmeye bağlılık ilkesinin ve sözleşmenin doğası gereği tarafın birtakım özgürlüklerinin kendi iradesi ile sınırlamasının kabul edilebilir sınırlarının dışına taşan yükümlülükler, kişinin karar verme özgürlüğünü zedeleyici nitelikte olabilir. Ayrıca TBK md. 27/ f. 1 ve MK md. 23/ f. 2 hükümleri çerçevesinde kişinin hareket etme, karar verme ve ekonomik özgürlükleri açısından dokunulmaz bir alan yaratılması amacı söz konusudur. Bu alanın ihlal edilmesi, o anda maddi açıdan kişiyi etkilediği gibi, esasen ekonomik faaliyetlerinin geleceğini tehlikeye düşürmesi bakımından kişiliğini geliştirme hakkına aykırılık oluşturduğu da aşikârdır⁶⁰⁶. Bu özgürlükler ve hakların ihlali bakımından dikkate alınan ölçüt, kişinin ekonomik durumu ile ilgili sözleşmede karşı tarafın vereceği keyfi kararlarına bağlanması, ortada bir bağımlılığın oluşmasıdır⁶⁰⁷. Bu bağlamda borçlunun bağımlılığının önceden öngörülebilir olması veya olasılık dâhilinde görülmesi, meslek gereği yapılan bir işlemin varlığı şart değildir. Önemli olan ticari hayatta kazanç getirecek bir sözleşmede ciddi ölçüde yükümlülük altına girilmesi halinde söz konusu özgürlük ve hakların ihlal riskinin artmasıdır⁶⁰⁸.

TBK md. 27/ f. 1 kapsamında ekonomik ahlaka aykırılık oluşturan ve doktrinde en çok üzerinde durulan örneklerden biri kelepçeleme sözleşmeleridir. Kelepçeleme (cendere, kısıkvırak bağlama, boğazlama) sözleşmeleri, yükümlülük altına giren tarafın ekonomik özgürlüğünü tamamen veya ahlaka aykırılık oluşturacak ölçüde sınırlandıran ya da karşı tarafın keyfi kararlarına boyun eğmesine yol açacak hükümler barındıran sözleşme türüdür⁶⁰⁹. Kelepçeleme sözleşmesinin varlığı için verilen taahhüt yer ve zaman

⁶⁰⁵ Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya ATEŞ (2015). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. I, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 392, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 87, N. 462, Zufferey-Werro, s. 174, Ateş (2007a), s. 239.

⁶⁰⁶ Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 377, Zufferey-Werro, s. 239, Ünal, s. 130. Ayrıca Alman Anayasası (*Grundgesetz*) md. 2/ f. 1 uyarınca tanınan kişiliği geliştirme hakkının önem derecesi ne olursa olsun kişinin her faaliyetinin kişiliğini geliştirmeye yönelik olduğu ve bu tanımlama doğrultusunda verilen kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Foster/ Sule, s. 216-217. Ayrıca MK md. 23 ile TBK md. 27'deki ahlak kavramının ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karabağ- Bulut, s. 127 vd.

⁶⁰⁷ Başpınar, (1999), s. 23, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 378, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 87, Zufferey-Werro, s. 228, Ateş (2007a), s. 249- 250.

⁶⁰⁸ Zufferey-Werro, s. 174, s. 228, Ünal, s. 125- 126, Ateş (2007a), s. 253.

⁶⁰⁹ Türk hukukunda yapılan kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin kavramın kullanıldığı veya adı anılmasa dahi kelepçeleme sözleşmesine ilişkin olduğu savunulan tanımlar için bkz. İsmet SUNGURBEY/ Selim KANETİ (1976). *Medeni Hukuk Sorunları*, C. III, İstanbul: İÜHF Yayınları, s. 179, Başpınar, (1999), s. 21, Eren, s. 326, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 87, Karabağ- Bulut, s. 125, Ateş (2007a), s. 254, Ünal, s. 113. İsviçre- Türk hukuku doktrininde verilen bir taahhüdün zamanla ahlaka aykırı hale dönüşmesi halinde kölelik (esaret) sözleşmesinden bahsedildiğine ilişkin bkz. Pédamon, s. 84, Engel, s. 285, Ateş, s. 254 dn. 741. Ayrıca Yargıtay'ın kelepçeleme sözleşmesine ilişkin kararları için bkz. Y. 1 HD, E. 2001/ 10578, K. 2002/ 10578, T. 06.03.2002, www.kazanci.com (Son Erişim Tarihi: 17.02.2019)

bakımından aşırı uzun ya da geniş kapsamlı veya belirsiz olmalı, borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceği sözleşme hükümleri gereği alacaklının elinde bulunmalıdır⁶¹⁰. Söz konusu taahhüdün yoğunluğunun ahlaka aykırı olması için borçlunun bu özgürlüğünü ve geleceğini bahsedilen şekilde kısıtlama veya sonlandırma sonucunu ortaya çıkarmalıdır⁶¹¹. Aksi takdirde böyle bir sonucun ortaya çıkmadığı sözleşmelerde sadece uzun süreli taahhüdün varlığı, kelepçeleme sözleşmesi tespitine yol açmayacaktır. Gerçekten sözleşmelerin sürelerine ilişkin genel ve sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından bu konuda her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır⁶¹². Kelepçeleme sözleşmesine ilişkin uzun süreli bira dağıtım sözleşmeleri⁶¹³, bağlayıcı teminat sözleşmeleri⁶¹⁴, rekabet etmeme sözleşmeleri⁶¹⁵, mevcut ve gelecekte doğacak olan alacakların temliki gibi örnekler verilmektedir⁶¹⁶.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir husus, tarafın kişilik hakkına bağlı değerlerden birinin ihlal edildiği bu tip sözleşmelerin dar ve teknik anlamda ele alınabilmesidir. Kelepçeleme sözleşmelerinin tüm kişisel özgürlüklerin sınırlandığı durumlarda değil, yalnızca ekonomik özgürlüklerin aşırı kısıtlandığı hallerde adlandırılması gerekmektedir⁶¹⁷. Kapsadığı alanı belirledikten sonra, diğer bir nokta ise ekonomik ahlaka aykırılık çerçevesinde değindiğimiz kelepçeleme sözleşmelerinin kişiliğin ahlaka aykırı ihlalini oluşturduğunun, bu nedenle MK md. 23/ f. 2 hükmünün uygulama alanı bulabileceğinin ileri sürülmesidir⁶¹⁸. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin konu hakkında içtihadını değiştirdiği⁶¹⁹ 1969 tarihli *John Benelli v.*

⁶¹⁰ Sungurbey/ Kaneti, s. 180, Başpınar, (1999), s. 24, Ateş, (2007a), s. 243-244, Ünal, s. 141.

⁶¹¹ Uygur, s. 1005, Başpınar, (1999), s. 25.

⁶¹² Opréa, s. 150, Zufferey-Werro, s. 236- 237, Eren, s. 326, Ateş, (2007a), s. 244, Ünal, s. 135.

⁶¹³ Kötz, s. 118-119, Sungurbey/ Kaneti, s. 181.

⁶¹⁴ Konuya ilişkin 1994 tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 120 II 35- 42, www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 15.02.2019).

⁶¹⁵ Opréa, s. 151, Meinertzhagen-Limpens, s. 254.

⁶¹⁶ Pédamon, s. 84, Ünal, s. 139. Bunlara ek olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda vekalet sözleşmesi hükümlerin uygulanabildiği menajerlik sözleşmesinde yirmi iki yaşında ve kariyerine yeni başlayan bir şarkıcının karar verme özgürlüğünün karşı tarafa bağımlı kılınması sonucu kısıtlandığı, sözleşmede üstlenilen yükümlülüklerin yoğunluğu bakımından hem profesyonel açıdan hem de özel hayatında özgürlüklerinin aşırı sınırlandığı yönündeki karar için bkz. RO 104 II 108, JdT 1980 I s. 77-86. Ayrıca Federal Mahkemenin bir hokey antrenörünün mesleğine devam etmesine ilişkin ekonomik özgürlüğünün korunması gerektiği yönündeki 1994 tarihli kararı için bkz BGE 120 II 369, yine 1994 tarihli kararında borçlunun gelecekte doğacak tüm borçları hakkında verdiği garanti taahhüdünün belirli bir üst tutara kadar geçerli olduğu, kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olduğuna ilişkin bkz. ATF 120 II 35-42. www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 15.02.2019).

⁶¹⁷ Ünal, s. 113.

⁶¹⁸ Bucher, s. 113, Başpınar, (1999), s. 22, Oğuzman/ Öz, C. II, s. 84, Ünal, s. 117.

⁶¹⁹ Federal Mahkeme'nin önceki içtihadına örnek olarak alıcının ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin BK md. 20 ve eski MK md. 27/ f. 2'nin birlikte uygulanmasına dair verdiği 1958 tarihli kararı için bkz. BGE 84 II 628- 635. www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 15.02.2019).

Crédit Suisse kararında⁶²⁰ para ödeme borcunu üstlenen kişinin verdiği taahhütün kendi ekonomik gücünü aşan boyutta olması durumunda MK md. 23/ f. 2'nin gerekli korumayı sağlayamayacağı, bu hükmün sadece kişisel özgürlüklerin ihlalini kapsadığı, taahhüt edilen meblağın ekonomik gücü aşır aştığına karar vermede yetersiz kalacağını belirtilmiştir. Borçlunun ödemeyi veya yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcun ekonomik varlığını tehlikeye sokacak ölçüde olup olmadığını belirlemek için hâkimin sözleşme kurulurken mevcut tüm koşulları dikkate alması gerekmektedir⁶²¹.

Ekonomik ahlaka aykırılık konusunda ekonomik özgürlüklerin ihlalinin değerlendirilmesinde taraflar arasındaki edim dengesinin bozulması ve tarafların sahip oldukları gücün eşitsizliği de yan unsurlar olarak önem arz etmektedir. İlk olarak, edim ve karşı edim dengesinin bozulması halinde⁶²² aşırı yararlanma ve ahlaka aykırılık hükümlerinin karşılaştırılması gündeme gelmektedir. Sözleşme özgürlüğüne ekonomik ahlak kuralları adına sınır oluşturan durumlardan biri, borçlunun ekonomik özgürlüğüne yansıyacak ölçüde edimler arasında orantısızlık oluşturmasıdır⁶²³. Ek olarak, borçlunun tecrübesizliği, düşüncesizliği veya zor durumda kalması gibi TBK md. 28 kapsamında aranan subjektif şartlar ekonomik ahlaka aykırılık açısından aranmamaktadır⁶²⁴. Borçlunun ekonomik geleceği için önemli bir engel, tehlike arz eden bir sözleşme mevcutsa edimler arası dengesizlik, somut olayda sözleşmenin kurulması anındaki koşullar gibi objektif kriterler doğrultusunda ahlaka aykırılık olarak kabul edilir, dolayısıyla TBK md. 28 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır⁶²⁵. Alman hukukunda ise

⁶²⁰ RO 95 II 55, JdT 1970 I 85-89, Zufferey-Werro, s. 175, Ateş, (2007a), s. 252. Aynı yönde yakın tarihte verilmiş bir Federal Mahkemesi kararı için bkz. 4A-82/ 2017, Yayınlanmamış İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 15.02.2019). Ayrıca konuya ilişkin başka bir karar için bkz. BGE 129 II 209, T. 30.10.2002, Daniel LEU/ Hans Caspar VON DER CRONE (2003). “Übermassige 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 Berufungsklager) gegen A.- Fonds (Klager und Berufungsbeklagter)”, SZW, C. 75, s. 221- 228.

⁶²¹ Zufferey-Werro, s. 240.

⁶²² Bu noktada belirtilmelidir ki Alman hukukunda BGB md. 138 hükmünde ahlaka aykırılık ve aşırı yararlanma kavramının düzenlenmesi ve aşırı yararlanmanın esasen bir ahlaka aykırılık olarak betimlenmesi, söz konusu durumun incelenmesini gerekli kılmıştır. Alman hukukunda ekonomik alandaki ahlaka aykırılık hallerinin sınıflandırılmasına ilişkin bkz. Ateş, (2007a), s. 253, dn. 734.

⁶²³ Zufferey-Werro, s. 229, Ateş, (2007a), s. 247.

⁶²⁴ Pédamon, s. 83, Sungurbey/ Kaneti, s. 185, Kocayusufpaşaoğlu, s. 499, Ünal, s. 147. Ek olarak, fahiş ceza şartın indirilmesini öngören TBK md. 183 hükmünün sözleşme özgürlüğü bakımından ahlaka aykırılık sınırlama sebebi ışığında aşırı yararlanma hükmünü tamamladığı doktrinde savunulmaktadır. Bunun için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 500, Başpınar, (1999), s. 28.

⁶²⁵ Guillo/ Steffen, s. 197, N. 71a, Zufferey-Werro, s. 231, Hatemi, s. 237, Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 377, Ünal, s. 145.

BGB md. 138 hükmü ışığında içtihadın verdiği kararlarda⁶²⁶ edimler arası dengesizliğe karşı subjektif unsurun, taraf iradelerinin ahlaka aykırı amaca yönelmesinin önemini kaybedeceği, söz konusu dengesizliğin boyutu göz önüne alarak ahlaka aykırılık sonucuna ulaşılabilmesi belirtilmiştir. Bunun yanı sıra doktrinde yer alan '*kum yığıntı teorisi*' (*dinamik mekik sistemi*)'ne göre⁶²⁷, aşırı yararlanmanın birtakım unsurlarının gerçekleşmediği somut olayda TBK'da yer alan hileye, ekonomik ahlaka aykırılığa, aşırı yararlanmaya ilişkin hükümlerin tam anlamıyla uygulanamayacağı sonucuna varılıyor ise, eksik kalan unsurların ve bahsedilen hükümlerin üst üste yığılması, bir nevi '*toplu kıyas*' yoluyla ortak değerler ışığında ahlaka aykırılık nedeniyle aşırı sınırlama öngören sözleşme geçersizlik kılınabilir.

Sözleşme tarafının ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlanması konusunda inceleme konumuz olan iki kavramı kanaatimizce karşı karşıya getiren önemli bir nokta, hukuk düzeni içinde zayıf tarafın korunması yönünde gösterilen çabadır. Zira somut olaydaki piyasa koşulları gereği tarafların sahip oldukları ekonomik güç bakımından var olan eşitsizliğin de gözetilmesi gerekmektedir. TBK md. 27/ f. 1 uyarınca ahlaka aykırılık kapsamında hukuki işlemlerin topluma ya da üçüncü kişilere verdiği zarar ve menfaatlerin değerlendirilmesi gerektiği, bu yönde salt kişi yerine toplumun menfaatini gözettiği görüşünün⁶²⁸ yanı sıra, genel ahlak kurallarının sosyal boyutu gereği ekonomik faaliyetlerini geliştiremeyeceğinin bilinci ile kendi özgürlüğünün aşırı sınırlanmasına sebep olacak bir yükümlülük altına giren borçlunun korunması ihtiyacından söz edilmektedir⁶²⁹. Benzer şekilde serbest piyasa ekonomisi ve irade özerkliği ilkesinin varsayımı ışığında sözleşme taraflarının ekonomik açıdan mutlak denge içinde ve pazarlık gücünün eşit olması kabulünün dışında gerçekleşen sözleşmelerin '*sosyal cankurtaran*' olarak anılan ahlaka aykırılık çerçevesinde geçersiz kılınması savunulmaktadır. Hukuk alanında eşit pazarlık gücüne ekonomik, sosyal ya da psikolojik

⁶²⁶ Stuttgart İstinaf Mahkemesi'nin 1979 ve 1984 tarihli kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zufferey-Werro, s. 232. Ayrıca edim- karşı edim dengesinin bu noktada dikkate alınmasının ekonomik geleceğin tehlikeye atması bakımından önemli olmasına ve yalnızca taahhüt edilen edimin kendisine bakılmaksızın borçlunun taahhüdü sonucu ortaya çıkan somut durumda yaratacağı ekonomik etkinin, yani alacaklıya karşı olan borcunun kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. Ateş, (2007a), s. 253.

⁶²⁷ Rona SEROZAN (2018). *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 65, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 380. Bu teorisinin aşırı yararlanmanın tüm şartlarının oluştuğu ancak unsurların mevcudiyeti bakımından farklılık olması halinde görece zayıf olan unsurun somut olayda güçlü ve yoğun biçimde ortaya çıkan unsurlar tarafından örtülebileceği şeklinde yorumlanması gerektiği görüşü için bkz. Kocayusufoğlu, s. 492.

⁶²⁸ Karabağ- Bulut, s. 131.

⁶²⁹ Zufferey-Werro, s. 240, Ateş, (2007a), s. 248.

nedenlerle sahip olamayan taraflardan zayıf olanın bu imkânının karşılıklı menfaatler dengesi gözetilerek hakkaniyete aykırı, adil olmayan şekilde kısıtlanmasının TBK md. 27'deki ahlaka aykırılığı akla getirdiği savunulmaktadır⁶³⁰. Anılan görüşler kapsamında kanaatimizce zayıf tarafı koruma amacının doğduğu sözleşme ilişkilerinde TBK md. 27 kapsamında incelediğimiz sınırlama sebeplerinden sadece birine yaslanması, zaman içerisinde hukuk güvenliğini zedeleyebilecek, değişken ve tehlikeli kavramların yenilenmesini önleyen, eskiten bir hal alabilir. Ayrıca birden fazla kavramın unsurlarını inceleyip, bir araya getirerek başka bir kavrama ulaşmak yerine kanun hükmünde açıkça yer alan bir kavramı ekonomik açıdan ele alıp, içeriğini ve sınırlarını açıkça belirleme ve belirli kriterleri taşıyan somut olaylarda uyumsuzluğun çözümünde kullanma çabasının hukuk düzenimize aykırı bir öneri olmayacağı düşüncesindeyiz.

Sözleşme ilişkisinde ciddi ölçüde kısıtlayıcı hükümler aracılığıyla bir tarafın ekonomik hak ve özgürlüklerinin tehlikede olduğu iddiasına dayanarak belirli bir hukuki koruma talep edilen somut olaylarda hâkim tarafından ekonomik kamu düzeni kavramının dikkate alınması imkânı yerine ekonomik ahlaka aykırılık bağlamında kararlar verildiği çoğunlukla gözlemlenmektedir⁶³¹. Ahlaka aykırılık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olup olmadığına ilişkin kararlarında Yargıtay, TBK md. 27/ f. 1'de yer alan sınırlama sebebinin içeriğinin sosyal ve ekonomik ahlak kavramlarıyla doldurabileceğini ifade etmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre⁶³², ekonomik ahlaka aykırılığın söz konusu olabilmesi için sözleşmede kişinin ekonomik özgürlüklerin kabul edilemez derecede sınırlanması, borçlunun kişiliği ve bekası için zorunlu olan koşulların olağanüstü şekilde tehlikeye düşürülmesi, getirilen sınırlamaların borçlu için katlanılmaz ve çöktürücü düzeye gelmesi gereklidir. Söz konusu şartların oluşmasıyla borçlu ekonomik özgürlüğünü yitirerek, alacaklının mutlak iradesine tabi hale gelmektedir.

Türk hukukunda ekonomik ahlak kavramını bu şekilde ele alan yerleşik içtihadın incelenmesine geçecek olursak, başta yaygın şekilde görülen kelepçeleme sözleşmeleri olmak üzere, çeşitli ekonomik ahlaka aykırılık hallerinin varlığı söz konusudur.

⁶³⁰ Serozan, (2018), s. 64.

⁶³¹ Aşağıda bkz. III, 2.2.3., s. 242-243.

⁶³² Y. 11. HD, E. 2016/2200, K. 2017/4078, T. 04.07.2017, Y. 1. HD, E. 2010/12189, K. 2011/3530, T. 25.03.2011, Y. 1. HD, E. 2006/ 11666, K. 2007/255, T. 18.01.2007, www.karararma.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 17.09.2019). Benzer Yargıtay kararları için bkz. Y. 13. HD, E. 1990/8778, K. 1991/4492, T. 25.04.1991, Y. 15. HD, E. 1993/5803, K. 1994/3856, T. 13.06.1994, Y. 19. HD, E. 1994/6472, K. 1994/11467, T. 26.11.1994, Y. 11. HD, E. 1997/920, K. 1997/3276, T. 06.05.1997, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 19.09.2019).

Ekonomik ahlaka aykırılığa ilişkin Yargıtay içtihatlarından örnek olarak, 2013 yılında verilen bir kararda⁶³³ editör ile eser sahibi arasında akdedilen editörlük sözleşmesinin gelir paylaşımına ilişkin hükmü ahlaka aykırı bulunmuştur. Somut olayda eser sahibinin aleyhine, ekonomik varlığını ve geleceğini tehlikeye düşürecek şekilde düzenlenen, oldukça uzun süreli bir sözleşme söz konusudur. Ticari hayatta aynı tür sözleşmelerde genellikle gelir dağılımı editör lehine yüzde altmış veya yetmiş şeklinde düzenlenirken, uyuşmazlık konusu sözleşmede editör lehine yüzde doksan beş gelir payı ayrılmıştır. İlk derece mahkemesi, bahse konu düzenlemenin ahlaka aykırılığını saptarken, Yargıtay ise, ülkenin genel ahlak anlayışının göz önünde tutulması gerektiği, somut olayda gelir paylaşımı hükmünün kanuna ve ahlaka aykırı olmadığına karar vererek, ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bu karar özelinde belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın ekonomik ahlak içtihadında belirtilen şartlar somut olayda oluşmuştur. Taraflar arasındaki ekonomik güç eşitsizliğinin güçlü taraf lehine kullanılması ve karşı tarafın ekonomik anlamda geleceğinin tehlikeye atılması söz konusudur. Kanaatimizce, kamu düzenine aykırılıktan farklı olarak, somut olayda tarafların kişisel menfaatleri arasında bir dengesizlik mevcut olup, genel-özel menfaat dengesini gözetme amacından bahsedilemeyecektir. İlgili sektördeki alışlagelmiş gelir payı düzenlemesinden ayrılan ve eser sahibinin ekonomik geleceğini tehlikeye atan bu sözleşmede genel-özel menfaat çatışmasının önlenmesi adına kamu düzenine aykırılık değil, iki özel menfaat arasında belirli bir denge sağlanması için ahlaka aykırılık sebebiyle sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmalıdır.

Türk hukukunda ekonomik ahlaka aykırılık ile aralarındaki gri alanda ekonomik kamu düzeni kurallarının tespitine yönelik belirli objektif ölçütler getirmek büyük önem arz etmektedir. Ekonomik kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilmesi için somut olayın birtakım özellikler barındırması ile birlikte bu özellikler ışığında karşılaşılan belirli durumları ekonomik kamu düzeni çerçevesinde değerlendirebilmek ve TBK md. 27 hükmünü bu açıdan uygulamak mümkün olmalıdır. Değindiği üzere, kişinin sözleşme ilişkisi içerisinde ekonomik durumu ve geleceğinin sarsılmasına yol açacak, gücünün

⁶³³ Y. 11. HD, E. 2012/1742, K. 2013/2434, T. 02.02.2013, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 14.09.2019). Benzer şekilde bir tedarik sözleşmesinde bir yıl içinde otuzdan fazla mağaza açıp kapatan tarafın her seferinde sözleşme gereği "açılış bedeli" adı altında bir bedel faturalandırması, karşı tarafın ise söz konusu duruma dair herhangi bir bilgisinin ve dahlinin olmaması nedeniyle ekonomik açıdan özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması sonucu alacaklının iradesi altına girdiğini iddia etmesi sonucu Yargıtay'ın ekonomik ahlaka aykırılığı tespit ettiği karar için bkz. Y. 19. HD, E. 2016/ 2207, K. 2016/10510, T. 13.06.2016, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

üstünde yoğun ve sınırlayıcı taahhütler vermesi ekonomik ahlaka aykırılıktır. Ancak, kanaatimizce, bazı somut olay gruplarının makro ekonomik yapıyı etkileyecek düzeyde sık, yaygın görülmesi ve dolayısıyla toplumun genel menfaatini ihlal etmesi, TBK md. 27/ f. 1 çerçevesinde farklı bir sınırlama sebebini gündeme getirmelidir. Sözleşme tarafının ekonomik özgürlüklerinin ekonomik kamu düzeni çerçevesinde korunmasını tanımak kanun koyucunun iradesiyle de uyumlu olacaktır. Ayrıca ekonomik özgürlükler ile kamu düzeni kavramını 1956 tarihli bir kararında⁶³⁴ bir araya getiren İsviçre Federal Mahkemesi, ekonomik özgürlükleri “*herkesin, kamu düzeni sınırları içerisinde varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyetlerde bulunma özgürlüğü*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu açıdan sözleşme tarafının ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması, kişinin varlığını sürdürmesini ciddi biçimde engelleyen ve aynı zamanda bu engellemenin ekonomik düzende oldukça fazla sayıda ve süregelen bir şekilde karşımıza çıkması halinde ekonomik kamu düzenine aykırılık oluşturan bir durumdur.

Ekonomik açıdan ahlak kurallarını ihlal eden ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlandırılmasına ilişkin zayıf tarafın korunması amacına geri dönecek olursak, bir tarafın diğer taraf üzerinde açıkça güçlü pozisyonunu kullanması ve bu şekilde ekonomik ahlaka aykırılığın oluşması, sözleşmenin kurulması anında var olan piyasa kuralları veya ekonomik düzenin durumu gibi genel koşulların değerlendirilmesine bağlıdır⁶³⁵. Bu açıdan dikkate alınması gereken, zayıf tarafı sözleşmeye ilişkin kabul beyanında bulunmaya yönlendiren ekonomik koşullardır. Başlıca örnek olarak, kendi menfaatlerine aykırı hükümler taşıyan bir sözleşme metnini kabul eden kişinin maddi açıdan baskı altında bu irade beyanını ileri sürmesinin yapısal bir eşitsizliğin varlığına işaret ettiği ileri sürülmüştür⁶³⁶. Zayıf tarafın korunmasına ilişkin *ZUFFEREY-WERRO*'ya göre⁶³⁷, piyasa koşulları gibi ekonomik düzene ilişkin genel durumun yol açtığı edimler arası dengesizliğe karşı ileri sürülebilecek bir hukuki çare mevcut değildir. Taraflar arasında yapısal boyutta bir eşitsizlikten söz edilebilecek bu halde aşırı yararlanmanın subjektif

⁶³⁴ BGE 82 II 292- 308, www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 15.02.2019), Ünal, s. 129, Ateş, (2007a), s. 136, dn. 368.

⁶³⁵ Zufferey-Werro, s. 233.

⁶³⁶ Zuffrey-Werro, s. 143.

⁶³⁷ Yazar bu noktada özellikle taraflardan birinin tekel konumunda olmasını ön plana çıkarmaktadır. Ek olarak, İsviçre hukukunda hâkimlerin maddi açıdan aşırı sınırlama yaratan sözleşmelerde taraflar arasında yapısal eşitsizliğin bulunması halini objektif bir unsur olarak ele alarak, bu durumun aşırı yararlanmaya ilişkin subjektif unsurun yerini aldığı yönünde karar vermişlerdir. Söz konusu kararlara ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Zuffrey-Werro, s. 139, dn. 23.

şartı oluşmadığı için TBK md. 28 ve tarafların sözleşme çerçevesindeki iradeleri dışında oluşan şartlar var olduğu için ahlaka aykırılık yoluyla TBK md. 27/ f. 1 hükmü uygulanamayacaktır. Buna rağmen borçlunun söz konusu durumda karar verme özgürlüğü ve ekonomik geleceğini belirleme özgürlüğü ihlal edilmeye devam edilecektir. Yazar, bu konuda güçlü tarafın bu konumunu kullanması sonucu zayıf tarafın menfaatleri hilafına getirilen yükümlülüklerin ve taraflar arasındaki yapısal eşitsizliğin MK md. 23/ f. 2 uyarınca kişilik hakkını ahlaka aykırı şekilde ihlal ettiği sonucuna varmaktadır⁶³⁸.

Kanaatimizce ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması konusunda yapısal bir eşitsizlikten bahsedildiği takdirde incelenmesi gereken konu, kişilik hakkını oluşturan kişisel değer ve varlıkları aşır, ekonomik düzen ve bu düzendeki aksaklıkların giderilmesi olmalıdır. Benzer şekilde karşılaştırmalı hukukta piyasa işleyişinin veya diğer etkenlerin sözleşmede bir tarafın karşı tarafa yönelik hakkaniyet doğrultusunda ve dikkatli şekilde davranmasını teşvik etmemesi halinde hukuk düzeninin buna müdahale etmesi gerektiği savunulmuştur⁶³⁹. Ekonomik kamu düzeni kavramı, özel hukukta bu gibi durumlara karşı pozitif ve düzenleyici olup, ulusal ekonomik düzenin korunması ve düzgün işlemesi ve örgütlenmesini sağlama amacını gütmektedir. Dolayısıyla yapısal eşitsizliklerin söz konusu olduğu ya da daha geniş anlamda sözleşme ilişkisinde zayıf tarafın korunması ihtiyacının doğduğu durumlarda ekonomik ahlaka aykırılık ile ekonomik kamu düzeninin farklılaştığı izlenimi edinmek yanlış olmayacaktır. Nitekim İsviçre hukukunda özellikle kişisel özgürlüklerinin aşırı sınırlandırılmasının tespiti için genel ilkeler ışığında yapılan sözleşme içeriğinin kontrolü esnasında '*bonnes moeurs*' ifadesinin çağrıştırdığı ahlaki anlamın giderek kaybolduğu, bunun yerine adalet duygusuna ve kamu düzeninin emrediciliğine uygunluk anlamının ağırlık kazandığı belirtilmektedir⁶⁴⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki, sözleşme içeriğine dair düzenleyici ve kavramın suiistimale yatkın olması sebebiyle sınırlı olmak üzere yasaklayıcı kurallar barındırması gereken ekonomik kamu düzeninin ihlali ulusal ekonominin geniş çapta

⁶³⁸ Zuffrey-Werro, s. 235. Ayrıca aynı yazar, bu sonucun genel ahlak kurallarının toplumsal değişimine de uygun olacağını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 86, N. 459. Bunun yanı sıra Türk hukukunda benzer bir görüş olarak, ekonomik özgürlükleri, karar verme özgürlüğü ve ekonomik menfaatlerin dolaylı olarak ihlal edilmesi noktasında sınırı oluşturacak hükmün MK md. 23/ f. 2 olduğuna ilişkin bkz. Ateş, (2007a), s. 253.

⁶³⁹ Brigitta LURGER (2011). *The 'Social' Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness*, Towards a European Civil Code, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ed.: Hartkamp/Hesselink/ Hondius/ Mak/ Perron, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, s. 365.

⁶⁴⁰ Tercier (2004), s. 216. Ahlak kurallarının sosyo-etik boyutta adalet kavramı ile ilişkisi hakkında bkz. Zufferey-Werro, s. 95.

etkileneceği ya da toplumda oldukça yaygın görülen örnekler üzerinden somutlaştırılmalıdır.

Ekonomik kamu düzeni kurallarını ekonomik ahlaka aykırılıktan ayırabilmek ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin bağımsız ve aynı derecede istisnai bir sınırlama sebebini belirleyebilmek için somut olaylardaki kimi özelliklerin ön plana çıkarılması gereklidir. Sözleşmede taraflar arasında yapısal boyutta eşitsizliğin bulunması halinde aynı zamanda bu hukuki işlemin toplumsal ekonomik barışı tehdit edici bir niteliğe sahip olma tehlikesi her daim söz konusudur. Son derece istisnai durumlarda ele alınması gereken kamu düzenine aykırılığın ahlaka aykırılıktan ayrı bir yere konulmasında önemli olan bir diğer husus da somut olayda ihlal edilen özel menfaatlerin yanı sıra ekonomik düzene ilişkin genel bir menfaatin de ihlal edilmesinden bahsedilebilmesi olacaktır. Bu noktada ilk bölümde değinilen yönlendirici- koruyucu kamu düzeni kuralları doğrultusunda kişilerin taşıdığı ekonomik menfaatlerin genel menfaati ihlal edip etmediğini belirleyebilmek önemli olacaktır⁶⁴¹. Hem ekonomik ahlaka aykırılığın hem de ekonomik kamu düzeninin somutlaştırılması konusunda Anayasal değerlerin esas alınması⁶⁴², kavramların arasındaki sınırın kayganlığını arttırsa da söz konusu değerler, hukuk düzeninin temelini oluşturduğundan kamu düzeni kavramı kapsamında her daim önem arz etmektedir. Her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken ekonomik kamu düzenine dair kavramlar ve unsurlar, çalışmamız kapsamında hâkimin kamu düzeni kavramını somutlaştırması bakımından ele alınacaktır. Türk hâkimin kamu düzeni kavramını Borçlar hukuku kapsamına giren bir uyuşmazlığın içinde ne şekilde uygulayabileceği sorusu, doğal olarak, söz konusu kavramla ilgili Yargıtay'ın günümüze kadar verdiği kararlarda hâkimin takdir yetkisine ilişkin belirttiği birtakım unsurlar ve hukuki değerler ışığında incelenmelidir⁶⁴³.

Ekonomik ahlaka aykırılık ile ekonomik kamu düzenine aykırılığın birbirinden ayrıştırılması ve söz konusu unsurların oluşmasıyla ekonomik kamu düzeni kurallarının tespitinin hukuk düzenindeki pratik bir sonucu da söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceğini düzenleyen TBK md. 81 (818 sayılı mülga BK md. 65) hükmüne değinmek gerekecektir.

⁶⁴¹ Yuk. bkz. I, 4.2.3.1.1., s. 35-36.

⁶⁴² Ahlak kurallarının Alman hukukunda hukuk düzeninin temel ilkelerini de kapsadığına ilişkin bkz. Pédamon, s. 82. Bu açıdan kanaatimizce isabetli bir şekilde ahlaka aykırılığın anayasal değerler bakımından görünüm hallerini sayarken aslında kamu düzeni kavramının da tamamen dışlanmadığı sonucuna varılan görüş için bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 379.

⁶⁴³ Aşağıda bkz. III, 1.3., s. 189 vd.

Kanunda sebepsiz zenginleşme başlığı altında bulunan bu hükmün ilk cümlesine göre; “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez*”. Hukuka veya ahlaka aykırı olduğuna karar verilen bir sözleşme uyarınca tarafların edimini ifa etmesi halinde, sözleşmenin geçersizliği sonucunda tarafların kural olarak ileri sürebileceği sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade talebinin engellenmesine ilişkin olan bu hüküm, esasen ahlak aykırı bir sözleşme düzenleyen tarafların cezalandırılması amacını taşımaktadır⁶⁴⁴. Ancak söz konusu hükmün konuluş amacı (*ratio legis*) ile uygulanması halinde doğurduğu sonuçların birbiriyle örtüşmemesi nedeniyle eski BK döneminden itibaren hem İsviçre hem de Türk hukukunda oldukça tartışmalı bir kanun hükmü olarak *de lege ferenda* çözümlerin gündeme getirildiği, sonuçlarının adil olup olmaması bakımından şüpheyle yaklaşılacak bir yasal düzenlemeden bahsetmek mümkündür.

Öncelikle, TBK md. 81 hükmünün uygulanması için gereken şartlara bakacak olursak, sözleşme içerisinde edimin ifa edilmiş olması, yani bu yönde bir tasarruf işleminin gerçekleşmiş olması, söz konusu edimin ifası ile ahlaka aykırı bir sonucu elde etme amacının varlığı ve ahlaka aykırı amaca yönelik kasten hareket etme aranmaktadır⁶⁴⁵. Söz konusu hükme ilişkin İsviçre hukukunda yer alan, içtihat ve öğretinin de dahil olduğu tartışma, ahlaka aykırı sonuca ulaşma amacının varlığı şartının kapsamı hakkında hüküm lafzının belirsizliği nedeniyle TBK md. 81’in dar mı yoksa geniş mi yorumlanması gerektiği noktasında çıkmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, mehaz İBK md. 66 hükmü geniş yorumlanmalıdır. Federal mahkemenin bu görüşü uyarınca⁶⁴⁶ ahlaka aykırı her bir sözleşme çerçevesinde, karşılıklı olsun veya olmasın, tüm ifaların yanı sıra ahlaka aykırı bir davranışa yönlendirme, teşvik etme için verilen ücretin de (*la rémunération du filou, Gaunerlohn*) söz konusu hüküm kapsamında iadesi

⁶⁴⁴ Pierre TERCIER/ Pascal PICHONNAZ (2012), *Le Droit des Obligations*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Zürih: Schulthess Médias Juridique, s. 409, Hatemi, s. 615, Ateş (2008), s. 589. TBK md. 81’in uygulanmasına ilişkin Yargıtay içtihadından güncel bir örnek için bkz. Y. 1. HD, E. 2014/5752, K. 2018/420, T. 22.11.2013, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 14.09.2019). 818 sayılı BK döneminde Yargıtay içtihadından örnekler için bkz. Y. 1.HD, E. 7119/1984, K. 6921/1984, T. 08.06.1984, Y. 4. HD, E. 1691/1989, K. 5141/1984, T. 06.06.1984, Y. 4. HD, E. 5036/1975, K. 7669/ 1975, T. 16.06.1975, Uygur, s. 1010 vd.

⁶⁴⁵ Yves RÜEDI (2011). *Art. 66 OR Berner Kommentar Obligationenrecht*, C. VI, Ed.: Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter, Bern: Staempfli Verlag AG, s. 12, Engel, s. 594, Zufferey- Werro, s. 366, Guggenheim (1995), s. 267, Hatemi, s. 585, Ateş (2008), s. 596 vd.

⁶⁴⁶ Aubert, s. 132, Engel, s. 593, Tercier/ Pichonnaz, s. 409, Guggenheim (1995), s. 269. Zürih ilk derece mahkemesinin İBK md. 66’nın istisnai bir hüküm olmasından dolayı dar yorumlanmasının hukuka aykırı olmayacağı yönündeki İsviçre içtihadındaki genel eğilimden ayrıldığı kararları için bkz. Zufferey- Werro, s. 368.

mümkün olmamalıdır. Doktrinde baskın konumdaki ikinci görüş ise⁶⁴⁷, hükmün dar yorumlanması gerektiğini savunarak, ahlaka aykırı davranışa yönlendiren, teşvik eden ifaların hüküm kapsamına girmesi gerektiğini, her ahlaka aykırı sözleşmenin tespiti halinde hükmün uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir. Buna göre sebepsiz zenginleşmeye dayalı iadenin engellenmesi için ahlaka aykırı nitelikteki davranışa itme amacının yalnızca karşı tarafa ifade bulunan, veren, fakirleşen konumundaki sözleşme tarafında aranması gerekmektedir. Söz konusu amaç doğrultusunda yapılan ifayı alan taraf ise, bu durumda eğer karşı edimini ifa etmişse, bu ediminin iadesini talep edebilecektir.

Önceki içtihadını değiştiren İsviçre Federal Mahkemesi, İBK md. 66 hükmünün cezalandırıcı işlevi gereği, genel ahlak kurallarına uymayan bir amacı gerçekleştirme doğrultusunda hukuki işlemlerin yapılmasını önlemek adına fakirleşenin hukuk düzeninin getirdiği bir korumadan mahrum bırakılması gerektiğini ortaya koymuştur. Aynı zamanda Federal Mahkeme'ye göre, İBK md. 66 hükmü, sözleşmenin her iki tarafının da ahlaka aykırı amaca erişmek için, bu bilinçle hareket etmesi ve geçersiz sözleşmeyi kurlmaları halinde hukuken tartışmalı ve vicdanen tatmin edici olmaktan uzak bir nitelik taşımaktadır⁶⁴⁸. Türk hukukunda Yargıtay içtihatlarından TBK md. 81'in uygulamasına ilişkin ilginç bir örnek ise, 2015 tarihli 4. Hukuk Dairesi'nin verdiği karardır⁶⁴⁹. Somut olayda ihale yoluyla satış konusu araziye kazanmak için karşı tarafa belli miktarda para veren kişi, bu tutarın iadesi için dava açmıştır. Bu karar metnindeki karşı oy yazısına göre, görevin gereklerine aykırı davranarak çıkar sağlama suçu teşkil eden eylemin konu edildiği bir sözleşme mevcuttur. Dolayısıyla Borçlar hukukunda TBK md. 27 gereği sözleşme kesin hükümsüz olup, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle TBK md. 81 hükmü gündeme gelmelidir. Somut olaydaki sözleşme gereği hukuka veya ahlaka aykırı bir para ediminin iadesine hükmeden ilk derece mahkemesi kararının Yargıtay tarafından onanması, incelediğimiz kanun hükmünün uygulaması hakkında son derece tutarsız bir yaklaşım içine girilebildiği sonucunu doğurmaktadır.

⁶⁴⁷ Benoit CHAPPUIS (2012). *Art. 66, Code des Obligations I Commentaire Romand*, Ed.: Luc Thévenoz / Franz Werro, 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag, s. 621, Andreas von TUHR (1934). *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, 2. Baskı, Lozan: Imprimerie G. Vaney- Burnier SA, s. 382, Zufferey- Werro, s. 381, Guggenheim (1995), s. 268, Ateş (2008), s. 591.

⁶⁴⁸ Eberle v. Brägger, ATF 84 II 179, T. 15.04.1958, Boeji v. Metro Bank AG, ATF 102 II 401 T. 21.12.1976. Kararların tam metni için bkz. www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 15.04.2019), Chappuis, s. 620, Engel, s. 594, Tercier/ Pichonnaz, s. 410, Aubert, s. 135, Zuffrey-Werro, s. 369.

⁶⁴⁹ Y. 4. HD, E. 2014/7813, K. 2015/4024, T. 01.04.2015, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

Hakkında ileri sürülen görüşler ışığında TBK md. 81 hükmü, lafzının somut olayda karşılaşılabilecek farklı durumlara ilişkin adil bir çözüm getirememesi nedeniyle her zaman şüpheyle yaklaşılacak bir hukuk kuralı olagelmiştir. Hükme ilişkin getirilen eleştirilerin başında sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürüldüğü veya tespit edildiği anda karşılıklı bir borç ilişkisinde tarafların ifada bulunup bulunmadıklarına göre farklı hukuki sonuçlara tabi tutulmaları gelmektedir. Bahsedilen anda kendi borcunu ifa etmeyen taraf, bu ifadan kurtulduğu gibi aynı zamanda kendisine yapılan ifayı iade etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu nedenle hükmün kapsamı karşılıklı ifa edilen tüm edimlerin iadesi noktasında değil, yalnızca hukuka veya ahlaka aykırı bir davranışta bulunması veya buna yönlendirilmesi için ifa edilen edimlerle, somut olayda çoğunlukla para edimiyle, sınırlı kalmalıdır⁶⁵⁰. Diğer bir eleştiri konusu ise, sözleşmenin her iki tarafının da ahlaka aykırı amacı paylaşması halinde hükmün ne şekilde uygulanacağıdır. Ahlaka aykırı davranışa yönelik ifanın alacaklısı, zenginleşen tarafın sözleşmenin ahlaka aykırı amaçla kurulduğu bilincinde olması ve aynı amacı karşı tarafla paylaşması durumunda, kendi borcunu ifa etmeden kendisine yapılan kazandırmayı muhafaza edebilmesi ihtimali, söz konusu tarafın genel ahlaka aykırı düşüncesini ödüllendirmek anlamına gelmektedir⁶⁵¹. Bu noktada MK md. 2/ f. 2’de yer alan hakkın kötüye kullanılması kavramı, TBK md. 81’in adil bir uygulamaya kavuşturulabilmesi bakımından bir can simidi niteliğindedir. Zenginleşen taraf, ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sözleşme gereğince kendisine ifa edilen edimin iadesi talebini bertaraf etmek için TBK md. 81 hükmünü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir⁶⁵². Buna göre, hâkimin resen uygulaması gereken bu hüküm, alan tarafın bir haksız fiil işlemiş kabul edilmesi ya da veren tarafı aldatması durumunda MK md. 2/ f. 2 gereği uygulanmamalı, hâkim, hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanarak somut olay adaletini sağlamalıdır⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Chappuis, s. 621.

⁶⁵¹ Rona SEROZAN (2018). *Madde 81, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 712-713, Kaşak, s. 459-460. Ayrıca Alman hukukunda TBK md. 81 ile kıyaslanabilecek hüküm olan BGB md. 817’e göre, alıcının sebepsiz zenginleşme teşkil eden ifayı kabul etmesiyle birlikte hukuka veya ahlaka aykırı bir durumun oluşması ve bunun bilincinde olması halinde kendisine yapılan ifayı iade ile yükümlüdür. Bu açıdan hükme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Démètre D. GEROTA (1925). *La Théorie de l’Enrichissement sans cause dans la Code civil allemand*, Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, s. 184 vd.

⁶⁵² ATF 84 II 179, s. 184, www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 15.04.2019), Tercier/ Pichonnaz, s. 410, Guggenheim (1995), s. 269, Zuffrey-Werro, s. 380, Ateş (2008), s. 592.

⁶⁵³ Chappuis, s. 619, Rüedi, N. 586, Engel, s. 595, Aubert, s. 142-143, Hatemi, s. 505, s. 621- 622.

Diğer taraftan, TBK md. 81'in ikinci cümlesi uyarınca ifa edilen edimin iadesi talebiyle açılan davada hâkimin borç konusu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilmesi hükmün adil bir şekilde uygulanması adına bir çözüm olduğu savunulmaktadır⁶⁵⁴. TBK md. 81 hükmünün BK md. 65 zamanından beri yeniden düzenlenmesi gerektiği savunulmakla beraber, Türk hukukunda söz konusu hükme dair çalışmaları bulunan ve *de lege ferenda* bir öneride bulunan *HATEMİ*'ye göre⁶⁵⁵, madde metni şu şekilde kaleme alınmalıdır; "*Hukuka veya ahlaka aykırı eylemler, eylemi yapan lehine herhangi bir şekilde hak doğumuna yol açmazlar*" Farklı bir görüş uyarınca TBK md. 81'in uygulama alanının belirlenmesi için en uygun yol, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliği öngören yasaklayıcı kurala ilişkin normun koruma amacının saptanarak amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yönteminin kullanılmasıdır. Bu şekilde söz konusu edimi geçersiz kılan yasaklayıcı kuralın aynı zamanda edimin iadesini de yasaklama amacını taşıdığı tespit edilebildiği takdirde, TBK md. 81 hükmünün uygulanması gerektiğini savunulmaktadır⁶⁵⁶.

Genel hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız TBK md. 81 hükmünün kişinin ekonomik özgürlüklerinin aşırı sınırlandırılması ve ekonomik kamu düzeni ile ekonomik ahlaka aykırılığın incelenmesi açısından önemi ise, kamu düzenine aykırılık sebebi ile sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde söz konusu hükmün uygulama alanı bulamamasıdır. Sözleşmenin zayıf tarafının piyasa koşulları ve ekonomik düzenin özellikleri kapsamında ekonomik özgürlüklerinin yok edildiği veya sınırlandırıldığı, karşı tarafın sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaatin karşısında genel menfaatin daha ağır bastığı, bu nedenle de ekonomik kamu düzenine aykırılık teşkil eden sözleşmelerin geçersiz olması durumunda ifa edilen edimin iadesi talebinde TBK md. 81 uygulanmayacaktır. Diğer bir ifadeyle kamu düzenine aykırı bir sözleşmenin geçersizliği sonucunda bu sözleşme uyarınca ifa edilen edimlerin hukuki akıbeti son derece tartışmalı bir hüküm olan TBK md. 81'e tabi olmayacak ve kavram içerisinde önemli bir yere sahip olan sözleşme adaletinin korunması amacı güvence altına alınmış olacaktır. Ekonomik

⁶⁵⁴ Hatemi, s. 488, Ateş (2008), s. 589. Benzer bir hükmün Prusya Krallığı'nın Genel Ülke Yasalarında bulunduğu dair bkz. Guggenheim (1995), s. 269.

⁶⁵⁵ Aynı zamanda '*nemo auditur*' kuralına uygun olan maddenin düzenlenişine ilişkin bu öneri için bkz. Hatemi, s. 616.

⁶⁵⁶ Ek olarak, MK md. 678/ f. 2 gereğince henüz miras açılmadan, miras bırakandan habersiz şekilde miras payı için ödenen paranın geri alınabilmesinin ve 4054 sayılı RKHK md. 56 uyarınca söz konusu kanuna aykırı anlaşma ve kararlar uyarınca ifa edilen edimlerin geri verilmesinin Türk Borçlar Kanunu'ndaki ilgili hükümler gereğince mümkün olmasının bu görüşü desteklediğine ilişkin bkz. Serozan, *Borçlar Genel*, s. 340.

ahlaka aykırılık ve ekonomik kamu düzeninin birbirinden ayrılması noktasında, ahlaka aykırı bir amaç doğrultusunda kişinin sözleşmeden menfaat sağlama beklentisini engellemeye yönelik ilkelerin bir anlamı kalmamaktadır. Ayrıca MK md. 2/ f. 2 gereğince hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanarak adil bir hukuki çözüm yaratma çabası yerine kamu düzeni dahilinde dikkate alınması gereken temel değer ve ilkeler doğrultusunda aykırılığın gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilip, aykırılık taşıyan ve kesin hükümsüz kılınan⁶⁵⁷ sözleşmelerde iade taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Ekonomik kamu düzenine aykırılık halinde tarafların sübjektif nitelikteki, sözleşme yapma amacının ahlaka aykırı olup olmadığının ispatı yerine kamu düzeni kavramına ilişkin, objektif nitelikteki hukuki değer ve ilkelerin hâkim tarafından değerlendirilip bir karara varılması ile birlikte korunması gereken sözleşme tarafı adına daha adil ve hukuk düzeninde daha tatmin edici bir hukuki çözüme⁶⁵⁸ yaklaşılabileceği kanısındayız.

3.3.5. Kişilik hakkına aykırılık

3.3.5.1. Sözleşme özgürlüğünü sınırlama işlevi

Emredici hükümlerin koruduğu değerlerden biri olan kişilik hakkı, kişinin adı, özel hayatı, vücut tamlığı, sağlığı, resmi, sesi, şeref ve onuru gibi toplum içindeki saygınlığını ve kendini geliştirme hakkını koruyan değerlerin toplamıdır⁶⁵⁹. Kişilik hakkını koruyan hükümler, emredici niteliktedir. Bu nedenle kişilik hakkına aykırı sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olacağı TBK md. 27/ f. 1’de hüküm altına alınmıştır.

Medeni Kanun md. 23/ f. 2’de kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağına ilişkin hüküm ile kişilik hakkına aykırılığı sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırı olarak anan TBK md. 27/ f. 1 hükmü birlikte ele alınmalıdır. MK md. 23/ f. 2 hükmü, TBK md. 27/ f. 1’de yer alan

⁶⁵⁷ Ayrıca kısmi hükümsüzlük halinde sözleşmede ifa edilmiş edimlerin taraflarca iade etme yükümlülüğünün zaten doğmayacağından hareketle TBK md. 81’in uygulanmasının söz konusu olmayacağına ilişkin bkz. Zuffrey-Werro, s. 364.

⁶⁵⁸ Konuyla ilgili ulaşılan pratik sonucun teorik açıdan desteklenmesi bakımından, Alman hukuku doktrininde *Esser*’in kamu düzeni kavramının hukuk düzeninin omurgasını hukukun temel değerleri ve anayasal ilkeler aracılığıyla oluşturması, bu yönüyle hukuk düzeninin temelinde olması görüşünden yola çıkarak söz konusu kavramın ahlaka aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması yasağının sahip olmadığı kesinliğe sahip, içeriğinin belirlenebilir olması ve bu nedenle objektif olma garantisini taşıdığına ilişkin bkz. Atamer (2001), s. 190.

⁶⁵⁹ Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 382, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 162, Dural / Ögüz, s. 100.

hukuka ve ahlaka aykırılık kavramlarının özel bir uygulaması olarak görülmektedir⁶⁶⁰. Kişilik hakkına aykırı sözleşme hükümleri çoğu zaman ahlaka aykırılığa da yol açabilir, ancak ahlaki bir değeri ihlal etmeksizin kişilik hakkına aykırı sözleşmelere rastlamak mümkündür. Örneğin, tarafların birbirine geri kalan hayatlarında hiç evlenmeyeceklerini taahhüt ettikleri sözleşmeler böyledir. Çalışmamızın kapsamı bakımından değinilmesi gereken kişilik hakkına aykırılık hallerinden bir diğeri ise, kişinin ekonomik faaliyetlerinin ticari hayatını sona erdirecek nitelikte, bu sonuca yol açabilecek uzunlukta yükümlülükler getiren sözleşme hükümleridir⁶⁶¹.

3.3.5.2. *Kişilik hakkına aykırı işlemler ve kamu düzeni*

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin kişilik hakkına aykırılık sınırı, aynı zamanda kamu düzeninden doğan kuralların ihlali anlamına gelebilmekte ve kişilik hakkına aykırılık ile kamu düzenine aykırılık kimi durumda örtüşebilmektedir. Kişilik hakkına ilişkin kurallar, kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerden doğan haklarından bağımsız, emredici özel hukuk kurallarının çekirdeğini oluşturan kurallardır.

İsviçre-Türk hukukundaki hakim görüşe göre⁶⁶², yazılı bir hukuk kuralını ihlal etmeksizin kişilik hakkına aykırı nitelikte bir sözleşmenin tespiti halinde MK md. 23/ f.2 hükmünde kamu düzeninden bahsedilmemesi ve karar verme özgürlüğünün kurumların korunmasında temel değerlerden biri olmaması nedeniyle söz konusu hukuki işlem aynı zamanda ahlaka aykırı kabul edilir. Kişiliğe bağlı bir değer üzerinde kişinin ne oranda tasarruf edebileceği emredici bir yazılı kuralın yokluğunda ahlak kurallarının ölçü alınması savunulmaktadır. Buna paralel olarak, Alman hukukunda kişilik hakkının sözleşmeler karşısında korunması bakımından özel bir düzenleme bulunmadığından kişilik hakkına aykırılık, ahlaka aykırılık başlığı altında incelenmektedir⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Guilloid/ Steffen, s. 197, Zuffrey-Werro, s. 61.

⁶⁶¹ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 86, Kılıçoğlu, s. 96-97, von Tuhr, s. 265, Kocayusufpaşaoğlu, s. 565, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 168, Nomer H., s. 62.

⁶⁶² Zuffrey-Werro, s. 127, Karabağ Bulut, s. 62-63, Ateş, (2007a), s. 167. Ayrıca MK md. 23'ün yorumlanmasında kimsenin kişilik değerini ahlaki değer yargılarına aykırı olarak sınırlayamayacağına ilişkin bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 457.

⁶⁶³ Ünal, s. 116. Ayrıca kişilik hakkına ve ahlaka aykırılık sınırlama sebeplerinin yöntem, amaç ve uygulama alanları bakımından geniş çaplı bir karşılaştırmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zuffrey-Werro, s. 129- 130.

Diğer yandan, kişilik hakkının ve bu hakka bağlı varlıkların hukuk düzeni içerisinde toplum için göz ardı edilemeyecek, temel değerlerinden biri olarak kabul edildiği takdirde, doktrindeki ikinci görüş uyarınca geniş anlamda kamu düzeni kapsamına dâhil edilmektedir⁶⁶⁴. Bu bakımdan TBK md. 27’de kişilik hakkının sözleşme kapsamında korunduğu belirtilmekle beraber, bu korumanın kapsamına kişinin var olmasından doğan, kişiliğin devamı ve gelişimini sağlaması açısından korunmasında menfaati olan tüm değerler girmektedir⁶⁶⁵. Özellikle kişinin sözleşme çerçevesinde ekonomik faaliyet özgürlüğünün elinden alınması durumunda zayıf taraf konumuna düştüğü ve koruyucu ekonomik kamu düzenine aykırılığın gündeme gelebileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla İsviçre-Türk hukukundaki azınlıkta kalan MK md. 23/ f. 2’de uygulanacak yaptırımın hukuka aykırılık olduğu yönündeki görüşe⁶⁶⁶ katılmaktayız. Buna ek olarak, doktrindeki bir başka görüş ise⁶⁶⁷, kişilik hakkını zedeleyici derecede yükümlülük altına girilmesi halinde hem topluma egemen ahlak anlayışına hem de Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin temelindeki etik değerlere ters düştüğü için ahlaka ve hukuka aykırılığın birlikte var olduğunu kabul etmektedir.

3.3.6. Hukuki işlemin konusunun imkânsız olması

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarından biri, sözleşmenin yapıldığı anda sözleşme konusu oluşturan edimin veya edimlerden birinin ifa edilmesinin objektif olarak imkânsız olmasıdır. Bu sınırlamadan söz edebilmemiz için sözleşmenin kurulmasından önce ve en geç yapıldığı anda karşılaştırılan edimin ifası, sürekli ve objektif anlamda imkânsız olması gerekir. TBK md.27/ f. 1 hükmündeki imkânsızlık halinin belirlenmesi için esas alınan süre bakımından başlangıçtaki imkânsızlıktan bahsedilir⁶⁶⁸. Başlangıçtaki imkânsızlık hali, borçlunun sözleşme kurulduktan sonraki aşamada ifa konusunun kusur ile (TBK md. 112) veya kusuru olmaksızın (TBK md. 136) imkânsızlaşmasından

⁶⁶⁴ İsviçre’deki hukuk düzeni işleyişinin kişilik değerlerinin geniş anlamda kamu düzeni kapsamında sayılmasını engellemeyeceğine ilişkin bkz. Zufferey-Werro, s. 127. Kişilik hakkına aykırı olan işlemin etik değerler ışığında kamu düzenine de aykırı olduğunun kabul edilmesine ilişkin bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 379.

⁶⁶⁵ Karabağ Bulut, s. 61.

⁶⁶⁶ Eren, s. 320.

⁶⁶⁷ Kocayusufoğlu, s. 572, Hatemi, s. 224.

⁶⁶⁸ Guillo/ Steffen, s. 198, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 90, Eren, s. 328, Nomer H., s. 64, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 233.

farklıdır⁶⁶⁹. Sözleşmenin kurulması anındaki imkânsızlık, daha sonra ortadan kalksa dahi, sözleşme geçerli hale gelmeyecektir. Edimin ifası bir şarta veya vadeye bağlanmışsa, vadenin dolması veya şartın gerçekleşmesi anında edimin ifası mümkünse, başlangıçtaki imkânsızlık söz konusu değildir⁶⁷⁰.

İmkânsızlığın sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırı olarak kabul edebilmesi için sözleşmede kararlaştırılan edimin objektif şekilde imkânsız olması gerekir. Bunun anlamı ise, sözleşmede belirlenen edimin sadece borçlu için değil, herkes için ifasının imkânsız olmasıdır⁶⁷¹. Sözleşme ilişkisinde borçlunun ekonomik güçsüzlüğü veya kişisel özellikleri doğrultusunda edimi yerine getiremeyecek durumda olması halinde subjektif imkânsızlık halinden bahsedilir ve bu durumda sözleşme geçerli olarak meydana gelir⁶⁷². Subjektif imkânsızlık durumunda sözleşme özgürlüğünün hukuki işlemi geçersiz kılacak şekilde sınırlandırılması söz konusu olmayacaktır. Örneğin, kişinin büyük bir ressam olduğuna inanılarak resim yapma edimi içeren bir sözleşme kurulduğunda burada borçlunun kişisel özellikleri yetersiz kalacağından, ortada bir subjektif imkânsızlık vardır. Ancak yanmış bir evin ya da imar mevzuatına aykırı oranda parselin satışı, okyanusa düşmüş bir yüzüğün bağışlanması objektif imkânsızlık örnekleri olup, bu durumda sözleşme TBK md. 27/ f.1 uyarınca kesin hükümsüzdür. 6098 sayılı TBK'da başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin tazminata yönelik bir hüküm bulunmasa da BGB md. 275 ve bu hükmün atıfta bulunduğu md. 311 hükümleri ışığında borçlunun başlangıçtaki imkânsızlığın gerçekleşmesinde kusuru varsa alacaklıya karşı *culpa in contrahendo*, diğer bir ifadeyle sözleşme öncesi kusur sorumluluğu hükümleri uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmektedir⁶⁷³.

3.4.Kamu Düzenine Aykırılığın Hukuki İşlemlere Etkisi

3.4.1. Türk- İsviçre hukukunda hukuki işlemin geçersizliği ve yaptırım türleri

⁶⁶⁹ Kılıçoğlu, s. 141, Antalya, s. 388.

⁶⁷⁰ Eren, s. 329.

⁶⁷¹ Bucher, s. 113, Von Tuhr, s. 268, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 83, Kılıçoğlu, s. 100, Serozan, *Borçlar Genel*, s. 164, Nomer H., s. 64, Antalya, s. 388.

⁶⁷² Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 84, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 91, Eren, s. 329-330.

⁶⁷³ Guillo/ Steffen, s. 199, Kılıçoğlu, s. 142.

Türk-İsviçre hukukunda bir hukuki işlemin kurucu ve geçerlilik unsurlarının yanı sıra, bazı hukuki işlemlerde aranan tamamlayıcı unsurların eksikliği halinde farklı hukuki geçersizlik türleri düzenlenmiştir. Genel olarak tarafların karşılıklı, birbiriyle uyumlu irade beyanları hukuki işlemlerin, özellikle sözleşmelerin kurucu unsuru niteliğindedir. Kurucu unsurları eksik bir hukuk işlem ‘yokluk’ yaptırımıyla karşı karşıya kalır⁶⁷⁴. Hukuki işlemlerin kurucu unsurları konusunda irade beyanı dışında istenen hukuki sonucun doğabilmesi için bazı ilave unsurların varlığı aranabilir. Bunun en önemli örneği, evlenmenin istenilen hukuki sonucunun doğabilmesi için irade beyanlarının varlığı dışında bunların yetkili evlenme memuru önünde yapılması gerekmektedir⁶⁷⁵. Kurucu unsurlarının eksikliği halinde hukuki işlem hiç doğmamış sayılır, yok hükmündedir. Söz konusu işlemin yok hükmünde olduğu herkes tarafından ileri sürülebilir⁶⁷⁶. Yargıtay’a göre⁶⁷⁷, yokluğun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu gerekçesiyle dahi hukuki işlemin ayakta tutulması mümkün değildir.

Kurucu unsurları eksiksiz şekilde oluşan tüm hukuki işlemlerde aranan geçerlilik unsurları bulunmaktadır. Hukuki işlemi yapmaya tarafların ehil olması, diğer ifadeyle ehliyet şartı, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik hakkına aykırı ve imkânsız olmaması, irade sakatlığı hallerinin bulunmaması, muvazaalı olmaması tüm hukuki işlemlerde aranan geçerlilik şartlarıdır. Bunun yanı sıra sözleşmenin özelliği nedeniyle kimi durumlarda aranan geçerlilik şartları da vardır. Karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede edimler arasında açık orantısızlık sonucu aşırı yararlanma (gabin) bulunmamalı, şekil şartı getirilmiş bir hukuki işlem için bu şekle uyulmalı ve son olarak genel işlem şartlarına ilişkin sınırlara uyulmalıdır.

Geçerlilik şartları açısından hukuki işlemlere yönelik geçersizlik türleri, kesin hükümsüzlük⁶⁷⁸, iptal edilebilirlik, noksanlık ve TBK md. 21 ve md. 24’de genel işlem

⁶⁷⁴ Serap HELVACI/ Fulya ERLÜLE (2018). *Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 40, Tercier/ Pichonnaz, s. 100, Eren, s. 331, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 386, Ataay, s. 173.

⁶⁷⁵ Helvacı/ Erlüle, s. 162.

⁶⁷⁶ Oğuzman/ Barlas, s. 209.

⁶⁷⁷ Y. 2. HD, T. 20.11.1970, E.1970/5584, K. 1970/ 6134, Oğuzman/ Barlas, s. 212, dn. 332.

⁶⁷⁸ Kesin hükümsüzlük halinin öğretide mutlak ve nispi butlan şeklinde ikili ayrımla ele alınabildiği gözlemlenmektedir. Nispi butlan kavramı, iptal edilebilirlik hallerini kesin hükümsüzlük yaptırımından ayırmak için kullanılsa da yalnızca MK md. 145 vd. hükümlerinde evlenmenin mutlak- nispi butlan hallerini düzenlerken kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Mutlak- nispi butlan arasında yapılan ayırım, mutlak butlanda hükümsüzlüğün herkes tarafından ileri sürülebilirken, nispi butlanda ilgili kişilerce ileri sürülebilmesinden doğmaktadır. Ancak Borçlar Hukuku kapsamında hukuki işlemlerde butlan, kural olarak herkes için vardır. Bu nedenle mutlak-nispi butlan ayırımının Borçlar Hukuku alanında söz konusu

şartlarına yönelik getirilen ve geçersizlik türleri sınıflandırılmasında tartışmalara neden olan yazılmamış sayılmadır. Kesin hükümsüzlük, kurucu unsurlarının tam olmasına rağmen kamu düzenini ilgilendirecek düzeyde bir geçerlilik unsurlarının bulunmaması halinde söz konusu hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuramaması halidir⁶⁷⁹. Kesin hükümsüzlük halini ilgili herkes, dava açmaya gerek duymaksızın ileri sürebilir. Mahkemede taraflar ileri sürmemiş dahi olsa hâkim, dava dosyasından işlemin kesin hükümsüz olduğu anlaşıldığında bunu resen dikkate alır⁶⁸⁰.

Ek olarak bir sözleşmenin kesin hükümsüz sayılıp sayılmayacağı hâkimin takdir yetkisi ile belirlenebilir. BK zamanında alacaklının işvereni konumunda olan ya da yetkili makamın izni ile yapılan bir sanatla uğraşan borçlu lehine bir sorumsuzluk anlaşması ile hafif kusurundan kurtulmasına yönelik bir sözleşme hükmünün geçerliliği hâkimin takdirine bağlıdır. BK md. 99/ f.2 hükmü, bu anlamda takdiri kesin hükümsüzlük getirmekte idi⁶⁸¹. Hâkimin takdir yetkisini işlemin geçersizliği yönünde kullanabilmesi için borçlunun her türlü kusurdan sorumlu olacağına ilişkin genel kuraldan amaca uygun haklı sebepler olmadan sapılması, borçlunun çıkarlarının ağır basması, alacaklının hakkaniyete aykırı şekilde zarara uğraması gibi durumların tespiti gerekliydi⁶⁸². Türk hukukunda kesin hükümsüzlüğü takdir yetkisinin hâkim dışında bir kurula devredilmesine de rastlanmaktadır. 4054 sayılı RKHK md. 27/ bent (a) hükmü uyarınca bu kanunda belirtilen ilkeler çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun bir sözleşmenin rekabeti önleyici niteliğe haiz ve bu yönde kesin hükümsüz olduğuna karar verirken bir takdir yetkisi ortaya çıkmaktadır. Rekabet Kurulu'nun bu alanda takdir yetkisine sahip olması, kamu yararının işlem güvenliğinden üstün tutulmasından ileri gelmektedir⁶⁸³.

Kısmi hükümsüzlük, TBK md. 27/ f. 1 hükmüne göre bir sözleşmenin yalnızca belirli bir kısmı veya hükmü geçersiz kabul edilmesi, geri kalan kısmının ayakta tutulmasının tarafların farazi iradelerine uygun olması halinde söz konusu olacaktır.

olamayacağı öğretilmektedir. Söz konusu ayırım, Fransız Hukuku'nda uygun gözüktüğü de Türk-İsviçre Hukuku için kesin hükümsüzlük- iptal edilebilirlik ayırımının kabulü daha uygun olacaktır. Bunun için bkz. Oğuzman/ Öz, C. I, s. 180, Oğuzman/ Barlas, s. 213, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 381. Nispi butlanın iptal edilebilirlikten başka bir şey olmadığına ilişkin görüş için bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 386.

⁶⁷⁹ Oğuzman/ Barlas, s. 212, Helvacı/ Erlüle, s. 40, Ataay, s. 174.

⁶⁸⁰ Guggenheim (1995), s. 76, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 181, Helvacı/ Erlüle, s. 41.

⁶⁸¹ 6098 sayılı TBK md. 115/ f. 2 ve f.3 hükümleri, eski kanundaki 'hâkim, bu şartı batıl addedebilir' ifadesi yerine 'önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür' düzenlemesini getirerek kesin hükümsüzlük açısından hâkimin takdir yetkisini sonlandırmıştır.

⁶⁸² Kocayusufpaşaoğlu, s. 597, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 885, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 181.

⁶⁸³ Turgut ÖZ (1997). *Yönetim (Management) Sözleşmesi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 57 vd., Oğuzman/ Öz, C. I, s. 182.

Böylece kesin hükümsüz kısmı olmadan tarafların sözleşme ilişkisine girmeyeceği kabul edildiğinde kesin hükümsüzlük sözleşmenin tamamına uygulanır⁶⁸⁴. Kısmi hükümsüzlük, örneğin, emredici bir kuralla belirli bir satım veya kira bedeli sınırı belirlenmesine rağmen sözleşmede bu sınırları aşan hükümlerin üst sınırdaki bedel üzerinden emredici kuralla uygun yapılmış sayılması durumunda söz konusu olacaktır⁶⁸⁵.

İptal edilebilirlik, bir hukuki işlemin bazı geçerlilik şartlarının eksikliği halinde işlemin hükümsüz hale gelebilmesi için eksik olan şartın getiriliş amacıyla korunan tarafa bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindeki iptal hakkının tanınmasıdır⁶⁸⁶. Kimi zaman hukuki iptal hakkı sahibi taraf hukuki işlemle baştan itibaren bağlı olmayabilir. Örneğin, TBK md. 39 hükmüne göre, iradesi sakatlanan taraf, bir yıl içinde iptal hakkını kullanmazsa, işlemi onamış kabul edilmektedir. Bu durumda öğretilerdeki bir görüş, düzelebilir hükümsüzlük olduğunu savunmaktadır⁶⁸⁷. Kimi zaman ise, geçerlilik şartının eksik olmasına rağmen kendisine iptal hakkı tanınan taraf, hukuki işlemle baştan itibaren bağlıdır. Örneğin, TBK md. 28 uyarınca aşırı yararlanma halinde edimler arasındaki aşırı orantısızlıktan zarar gören tarafın bir yıl içinde iptal hakkını kullanarak işlemi geriye etkili olarak hükümsüz kılma imkânı vardır. Bu duruma öğretilerde bozulabilir geçersizlik denilmektedir⁶⁸⁸.

Hukuki işlemlerin kurucu ve geçerlilik unsurlarından ayrı olarak hükmünü doğurabilmek için gerekli bazı tamamlayıcı unsurlarının bulunması gerekmektedir. Tamamlayıcı unsurlardan bazıları, tarafın ehliyet eksikliğini gidermeye yönelik izin veya onama, temsil yetkisi eksikliğini gidermeye yönelik onama, resmi bir makamın fiili, geciktirici şartın gerçekleşmesi, aile birliğini ekonomik yönden etkilemesi muhtemel işlemlerde eşin onayıdır. Genel olarak hukuki işlemin tamamlayıcı unsurlarının olmaması durumunda noksanlık meydana gelmektedir. Bu durumda tamamlayıcı unsurları gerçekleşinceye kadar söz konusu hukuki işlemin askıda hükümsüz olduğu kabul edilmektedir⁶⁸⁹. Örneğin, sınırlı ehliyetsiz veya kısıtlı bir kişinin yasal temsilcisinin izni

⁶⁸⁴ Guillo/ Steffen, s. 205, Eren, s. 342, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 391, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 379, Hatemi/ Gökyayla, s. 82-83.

⁶⁸⁵ Nagehan KIRKBEŞOĞLU (2011). *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 38 vd., Tercier/ Pichonnaz, s. 102, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 187, Başpınar, s. 163 vd.

⁶⁸⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 382, Oğuzman/ Barlas, s. 220, Helvacı/ Erlüle, s. 41.

⁶⁸⁷ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 239, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 183, Helvacı/ Erlüle, s. 41. Bu durumda bozulabilir geçerlilik olduğunu ileri süren diğer görüş için bkz. Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 240, Eren, s. 410.

⁶⁸⁸ Oğuzman/ Barlas, s. 221, Helvacı/ Erlüle, s. 41.

⁶⁸⁹ Guggenheim (1995), s. 81, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 388. Bu tür hukuki işlemlerin aksak (topal) hukuki işlemler olarak adlandırılmasına ilişkin bkz. Ataay, s. 178, Hatemi/ Gökyayla, s. 80.

olmadan borç altına girdiği sözleşmenin geçerliliği için yasal temsilci sıfatına sahip veli veya vasisinin onay vermesi gerekmektedir. Arada geçen süre zarfında karşı taraf sözleşmeyle bağlı olacaktır. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında işlem kesin hükümsüz olacak ve karşı tarafın işlemle bağılılığı sona erecektir⁶⁹⁰.

Bir hukuki işlemin yazılmamış sayılmasına ilişkin TBK, genel işlem şartları konusunda birtakım hükümler getirilmiştir. TBK md. 21'e göre, karşı tarafın genel işlem şartları hakkında bilgilendirmesi ve sağlıklı bir irade beyanıyla kabul etmesi şartları gerçekleşmediğinde ya da sözleşmeye yabancı, şaşırtıcı nitelikteki genel işlemlerin varlığı kabul edildiğinde söz konusu genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır. TBK md. 21'in özel bir görünümü olan md. 24'e göre ise, genel işlem şartlarını tek yanlı değiştirme yetkisi veren sözleşme hükümleri de yazılmamış sayılacaktır. Ayrıca bahsedilen kayıtların genel işlem şartı niteliğinde olması aranmayacaktır⁶⁹¹.

TBK'nın söz konusu hükümleri çerçevesinde yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin belirlenmesi tartışmalı bir konudur. Yazılmamış sayılma, geçersizlik türü olarak yokluk veya kesin hükümsüzlük olduğuna ilişkin iki farklı görüş söz konusudur⁶⁹². Bu geçersizlik türünün (kısmi) yokluk derecesinde olduğunu savunan görüşe göre⁶⁹³, 'yazılmamış sayılma' ifadesinin yer aldığı TBK md. 21 ve md. 24 hükümlerinin lafzi yorumundan yola çıkılarak genel işlem şartlarının sözleşmede yazılmaması, içeriğe dâhil olmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Aynı çıkarım TBK md. 21'in gerekçesinden de yapılabilmektedir. Gerekçe metninde BGB md. 305c hükmünde olduğu gibi şaşırtıcı kuralların sözleşme içeriğinden sayılmaması ilkesinin benimsendiği belirtilmiştir. Sonuç olarak, karşı tarafın kabul beyanının sözleşmedeki genel işlem şartlarını kapsamadığı, böylece tarafların bu kayıtlar hakkında birbiriyle uyuşan irade beyanlarının bulunmadığı

⁶⁹⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 381, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 185, Ataay, s. 179.

⁶⁹¹ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 171.

⁶⁹² Doktrindeki tartışmaya ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Muzaffer ŞEKER (2015). *Yazılmamış Sayılma (BK m.21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 137 vd.

⁶⁹³ Umut YENİOCAK (2013). *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 55, Eren, s. 221, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 168, Kılıçoğlu, s. 168. ATAMER ve HAVUTÇU ise yazılmamış sayılma yaptırımının kanun metninde yer almasını eleştirmiş, bu açıdan TBK hükümlerine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil olmayacağını belirtmiştir. Yeşim ATAMER (2012). *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK md. 6 ve TTK md. 55/f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak*, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011, Ankara: BATİDER Yayınları, s. 30 vd., Ayşe HAVUTÇU (2011). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, İzmir Barosu Dergisi, C. 76, S. 2, s. 42.

için söz konusu geçersizliğin kesin hükümsüzlük halinden yokluk derecesine çıktığı isabetli şekilde savunulmaktadır.

Yazılmamış sayılma yaptırımını (kısmi) kesin hükümsüzlük olarak kabul eden görüşe göre ise⁶⁹⁴, öncelikle TBK’nda yer alan genel işlem şartlarıyla ilgili hükümlerin emredici niteliği dikkate alınmalıdır. Emredici nitelikteki hukuk kurallarına aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu görüşteki yazarlar, dış dünyaya açıklanan irade beyanlarının varlığı görmezden gelinemeyeceğini, ayrıca şaşırtıcı hükümlere ilişkin md. 21/ f. 2 ve değiştirme yasağının düzenlendiği md. 24 hükümlerinde genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edildiği, ancak bu kayıtların zayıf tarafı koruma amacıyla kesin hükümsüz kılındığını ileri sürmektedir. Ek olarak, 6502 sayılı TKHK md. 5’te düzenlenen haksız şartın esnek ya da tek taraflı kesin hükümsüz olduğu ve hâkimin tüketici lehine bunu resen dikkate alması gerektiği belirtilmektedir.

3.4.2. Karşılaştırmalı hukukta kamu düzenine aykırı hukuki işlemlere uygulanacak yaptırım

Karşılaştırmalı hukukta bir hukuki işlemin kamu düzeni kuralını ihlal etmesi halinde uygulanacak yaptırım çoğunlukla aynıdır. Kamu düzenine aykırı bir hukuki işlem, kesin hükümsüzdür. Anglo-Amerikan hukukunda mahkemeler, kamu düzenine aykırı bir sözleşmenin kural olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağına karar vermektedir. Ancak İngiliz hukukunda mahkemelerin kamu düzenine aykırı sözleşmelerin hükümsüzlüğüne karar verme sürecinin şeffaflıktan uzak ve karışık olduğu belirtilmektedir⁶⁹⁵. 1994 yılında verilmiş *Tinsley v. Milligan* kararında⁶⁹⁶ mahkemelerin hükümsüzlük iddiasının kabulü veya reddinin yaratacağı olumsuz sonuçları karşılaştırdığı ‘kamu vicdanı’ kriterinin belirsizliği ortaya konulmuştur. İngiliz hâkimin kamu vicdanı ölçütünü kullanmasında bir ikilemden bahsedilebilir. Bir yandan hâkim yetkisini aşarak yasal bir belirsizlik getirmek istememekte, diğer yandan Anglo-Amerikan hukukunda sözleşmenin geçersizliğine ilişkin, çok sayıda farklı somut durumu

⁶⁹⁴ Murat AYDOĞDU (2015). *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 221, Aydın ZEVLİLİLER, Emre GÖKYAYLA (2013). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 23. Kırkbeşoğlu, s. 64, Antalya, s. 441, Hatemi/ Gökyayla, s. 62-63.

⁶⁹⁵ Valentin, s. 32.

⁶⁹⁶ *Tinsley v. Milligan* (1994). 1 A.C. s. 340 vd. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Valentin, s. 33.

değerlendirecek kapsamda geniş bir esnekliğe sahip olmayan, teknik kurallar bulunmaktadır⁶⁹⁷.

İngiliz hukukunda hukuki işlemlerin hukuka aykırılığı hakkındaki 2009 yılındaki Hukuk Komisyonu Raporu⁶⁹⁸, birden çok unsurun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, hukuka aykırılık iddiasının değerlendirilmesinde hukuka aykırı işlemin ihlal ettiği kuralın amacı, süreklilik, iddia sahibinin kendi hatasından yararlanmaması, caydırıcılık, hukuk düzeninin bütünlüğünün korunması gibi etkenler esas alınmalıdır. 2013 yılında söz konusu rapora dayanan *Parkingeye*⁶⁹⁹ davasında hukuka aykırılığın tespitinde birtakım unsurların esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, hükümsüzlüğe karar verebilmek için iddia sahibinin amacına ve iyiniyetli olup olmadığına bakılması ve hukuka aykırılık halinin sözleşmeyi hükümsüz kılacak ağırlıkta olup olmadığının tespiti için ölçülü davranılması gerektiğine karar vermiştir⁷⁰⁰.

Fransız hukukunda CC md. 6 hükmü, kamu düzenine aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğunu belirtmiştir. Politik veya yönlendirici ekonomik kamu düzeni kuralına aykırılık halinde söz konusu genel hükme dayanarak sözleşme kesin hükümsüz (*nullité absolue*) olacaktır. Koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralına aykırılıkta ise, tüketici sözleşmeleri dışında, hâkimin geçersizliği resen dikkate alamayacağı, korunan zayıf tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünü (*nullité relative*) ileri sürmesi gerekmektedir⁷⁰¹. Québec hukukunda yönlendirici ekonomik kamu düzeni kuralları, bireysel menfaatin ötesinde ortak menfaatin korunması amacını taşıdığı için bu kurallara aykırı sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu herkes ileri sürebilir⁷⁰².

İsviçre hukukunda da geçersizlik türleri ile ilgili Fransız hukuktan doğan bu ikili ayırmadan bahsedilmektedir⁷⁰³. Türk hukukunda mutlak-nisbi butlan olarak adlandırılan ayırımın hukuk düzenimize göre yorumlanması söz konusu olduğunda kesin

⁶⁹⁷ Law Commission Report, 21 Ocak 1999, N. 54, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 148.

⁶⁹⁸ Law Commission Report, 20 Nisan 2009, N. 189, http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp189_Illegality_Defence_Consultation.pdf (Son Erişim Tarihi: 03.05.2018).

⁶⁹⁹ *Parkingeye Ltd v. Somerfield Stores Ltd* (2013) Q.B. s. 840. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 148.

⁷⁰⁰ Mahkemenin aynı kararda hukukun ‘deli gömleği’ olmadığını vurgulamasına ilişkin bkz. Valentin, s. 31-32.

⁷⁰¹ Malaurie/ Aynés/ Stoffel- Munck, s. 323, Cabrillac (2018), s. 102-103, Fauvarque- Cosson / Mazeaud, s. 145.

⁷⁰² Karim, s. 413.

⁷⁰³ Geçersizlik rejimi ile ilgili bu ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Daniel GUGGENHEIM (1970). *L’invalidité des Actes Juridiques en Droit Suisse et Comparé*, Paris : LGDJ, s. 128. Guillod/ Steffen, s. 202-203, Engel, s. 261, Tercier/ Pichonnaz, s. 116-117, Gauch/ Schlupe/ Tercier, s. 88 vd.

hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik kavramlarını kullanmamız gerekecektir. Bu bağlamda iptal edilebilirlik, bir üst kavram olarak kullanılmalıdır⁷⁰⁴. İsviçre hukukunda nisbi butlan kavramı, sözleşmede korunan tarafın menfaatini gözeten kuralların ihlali için getirilen bir geçersizlik türüdür. Türk hukuku penceresinden baktığımızda nisbi butlan şeklinde adlandırılan durum, işlemin başlangıçtan itibaren hükümsüz olduğu, ancak korunan tarafın iptal hakkını kullanmaması sonucu geçerli hale gelen işlemler için söz konusudur. Bu durumda düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur⁷⁰⁵. Gerçek anlamda iptal edilebilirlikte ise, hukuki işlem baştan itibaren hüküm doğurmakta, ancak iptal beyanının yapılması ya da iptal kararı veren mahkeme hükmünün verilmesi anından sonra hükümden düşmektedir. Bu durumda bozulabilir geçerlilikten bahsedilmektedir⁷⁰⁶.

Kamu düzenine aykırılık için önemli olan husus, Fransız hukukunda hem mutlak (kesin hükümsüzlük) hem de nisbi butlan (geniş anlamda iptal edilebilirlik) durumunun tanınmasıdır. Çoğu zaman sözleşme ilişkisinde ekonomik yönden zayıf olan tarafın hem somut olayda sözleşmeye muhtaç olmasından hem de ihlal edilen kuralın taşıdığı amaç dikkate alındığında ekonomik kamu düzenine aykırılığı ve bunu ihlal eden sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürebilmesi gerektiğinden söz edilebilir. Bu durum karşısında ekonomik kamu düzenine aykırı hukuki işlemlerin geçersizlik türünün ayrı bir başlık altında incelenmesi kanaatindeyiz.

3.4.3. Ekonomik kamu düzenine aykırılığın yaptırımının belirlenmesi

Sözleşme ilişkisi içerisinde ekonomik güç dengesinde zayıf olan tarafı koruma amacı taşıyan ekonomik kamu düzeni kuralları genellikle tek taraflı (nispi) emredici niteliktedir. Bu durum kamu düzenine aykırı hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olacağı yönündeki genel kuralın irdelenmesini gerektirmektedir. Özellikle sosyal kamu düzeni kavramının gündeme geldiği hizmet sözleşmesi çerçevesinde işçi aleyhine değiştirilemeyen hukuk kurallarına aykırılığının yaptırımı belirlenmelidir.

Ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması amacı, kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle her bir somut olayda sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olduğu sonucu ile bağdaşmayacaktır. Bu noktada getirilen hukuk kuralında korunan menfaatin

⁷⁰⁴ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 158.

⁷⁰⁵ Engel, s. 261, Kocayusufpaşaoğlu, s. 587.

⁷⁰⁶ Tercier/ Pichonnaz, s. 118, Guggenheim (1995), s. 77, Kocayusufpaşaoğlu, s. 586, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 158.

niteliği ve normun emredici yapısının derecesi incelenmelidir. Örneğin, İş hukukunda işçinin korunması amacı taşıyan her normun nispi emredici olduğu sonucuna ulaşma eğilimi olsa da söz konusu amaca yönelik her normun aksinin işçi lehine değiştirilebilmesi mümkün değildir. Bir hukuk kuralının mutlak veya nispi emredici olarak nitelendirilmesi için korunan tarafın kuralın konusu üzerinde lehine olan başka bir sonuca ulaşabilmek için feragat edip edemeyeceğine bakılmalıdır⁷⁰⁷. Bu hususta İş hukukundan bir örnek olarak, yıllık izne hak kazanma şartları nispi emredici olmakla beraber, ücretin yalnızca para ile ödenebileceği, dolayısıyla ücret karşılığı işçinin yıllık izin hakkından feragat edebilme tehlikesinin doğması gösterilebilir. 1982 Anayasası md. 50'deki dinlenme hakkı dikkate alınarak, işçinin izin hakkının girdiği sözleşme ilişkisinde korunması gerektiği, bu nedenle yıllık iznin nasıl kullanılacağına ilişkin hükümlerin mutlak emredici olduğu ileri sürülmektedir⁷⁰⁸.

Mutlak ve nispi emredici hukuk kuralı ayrımı esas alındığında norma aykırılığın tespiti bakımından farklı sonuçlara varılabileceği ileri sürülmektedir. Fransız hukukunda kuralın aksinin kararlaştırılması normdan sapılması anlamına gelmektedir. Kamu düzeni kuralı olarak mutlak emredici nitelikteki normlardan sapılması, kuralda belirtilen hususların dışına çıkılması kurala aykırılık meydana getirir⁷⁰⁹. Ancak her normdan sapma, norma aykırılık anlamına gelmez. Nispi emredici nitelikteki kamu düzeni kuralı söz konusu olduğunda yalnızca zayıf taraf lehine bu kuraldan sapılmasının tespiti kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alınarak, özellikle zayıf taraf aleyhine koşulların değiştirilip değiştirilmediğinin incelenmesi gerekmektedir⁷¹⁰.

Fransız hukukunda ekonomik kamu düzeni kuralını ihlal eden bir sözleşme hükmü karşısında korunan tarafın sessiz kalması veya söz konusu hükmü onaylaması halinde belirli şartlarla feragat hakkının olduğu görüşü hâkimdir⁷¹¹. Ancak Türk hukukunda emredici hukuk kurallarına atfedilen nitelik ve normun koruma kapsamındaki menfaatin ön planda tutulması gereği korunan tarafın bu konuda herhangi bir feragat hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir⁷¹². Türk hukukuna paralel olan Fransız

⁷⁰⁷ Yenisey, s. 146.

⁷⁰⁸ Nurşen CANIKLIOĞLU (2011). *İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul, s. 1147 vd.

⁷⁰⁹ Öztan, s. 20, Yenisey, s. 148.

⁷¹⁰ Öztan, s. 21, Yenisey, s. 149.

⁷¹¹ Farjat, s. 417 vd., Mestre, s. 140.

⁷¹² Poroy/ Oktay/ Ünan, s. 299.

Hukukundaki bir görüşe göre⁷¹³, koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralları emredici niteliğinin yanı sıra, daha savunmasız olan tarafı koruma amacı taşımaktadır. Bu amaç kapsamında zayıf tarafın kendi iradesine karşı da korunması gerekmektedir. Aksi takdirde zayıf tarafın kendi lehine düzenlenmiş yasal korumadan feragat edebilmesi, korumayı getiren kuralı anlamsız kılacaktır. Sözleşme ilişkisinde taraflar arasında ekonomik bakımdan dengesizlik ve zayıflık söz konusu olduğu durumda kanun koyucunun müdahalesi anlam kazanır ve zayıf tarafa yasal düzenlemenin sağladığı korumadan feragat etme hakkı verilmesi ekonomik kamu düzeninin gerekliliklerine aykırılık teşkil eder. Bundan dolayı Fransız içtihadında ve öğretisinde sözleşme öncesinde zayıf tarafın lehine getirilen hukuk kurallarından doğan haklarından feragatini içeren sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılması veya tüketicinin bilgi edinme hakkı, alt yüklenicinin ücret hakkı gibi temel, hakkaniyete dayalı bir talepte bulunma yetkisi kazandıran haklardan feragatin geçersiz olduğu yönünde bir eğilim görülmektedir⁷¹⁴.

Koruyucu ekonomik kamu düzeni kurallarına aykırılık halinde yaptırımın belirlenmesi açısından önemli olan bir diğer nokta, esnek hükümsüzlük kavramıdır. TBK md. 27’de yer alan kesin hükümsüzlükten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin doktrindeki tartışmalarla birlikte esnek hükümsüzlük kavramı ortaya çıkmıştır. Doktrindeki ilk görüş⁷¹⁵, hükümsüzlüğe sınırsız (mutlak) esnek bir özellik atfetmiştir. Buna göre, söz konusu yasa hükmünde öngörülen kesin hükümsüzlük yerine her somut olaydaki ihlal edilmiş özel hükmün amacı ve anlamı kapsamında o hükmeye uyan hükümsüzlük türünün tespiti gerekmektedir. Her özel hükmün aykırılık halinde örtülü de olsa hangi hükümsüzlük türünün uygulanacağını belirttiğini ileri süren görüş, klasik anlamdaki kesin hükümsüzlük kavramını yok ettiği ve kanun hükümleri dışında doktrinin ve içtihadın yorumlarıyla çeşitli hükümsüzlük türlerinin tespit edilmesi gerektiği yönünde eleştirilmiştir⁷¹⁶.

⁷¹³ Gérard COUTURIER (1979). “*L’ordre public de protection, heurs et malheurs d’une vielle notion neuve*”, Études offerts à Jacques Flour, Paris : Répertoire du notariat Defrénois, s. 110.

⁷¹⁴ Mestre, s. 142. Ayrıca Québec hukukunda koruyucu kamu düzeni kuralı ile getirilen korumadan feragat hakkı, İş Kanunu’nda diğer çalışanların çalışma şartlarını kötüleştirmemesi şartıyla tanınırken, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da bu gibi bir feragat beyanı geçersiz sayılmaktadır. Genel olarak ise sözleşme kurulmadan önce feragat beyanı geçersiz kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karim, s. 414-415.

⁷¹⁵ Bu görüş taraftarları için bkz Pakize Ezgi AKBULUT (2016). *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 63, dn.198.

⁷¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 590.

Buna karşılık, kesin hükümsüzlük kavramına sınırlı esneklik tanıyan ikinci görüşe göre⁷¹⁷, konusu hukuka aykırı olan bir sözleşmenin varlığı halinde ihlal edilen özel hükmün TBK md.27'deki klasik kesin hükümsüzlüğe atıf yaptığı karine olarak kabul edilmelidir. İhlal edilen kuralın amacı ve anlamı göz önüne alınarak kendine özgülenmiş farklı bir yaptırım türünü zorunlu kıldığını veya örtülü biçimde bu yaptırımı öngördüğü ispatlanıp, klasik kesin hükümsüzlük karinesi çürütülebilir. Bu sonuca ulaşabilmek için her somut olayda tarafların farazi iradelerinin dikkate alınması bu açıdan TBK md. 27'nin uygulama şartlarından biri olmalıdır. Tarafların sözleşmenin devamına ilişkin menfaatlerinin varlığı halinde klasik kesin hükümsüzlük somut olay adaletini gerçekleştirmekte yetersiz kalmakta, ayrıca kesin hükümsüzlüğe ilişkin tarafların sözleşmede taahhüt edilmiş edimlerin ifasına yönelik menfaatlerinin değerlendirilmesi, bu şekilde taraf iradelerine üstünlük sağlanması, irade özerkliği ilkesine uygun bir sonuç doğurmaktadır⁷¹⁸.

Esnek hükümsüzlük kavramını sınırlı esneklik çerçevesinde ele alan bu ikinci görüş kabul edildiği takdirde koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralı niteliğindeki birtakım normlara aykırılığın yaptırımının belirlenmesi konusu hukuki bir zemine kavuşabilmektedir. Bu doğrultuda koruyucu ekonomik kamu düzeni kavramının gözettiği amacı hayata geçirmek, diğer bir ifadeyle bu kamu düzeni kuralları ile somut olayda sözleşme ilişkisinde varılması istenilen zayıf taraf açısından sözleşme adaletinin tam olarak sağlanması amacına ulaşmak mümkün olacaktır⁷¹⁹.

Sınırlı esnek hükümsüzlüğün ekonomik kamu düzeni kurallarına aykırılık halinde uygulanmasına örnek olarak, 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 6/ f. 2'deki sözleşmedeki haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmadığı yönündeki düzenleme gösterilebilir. Söz konusu kaydın sadece tüketici için geçersiz olacağı ve hâkimin yalnızca onun lehine bu geçersizliği resen göz önüne tutabileceği, dolayısıyla kanunen bir esnek hükümsüzlük halinin getirildiği kabul edilmekteydi⁷²⁰. Esnek

⁷¹⁷ Nicolas ROULLIER (2007). *Droit Suisse des Obligations et Principes du Droit Européen des Contrats*, Lozan : CEDIDAC, s. 792, Guillod/ Steffen, s. 203 N. 97 vd., Kocayusufpaşaoğlu, s. 591, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 392, Akbulut, s. 75.

⁷¹⁸ Guillod/ Steffen, s. 204, N. 98, Rouiller, s. 799, Meier, s. 1897, Kötz, s. 117.

⁷¹⁹ Mestre, s. 143, Akbulut, s. 73.

⁷²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 593, Antalya, s. 142. 6502 sayılı TKHK md.5/ f.2 uyarınca tüketici sözleşmesindeki haksız şartların kesin hükümsüz olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu şekilde TBK md. 27'deki klasik kesin hükümsüzlük kavramına açık atıfta bulunan kanun koyucu, esnek hükümsüzlük kavramına başvurulması ve kesin hükümsüzlük karinesinin çürütülmesi gibi hususlara ilişkin tartışmaların önüne geçmiştir.

hükümsüzlüğe ilişkin bir diğer örnek olarak MK md. 23/ f. 2 hükmünün kişilik hakkının korunması amacı esas alınarak klasik kesin hükümsüzlük yaptırımının sınırlandırılmasından bahsedilmektedir⁷²¹. Çalışmamız açısından önemli olan husus, yalnızca kişilik hakkını zedeleyici derecede mutlak bağıllık altına giren, ekonomik özgürlüklerinden vazgeçen tarafın hükümsüzlüğü ileri sürebilmesidir. Karşı tarafa sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkı tanınması, hâkimin kesin hükümsüzlüğü yalnızca özgürlüklerinden vazgeçen taraf lehine resen dikkate alması gerektiği savunulmaktadır⁷²². Bu noktadan yola çıkarak koruyucu ekonomik kamu düzeni kurallarına da bu çözümün uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelmektedir. Nitekim doktrinde emredici hukuk kuralları içerisinde yer alan “yasaklayıcı hükümler” dikkate alındığında MK md. 23/ f.2’de getirilen çözümün tipik olarak sözleşme ilişkisinde taraflardan birini koruma amacı güden tüm yasaklayıcı hükümlerine aykırılık halinde uygulanabileceği, kanaatimizce isabetli bir şekilde, belirtilmiştir⁷²³.

4. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerinde Kamu Düzeni Kurallarının Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlayıcı Nitelikteki Görünümleri

4.1. Sözleşmelerdeki Şekil Şartı (TBK md. 12 vd.)

Türk borçlar hukukunda sözleşmeler, kural olarak şekil serbestisine tabidir. Şekil özgürlüğü, tarafların dış dünyaya açıkladıkları irade beyanının anlaşılabilir olması gerekliliğini üstün tutarak irade beyanını istediği şekil ve yöntemde açıklama konusunda serbest olmasıdır⁷²⁴. Uluslararası hukukta şekil özgürlüğünün UNIDROIT, PECL, DCFR gibi belgelerde düzenlenmesi ile birlikte bu hususta bir fikir birliğine varıldığı belirtilmiştir⁷²⁵. Ancak sözleşmelerdeki şekil özgürlüğü iki şekilde sınırlandırılabilir. Kanun belirli sözleşme türleri için geçerlilik şartı olarak şekil şartı getirmiş olabileceği gibi, taraflar, düzenledikleri sözleşmenin belirli şekilde yapılmış olması konusunda

⁷²¹ Guillod/ Steffen, s. 204, N. 99.

⁷²² Kocayusufpaşaoğlu, s. 571, s. 592.

⁷²³ Ingeborg SCHWENZER (2016). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Baskı, Bern: Stampfli Verlag, N. 32, 38, Kocayusufpaşaoğlu, s. 593, dn. 44, Akbulut, s. 76-77.

⁷²⁴ Arif Barış ÖZBİLEN (2016). *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 29.

⁷²⁵ Bénabent, s. 103. Bahsi geçen uluslararası belgelerdeki ilgili hükümler için bkz. Özbilen, s. 30.

anlaşıp, sözleşmeyi iradi şekle bağlı kılabilir⁷²⁶. Türk- İsviçre hukukunda örneğin, taşınmaz satış sözleşmesi (TBK md. 237) başta olmak üzere, taşınmaza ilişkin aynı hakların devrine ilişkin sözleşmeler, bağışlama sözü verme (TBK md. 288), alacağın devri (TBK md. 184), kefalet sözleşmesi (TBK md. 583), konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmelerinde fesih beyanı (TBK md. 348) gibi hukuki işlemler kanun koyucu tarafından şekil şartına tabi tutulmuştur.

Resmi veya adi yazılı şekil şartının sözleşmelerde getirilmesine ilişkin kanun koyucunun taşıdığı amaçlar içerisinde hukuk güvenliğinin, tarafların özel menfaatlerinin ve genel menfaatin korunması bulunmaktadır⁷²⁷. Başta tarafları sözleşme ile kendilerini bağlı kılacakları hukuki işlemin içeriğine ilişkin düşünmeye sevk etmek, hükümleri açısından ekonomik anlamda önem taşıyan ya da tehlike yaratabilecek sözleşme metnini tekrar gözden geçirmek şekil şartının getirilmesinde hedeflenen amaçtır. Bu açıdan İsviçre Hukuku öğretisinde *Huber*'e göre⁷²⁸, şekil, özgürlüğün ikiz kardeşidir. Özgürlüklerin haksız, aşırı ölçüde kısıtlanmasının önlenmesi bakımından şekil şartının tanınması, faydalı bir imkândır. Sözleşmedeki resmi veya adi yazılı şekle uyulması ile birlikte tarafların irade beyanlarını sunmada acele davranmalarının önüne geçilir ve ihlale yönelen etkilerden taraflar korunur. Diğer taraftan ise şekil bakımından geçerlilik şartına uygun yapılan sözleşme tüm hukuk düzeni içinde bir tanınırlık kazanır ve bu durum, genel anlamda ticari hayatın korunmasına hizmet eder.

Yapılan hukuki işlemlerin açık ve kesin olmasını sağlayan şekil şartı, bu bakımdan hukuk güvenliğinin korunması amacı da taşımaktadır. Aynı zamanda geçerlilik şartı olarak şekil şartının varlığı, sözleşme içeriğine dair ispat kolaylığı sağladığından tarafların arasındaki uyuşmazlığın sonlandırılması, bunun neticesinde görülen davaların sürelerinin kısılması bakımından usul ekonomisi ilkesi bakımından yarar sağlamaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, şekil şartı ile hukuki işlemlerin kesin, şeffaf ve belirli niteliğe kavuşması, hukuk güvenliği açısından olduğu kadar genel menfaate de hizmet etmektedir⁷²⁹.

Şekil özgürlüğünün kısıtlanması konusunda kanunda geçerlilik şartı olarak getirilen şekil şartının kamu düzeni kavramı ile ilişkisi, öncelikle, zayıf tarafın korunması

⁷²⁶ Bertrand STOFFEL (2017). *La Forme Comme Objet du Contrat La forme conventionnelle et ses effets*, Zürich: Schulthess, s. 16, Özbilen, s. 30-31, Engel, s. 246.

⁷²⁷ Engel, s. 247, Guggenheim (1970), s. 164.

⁷²⁸ Eugen HUBER (1914). *Formen im schweizerischen Privatrecht*, Schweizerischen Sachenrecht Drei Vorträge mit Anmerkungen von Eugen Huber (Stoffel, s. 29'dan naklen).

⁷²⁹ Stoffel, s. 30, Özbilen, s. 37-38.

ilkesi bağlamında kurulabilmektedir. Sözleşmenin taraflarından biri ekonomik, sosyal ya da psikolojik açıdan zayıf konumda ise, sözleşmeyi kurma aşamasında karşı tarafın sözleşmeye ilişkin sağlıklı bir pazarlık sürecinin dışında zayıf tarafın sözleşme ilişkisine girip girmeme noktasındaki kararsızlığını, endişesini kendi menfaatine kullanma tehlikesinin önlenmesi gereklidir. Öngörülen şekil şartı ile tarafların düşüncelerinin oluşturulması, işlemin esasına ilişkin erken ve acele karar verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁷³⁰. Sözleşmenin tabi olduğu şekil şartı kapsamında zayıf tarafın sahip olduğu haklara ilişkin bilgilendirmenin sağlanması, buna yönelik yükümlülüklerin şeklen sözleşme metninde yer alması şekil şartının zayıf tarafın korunmasına ilişkin bir diğer noktadır⁷³¹. Şekil şartı getiren yazılı hukuk kurallarının kamu düzeni kuralı niteliğine sahip olduğunun bir diğer göstergesi ise, genel menfaatin korunması amacı taşımasıdır. Bu bakımdan hukuki işlemlerin yasal şekil şartlarına uyarak kayıt altına alınması söz konusu işlemin güvenliğini ve kamuya açık sicillerin güvenilirliğini sağlamaktadır⁷³².

4.2. Genel İşlem Şartlarının Denetimi (TBK md. 20 vd.)

Gelişmiş kapitalist ekonomilerde güçlü ekonomik aktörlere karşı kişilerin zayıflığı ve sosyal devlet anlayışının güçlenmesi ile birlikte sözleşme hukukunda tarafların eşit olduğu yönündeki geleneksel varsayımın yıkılması sonucu çoğu ulusal hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı ve zayıf tarafı koruyucu birtakım düzenlemeler getirilmiştir⁷³³. Bunlardan belki de en önemlisi olan genel işlem şartlarının denetlenmesi, Türk hukukunda 6098 sayılı TBK md. 20 vd. hükümleri ve tüketicinin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin 6502 sayılı TKHK md. 5 hükmünde ‘haksız şartlar’ başlığıyla düzenlenmiştir.

Genel işlem şartları, sözleşmenin taraflarından birinin, çoğunlukla ekonomik açıdan güçlü olanın, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı tarafa değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma amacıyla önceden, tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme hükümleridir⁷³⁴. Genel işlem şartlarının varlığından bahsedilebilmesi için bazı objektif unsurların varlığı aranmaktadır. Öncelikle bunlar ileride birden çok benzer sözleşmede

⁷³⁰ Bénabent, s. 104, Xoudis, s. 81, N. 4, Özbilen, s. 40, Guggenheim (1970), s. 165.

⁷³¹ Stoffel, s. 31, N. 64, Bénabent, s. 105, Özbilen, s. 41.

⁷³² Xoudis, s. 82, N. 5.

⁷³³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 228, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 164.

⁷³⁴ Guillo/ Steffen, s. 199, Kötz, s. 132, Atamer, (2001), s. 61, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 165, Eren, s. 215.

kullanma amacıyla ve genel, soyut nitelikte hazırlanmalıdır⁷³⁵. Genel işlem şartları sözleşmenin yalnızca bir tarafınca hazırlanıp, karşı tarafın önüne getirilmelidir. Genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın amacı bu sözleşme hükümlerinin konuşulmadan, üzerinde herhangi bir pazarlık yapılmadan kabul edilmesidir⁷³⁶. TBK md. 20/ f. 3'e göre, söz konusu şartların olduğu veya ayrı bir sözleşmede her bir koşulun ayrı ayrı tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların yer alması, genel işlem şartlarının varlığını ortadan kaldırmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, genel işlem şartlarının objektif unsurları somut olayda sağlanmışsa taraflar bu sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı sayılmayacağını kararlaştıramaz. Bu açıdan genel işlem şartlarının objektif unsurları emredici niteliktedir⁷³⁷.

Genel işlem şartlarının denetimi üç farklı şekilde yapılır. Öncelikle genel işlem şartının sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi için yapılan yürürlük denetimi söz konusu olacaktır. Yürürlük denetiminden geçip, sözleşmenin bir parçası olan genel işlem şartının geçerli bir sözleşme hükmü olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında içerik denetimi devreye girer. Son denetim ise, yürürlük ve içerik denetimleri sonucu hukuken geçerli olduğu kabul edilen genel işlem şartının sözleşme ilişkisinde ne şekilde yorumlanacağına ilişkin olup, buna da yorum denetimi adı verilmektedir⁷³⁸.

TBK md. 21'e göre, yürürlük denetiminde genel işlem şartı konusunda karşı tarafın açıkça ve özel olarak bilgilendirilmemesi veya genel işlem şartının sözleşmenin niteliğine ya da işin özelliğine yabancı olması, diğer bir ifadeyle şaşırtıcı kural olarak tanımlanabilmesi durumunda genel işlem şartı, sözleşmenin bir parçası olamayacak ve yazılmamış sayılacaktır. Kendi menfaatine aykırı olmayan genel işlem şartının karşı tarafça kabul edilmesi gerekir⁷³⁹. Yazılmamış sayılmanın geçersizlik türleri arasındaki konumuna bakılacak olursa, maddedeki 'yazılmamış sayılma', aslında karşı tarafın kabul beyanı içerisinde genel işlem şartlarının yer almayacağı, bu nedenle de tarafların karşılıklı uyuşan iradelerinin kapsamına girmeyeceğinden yokluk olarak nitelendirilir⁷⁴⁰. İkinci denetim türü olarak içerik denetimi kapsamında TBK md.25 uyarınca dürüstlük kurallarına aykırı, karşı tarafa zarar veren ya da durumunu ağırlaştırılan genel işlem şartları

⁷³⁵ Engel, s. 167, Atamer, (2001) s. 65, Eren, s. 219.

⁷³⁶ Guillod/ Steffen, s. 199, Eren, s. 219.

⁷³⁷ Oğuzman/ Öz, C.I, s. 166.

⁷³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 232, Oğuzman/ Öz, C.I, s. 170, Eren, s. 220, Atamer, (2001) s. 81, s. 124, s.143.

⁷³⁹ Karşı tarafın kabulü açık, örtülü veya global kabul olarak nitelendirilebilir. Global kabule ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 236, Atamer, (2001) s. 102.

⁷⁴⁰ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 168, Eren, s. 221.

kesin hükümsüzdür⁷⁴¹. Yorum denetimi ise, TBK md. 23 hükmünde düzenlenmiştir. Genel işlem şartlarına yönelik getirilen yorum kuralı uyarınca bu sözleşme hükmünün birden fazla anlama gelmesi veya anlaşılması zor olması halinde, dolayısıyla yorumlanması ihtiyacı doğduğunda düzenleyen aleyhine ve karşısına konulan genel işlem şartını söz hakkı olmaksızın kabul etmiş olan karşı taraf lehine yorum tercih edilmelidir. Özellikle sözleşmede genel işlem şartı ile tarafların pazarlıklarla aralarında anlaşarak koydukları bir hükmün çelişmesi halinde bireysel anlaşma olarak da nitelendirilen özel hüküm esas alınmalıdır⁷⁴².

Genel işlem şartlarına ilişkin getirilen yasal düzenlemelerin kamu düzeni kuralı özelliğini taşıyıp taşımadığı konusuna değinecek olursak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde, eBK yürürlükte iken, sözleşmelerde sıklıkla karşılaşılan genel işlem şartlarının yasal düzenleme olmaksızın ne şekilde ele alındığını incelemek yol gösterici olacaktır. Türk hukuku doktrininde konuyla ilgili bizim de katıldığımız görüşe göre, sürekli olarak belirli sözleşmelerde veya sözleşme hükümlerinde yedek hukuk kurallarının bertaraf edilmesinin önüne geçilebilmesi için ahlaka aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi kavramlardan ziyade hukuk düzeninin temeli olan değer ve ilkelerden beslenen, içeriğinin belirlenmesi bakımından objektif bir yöntem oluşturulabilecek kamu düzenine aykırılığın kullanılması yararlı olacaktır⁷⁴³. Türk hukuku doktrininde genel işlem şartlarına ilişkin kuralların kamu düzeninden doğduğunu ortaya koyan *ATAMER*, isabetli bir şekilde, genel işlem şartlarına dair MK md. 2/ f. 2 gereği hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmanın bu tip sözleşme hükümlerini düzenleyen tarafın kötüye kullanacağı bir hak dahi olmamasından dolayı gerekli olmadığını belirtmiştir. Yazara göre, Alman hukukunda kamu düzenine aykırılık, sözleşme özgürlüğüne ilişkin, bağımsız bir sınırlama sebebi olarak yer almadığı için genel işlem şartlarının denetiminde sözleşmenin kötüye kullanılması kavramının kullanılması yerinde iken, Türk hukukunda TBK md. 27/ f. 1 hükmünün varlığı sebebiyle fazladan, herhangi bir hukuki dayanağa gerek duyulmamalıdır⁷⁴⁴.

Genel işlem şartlarının denetlenmesi ve bu denetimi geçemeyen sözleşme hükümlerinin ya da somut olaya göre sözleşmenin tamamının geçersiz kılınmasının kamu düzeni gereğince kurallara bağlanmasının başka dayanak noktaları da mevcuttur.

⁷⁴¹ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 170, Eren, s. 222.

⁷⁴² Kocayusufpaşaoğlu, s. 238, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 171, Eren, s. 223, Atamer, (2001) s. 124-125.

⁷⁴³ Atamer, (2001) s. 190-191.

⁷⁴⁴ Atamer, (2001) s. 201.

Öncelikle sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların sözleşmeye ilişkin kendi amaçları ve talepleri arasında belirli bir dengede buluşabilmek adına menfaatlerinden ödün vermesi irade özerkliği kapsamında doğal karşılanabilir, ancak genel işlem şartlarının varlığı halinde bertaraf edilen yedek hukuk kurallarının yerine geçen sözleşme hükümlerinin tek taraflı şekilde belirlenip, karşı tarafa hiçbir pazarlık gücü bırakmaksızın blok halinde kabul ettirilmesi söz konusudur. Bu durumda kamu düzenine aykırılığın hâkim tarafından belirlenmesi açısından oldukça büyük bir öneme sahip olan⁷⁴⁵ sözleşme adaletinin ortadan kalktığı yönünde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır⁷⁴⁶. Bunun yanı sıra, sözleşmeye ilişkin dengeleyici nitelikteki yedek hukuk kurallarının oldukça yaygın şekilde, yapısal boyuta ulaşacak derecede uygulanmasının engellenmesi ve genel işlem şartlarının hazırlayan tarafın üstlenmesi gereken ekonomik risklerin büyük ölçüde karşı tarafa yüklenmesi ekonomik kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır⁷⁴⁷. Kural olarak, hukuk düzenin öngördüğü yedek kuralların yerine farklı kuralların sözleşmede tarafların ortak iradeleri doğrultusunda uygulanmasına karar verilebilir. Ancak üstün olan tarafın sözleşmede her iki tarafın menfaatine en uygun kurallar bütünü düzenleme yetkisine sahip olması takdirde, çoğu zaman zayıf konumdaki karşı tarafın menfaati hukuk düzeninin izin vermediği ölçüde ihlal edilecek ve sözleşmede adaleti sağlama amacı taşıyan, düzen işlevine sahip yedek hukuk kurallarının bertaraf edilmesi kamu düzenine aykırılık oluşturacaktır⁷⁴⁸.

Sonuç olarak, 6098 sayılı TBK md. 20-25 hükümleri arasında yer alan genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin emredici, yazılı hukuk kuralların düzenlenmesinden önce, genel işlem şartlarının denetlenmesi ve ekonomik kamu düzeni kavramı arasında sözleşme ilişkilerinde adaleti ve dengeyi gözeten yedek hukuk kuralları üzerinden bir hukuki bağlantı kurulmuştur. Türk hukuku doktrininde ileri sürülen bağlantı noktaları olan sözleşme adaleti, hakkaniyet ilkesi, genel işlem şartlarının kitlesel, yaygın ölçüde görülmesi ve zayıf tarafı koruma amacı, günümüzde hâkimin kamu düzenini

⁷⁴⁵ Hakimin kamu düzeni kavramının somutlaştırılması ve kamu düzenine aykırılığa karar verilmesi hususunda sahip olduğu takdir yetkisinin içeriğinde yer alan sözleşme adaleti kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III, 1.3.2.1.1., s. 171 vd.

⁷⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 226- 227.

⁷⁴⁷ Atamer, (2001) s. 188. Ayrıca karşılaştırmalı hukuktan örnek verecek olursak, Fransız hukukunda 2016 yılındaki kapsamlı reform ile birlikte yeni düzenlenen CC md. 1171 uyarınca katılamalı sözleşmelerde tarafların hak ve borçları arasında '*önemli bir eşitsizlik*' yaratan tüm hükümler yazılmamış sayılacaktır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Malaurie/ Aynés/ Stoffel-Munck, s. 226, Chantepie/ Latina, s. 385 vd, Dissaux/ Jamin, s. 30.

⁷⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 227, Atamer, (2001) s. 189.

somutlaştırma faaliyeti bakımından esas teşkil edebilecek derece önemli, isabetli nitelikte hukuki değer ve ilkelerdir.

4.3. Sorumsuzluk Anlaşmalarının Sınırlandırılması (TBK md. 115)

Sözleşmeden ayrı bir şekilde veya sözleşmedeki hükümlerde düzenlenebilen sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel hüküm, TBK md. 115'te yer almaktadır. Sözleşmede borçlu sıfatına sahip taraf lehine getirilen sorumsuzluk anlaşması, asıl sözleşmenin kurulması aşamasında veya asıl sözleşme kurulduktan sonra yapılabilir. Sorumsuzluk anlaşmasının geçerlilik şartlarına bakacak olursak, ilk olarak, taraflar arasında sorumsuzluğa ilişkin bir anlaşmanın varlığı gereklidir. Karşılıklı ve birbirine uyumlu irade beyanlarıyla kurulan bu anlaşmada taraflardan birinin tek taraflı olarak belirlediği sorumsuzluk kaydı geçerli olmayacaktır. Zira güçlü tarafın güçsüz tarafa sunduğu sözleşme hükümleri içinde genellikle sorumsuzluk kaydının da bulunduğu belirtilmektedir⁷⁴⁹. Asıl sözleşmeye bağlı olmayan ve esaslı noktalarından biri sayılmayan sorumsuzluk anlaşması, asıl sözleşmenin bağlı olduğu şekil şartına bağlı olmayıp, herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁷⁵⁰.

İkinci olarak, borçlunun borca aykırılıktan dolayı sorumluluktan kurtulmasına ilişkin anlaşma sadece hafif kusurdan doğan davranışları kapsamalıdır. Aksi takdirde ağır kusura dayanan borca aykırı davranışların sorumsuzluk kapsamına alınması durumunda söz konusu anlaşma kesin hükümsüz sayılır. Borca aykırılık çerçevesinde borçlunun sadece hafif kusurundan doğan davranışlardan sorumsuz tutulmasına da bahse konu maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında sınırlama getirilmiştir. Buna göre, alacaklı, borçlu ile arasındaki hizmet sözleşmesi kapsamında hafif kusura dayanan bir borca aykırı davranıştan sorumlu olunmayacağına dair anlaşma geçersiz olacaktır. Borçlunun hafif kusurundan doğan sorumluluğun ortadan kaldırılmasına dair diğer sınırlama ise, uzmanlık gerektiren ve ancak kanunda ya da yetkili makamlarca verilen izinle

⁷⁴⁹ Luc THEVENOZ (2012). *Art. 100, Code des Obligations I Commentaire Romand*, Ed.: Luc Thévenoz / Franz Werro, 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag, s. 775, Nilgün BAŞALP (2011a). *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 30. Buna paralel olarak, somut olayda 'doğan zararlardan sorumluluk kabul edilmez' veya 'kayıbolan eşyalar sorumluluğumuzda değildir' gibi tek taraflı belirlenen sorumsuzluk kayıtlarının geçersizliğine ilişkin bkz. Serozan (2014), s. 279.

⁷⁵⁰ Başalp (2011a), s. 39, Kılıçoğlu, s. 827, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 406, Eren, s. 1086-1087, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 881.

yürütülebilen meslek, himzet veya sanat ile ilgili sözleşme söz konusu ise, hafif kusurdan sorumsuzluğa dair anlaşmanın kesin hükümsüz olmasıdır⁷⁵¹.

TBK md. 115 hükmünde kanun koyucunun amacı, taraflar arasında bir hizmet ilişkisinin varlığı halinde, pazarlık gücü bakımından bir eşitsizliğin meydana gelmesi veya borçlunun manevi baskıları sonucu hafif kusurdan doğan borca aykırılıklarda sorumluluktan kurtaran bir anlaşma yapmaya alacaklının zorlanmasının önüne geçmektir⁷⁵². Alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmaları bakımından hizmet ilişkisinin özel anlam taşıması dikkate değer niteliktedir. Hemen belirtmek gerekir ki, 818 sayılı BK döneminde md. 99/ f. 2 hükmüne kıyasla yasal düzenlemenin kapsamı daraltılmıştır⁷⁵³. Bunun sonucu olarak, “alacaklının borçlunun hizmetinde bulunması” ibaresinin kaldırılması, kanaatimizce zayıf tarafın korunması ilkesi bakımından sakıncalı bulunmalıdır. Alacaklı ile borçlu arasında bir hizmet ilişkisinin arandığı BK md. 99/ f. 2 hükmü, hafif kusur sorumluluğundan kurtulma yasağı hakkında yalnızca hizmet sözleşmesi değil, hizmet ilişkisinin söz konusu olabileceği, örneğin vekâlet sözleşmesi gibi, başka sözleşmeleri de kapsamı altına almaktaydı. 6098 sayılı TBK md. 115/ f. 2 gereğince bağımlılık ilişkisi içerisinde olan işçi ile işverenin aralarında satım, kredi, kira gibi başka tipte bir sözleşme yapmaları durumunda işverenin güçlü taraf pozisyonunda kalarak hafif kusur sorumluluğundan kolayca kurtulabileceği belirtilmektedir⁷⁵⁴. Ayrıca TBK döneminde hükmün düzenleniş biçiminden yola çıkılarak hizmet sözleşmesinde işçi aleyhine olanların yanı sıra işveren aleyhine düzenlenmiş sorumsuzluk kaydı ya da anlaşmasının geçersiz kılınacağı, böylece işçi lehine olabilecek bir sözleşme hükmünün kanun tarafından kesin hükümsüz kılınmasının büyük hata olduğu isabetli şekilde savunulmaktadır⁷⁵⁵.

TBK md. 115 çerçevesinde sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının özellikle işveren- işçi ilişkisi açısından zayıf tarafın korunması ilkesine dayandığı gözlemlenmektedir⁷⁵⁶. Bu bakımdan ekonomik kamu düzeni içinde yer alan koruyucu kamu düzeni kurallarının bir görünümü olarak, hizmet sözleşmesi kapsamında işçiye

⁷⁵¹ Serozan (2014), s. 280, Kılıçoğlu, s. 829, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 407, Eren, s. 1088.

⁷⁵² Kılıçoğlu, s. 830, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 409.

⁷⁵³ Başalp (2011a), s. 189. 818 sayılı BK dönemindeki düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 883.

⁷⁵⁴ Thévenoz, s. 782, Başalp (2011a), s. 190, Serozan (2014), s. 281.

⁷⁵⁵ Bu konuda kanunda örtülü bir boşluk olduğu ve sadece işveren aleyhine olan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli sayılması gerektiğine ilişkin bkz. Oğuzman/ Öz, C. I, s. 409.

⁷⁵⁶ Başalp (2011a), s. 192, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 882.

karşı işverenin borca aykırılık halinde hafif kusur sorumluluğundan kurtulmasına yönelik bir düzenleme ya da ayrı bir sözleşme, kesin hükümsüz kabul edilmektedir. Ek olarak, hukuki işlemi ayakta tutma ilkesi çerçevesinde sorumsuzluk anlaşmasında bütüncül şekilde borçlunun bütün kusurlarından kurtulmasına yönelik bir düzenlemeyi hafif kusurdan sorumsuzluk olarak geçerli kılınması mümkün iken⁷⁵⁷; zayıf tarafı koruma ilkesi çerçevesinde daha etkili bir hukuki koruma için bu örnekte hafif kusurdan sorumsuzluğa ilişkin anlaşmanın da kesin hükümsüz olması gerektiği savunulmaktadır⁷⁵⁸. Türk hukukundan farklı olarak, 818 sayılı BK dönemine benzer şekilde sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin kesin hükümsüzlük kararını verme konusunda hâkime takdir yetkisi tanıyan İsviçre hukukunda söz konusu yetkinin kapsamı içinde yer alan unsurlar da ekonomik kamu düzeni kavramı ile yakından ilgilidir. Sorumsuzluk kaydı veya anlaşmasının kesin hükümsüz kılınması için İsviçreli hâkim, borçlu açısından borcun ifasının zorluğu veya üstlenilen riskin ağırlığı, alacaklının durumunun ağırlaşp ağırlaşmadığı gibi etkenleri dikkate alır. Bunun yanı sıra İBK md. 100 hükmünün koruyucu kamu düzeni kuralı kapsamında değerlendirilmesini sağlayacak husus, hâkimin alacaklı ile ilişkisinde borçlunun sosyo-ekonomik açıdan üstün bir konumda olup, alacaklının sorumsuzluk anlaşmasını kabul beyanında bu durumun etkili olup olmadığına ilişkin takdir yetkisinin bulunmasıdır⁷⁵⁹. Hemen belirtelim ki, söz konusu edilen takdiri butlan hali Türk hukukunda yerini kesin hükümsüzlüğe bırakmışsa da mehz İsviçre hukukunda hâkimin takdir yetkisinin içeriği, kanun maddesinin arka planındaki düşünceyi, amaçlanana ortaya çıkarmak açısından aydınlatıcı niteliktedir.

5. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bağlamında Kamu Düzeni Kavramına Dair Görüşümüz

Borçlar hukuku çerçevesinde sözleşme özgürlüğü ilkesi, temel ilkelerden biri olup, TBK md. 27 hükmünde öngörülen birbirinden bağımsız, ayrı sınırlama sebepleri içerisinde belki de en belirsizi ve göz ardı edileni kamu düzenine aykırılık halidir. Ele aldığımız kavrama ilişkin Borçlar hukuku öğretisindeki mesafeli yaklaşımların tersine sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması yoluyla korunan hukuki değerler arasında

⁷⁵⁷ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 408.

⁷⁵⁸ Thévenoz, s. 781, Serozan (2014), s. 283, Eren, s. 1089.

⁷⁵⁹ Thévenoz, s. 784.

kişilik hakkı ve işlem güvenliğiyle beraber ekonomik kamu düzeni kavramı da bulunmaktadır. Ekonomik kamu düzeninin korunması esasen Borçlar hukuku ilkelerini geliştirme meselesi olarak değerlendirilmelidir. Zira irade özerkliği ilkesi gereği büyük çoğunluğu yedek hukuk kurallarından oluşan bu hukuk dalında sözleşme tarafları arasındaki ekonomik güç dengesizliği, sözleşme özgürlüğünün yalnızca teoride kalmasına neden olmaktadır. Tarafların sözleşme ilişkisini oluşturan iradelerinin ekonomik düzenin ve toplumsal değerlerin ihlaline yol açmamalı, ihlal halinde ise sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni adına sınırlandırılması gündeme gelmelidir. Bu eğilimin arka planında özgürlüklerin sadece güçsüzlerin lehine olduğuna ve ekonomik, sosyal açıdan güçsüz olup, karşı tarafın sunduğu katı kurallara boyun eğen ve menfaatinin ihlal edilmesini engelleyemeyen kişilerin hukuk düzenince korunması gerektiğine dair görüşler yatmaktadır. Sözleşmede tarafların geçici ve kişisel menfaatlerine yönelik hükümler getirilirken hem ekonomik gelişmeler sonucu tek tipleşen sözleşme maddelerinin karşısında yasal düzenlemelerin etkisiz kalmasının önlemlenmesi hem de menfaatler arası dengenin sağlanamadığı durumlarda kanun yoluyla veya hâkim tarafından müdahale edilmesi için ekonomik kamu düzeninin korunması amacıyla sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmalıdır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını hukuki işlemi ayakta tutma ilkesine yönelik olanlar ve hukuki işlemi geçersiz kılanlar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Çalışma konumuz olan kamu düzeni kavramı açısından özellikle bahsedilmesi gereken husus, TBK md. 27 hükmünde yer alan hukuki işlemi geçersiz kılan sınırlar ve bunların kamu düzeni ile olan ilişkisi olmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu maddede yer alan sınırlama sebepleri birbirinden ayrı, bağımsız niteliktedir. Birbirinin varlığını tespit için bir ölçüt olarak kullanılamayacak bu sınırlama sebeplerine ilişkin bir üst kavram olan hukuka aykırılık, emredici kurallara, kişilik hakkına, ahlak ve kamu düzeni kurallarına aykırılığı kapsamaktadır. Kamu düzeni kuralları açısından hukuka aykırılık kavramı yazılı olmayan kurallar için kullanılması gerekirken, yazılı kuralların ihlali halinde kanuna aykırılık nitelendirilmesi yapılmaktadır. Kamu düzeninin mehz İsviçre hukukunda söz konusu madde metninde ve sözleşme hukukunda yer alması hakkında bu kavramın varoluş amacının devletin ihtiyaçlarının karşılanması mı, yoksa kişilerin özgürlüklerinin korunması mı olduğu gündeme gelmiştir. Fransız hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından kamu düzeninin sözleşme üzerinde bir kontrol mekanizması olduğu savunulmuştur. Mehz İsviçre hukukunda CC md. 6 hükmü

ışığında İBK md. 19 ve 20 hükümleri düzenlenirken, İsviçreli kanun koyucu daha fazla sınırlama sebebini getirerek hâkimin sözleşme özgürlüğünü sınırlarken herhangi bir unsuru atlamaması amacını gütmüştür.

TBK md. 27 çerçevesinde emredici kurallara aykırılık sınırı ile kamu düzeni arasındaki ilişkiye bakacak olursak, bütün kamu düzeni kuralları emredici niteliktedir. Toplumun genel menfaatini korumaya yönelik kurallar, emredici kuralların tamamını oluşturmamaktadır. Kamu düzeni kuralı kapsamına girmeyen, genel ahlak ve kişilik hakkını koruyan emredici hükümler de söz konusudur. Kamu düzeni kavramını Borçlar hukuku alanında somutlaştırabilmek adına bir diğer önemli konu, mutlak-nispi emredici hüküm ayrımıdır. Ekonomik kamu düzeni kurallarının emredici olmasının yanı sıra zayıf tarafı koruma amacı taşıyan hukuk kuralları, tek taraflı (nispi) emredici hükümler olarak nitelendirilmektedir. Bunun anlamı, koruyucu ekonomik kamu düzeni adına zayıf tarafı koruma amaçlı getirilen hükümler, zayıf taraf lehine ve karşı taraf aleyhine olan sözleşme hükümleri geçerli sayılmasıdır. Tek taraflı emredici hükümden sapma zayıf taraf aleyhine gerçekleşiyorsa, sözleşmenin emredici kurallara aykırı olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

Kişilik hakkına aykırılık ve kamu düzeni kavramını ele aldığımızda ise, sözleşmede yazılı bir hukuk kuralını ihlal etmeksizin kişilik hakkına aykırılık tespit edildiğinde söz konusu işlemin ahlaka veya hukuka aykırılık olarak nitelendirilmesi noktasında farklı görüşler dikkate alınmalıdır. Türk-İsviçre hukukunda MK md. 23/ f.2 'de herhangi bir kamu düzeni vurgusu olmadığı ve kişinin karar verme özgürlüğünün temel kurumların korunması kapsamına girmediği, bu nedenle de ahlaka aykırılığın oluştuğu görüşü baskın konumdadır. Ancak kişilik hakkına aykırılık kapsamında kişinin var olmasından doğan, kişiliğin devamı ve gelişimi açısından gözetilmesinde kişinin menfaati bulunan tüm değerler korunmalıdır. Kamu düzeni ile bağlantılı olarak belirtmek gerekir ki, sözleşmede kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünün elinden alınması ve zayıf taraf konumuna düşen kişinin kişiliğini geliştirme hakkının ihlali ile koruyucu ekonomik kamu düzenine aykırılık gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce, MK md. 23/ f. 2'de öngörülen yaptırımın hukuka aykırılık olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Kamu düzenine aykırılık ile ilişkisinin belirlenmesi bakımından en zorlayıcı sınırlama sebebi, kamu düzeni kavramı ile aralarındaki gri alanın belirsizliği ve ortak özelliklerin varlığı nedeniyle birbirinden bağımsız uygulama alanlarının belirlenmesi güç olan ahlaka aykırılıktır. Genel ahlak kuralları ve kamu düzeni kuralları arasındaki ilişki hakkında karşılaştırmalı hukuka baktığımızda Fransız hukukunda köklü ve güçlü kamu

düzeni doktrininin etkisiyle kamu düzenini üst kavram olarak nitelendirerek ahlak kurallarını sözleşme özgürlüğünü sınırlama açısından kamu düzeni kurallarının bir parçası şeklinde değerlendirilir. Alman hukukunda ise konuyla ilgili olan BGB md. 138 hükmünde ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu düzenlenirken kamu düzeni kavramı, Alman kanunkoyucunun soyut ve belirsiz kavramlardan uzak durma tercihi nedeniyle, sözleşme özgürlüğünün sınırları arasında yer almamıştır. Kıta Avrupası hukukundaki bu iki zıt yaklaşımın arasında Türk- İsviçre hukuku sözleşme özgürlüğüne dair hem ahlaka aykırılığı hem de kamu düzenine aykırılığı bağımsız sınırlar olarak düzenlemiştir. İsviçre hukukunda kamu düzenine bireysel özgürlükleri ve ticari ahlakı koruyucu özellik atfedilirken, Türk hukukunda ise, Alman hukukunun etkisiyle özel hukuk alanında kamu düzenine şüpheyle yaklaşılması ve özel hukuk kavramı olarak görülmemesi nedeniyle kamu düzeni kuralları ahlak kavramı kapsamına indirgenmektedir. Buna karşın Türk hukuku doktrininde ahlak ve kamu düzeni kurallarının her ikisinin de Anayasal temel değerler ışığında içeriğinin doldurulmasından yola çıkarak kamu düzeni ve ahlak kavramlarının eşit derecede aynı çatı altında bulunduğu görüşleri de göz ardı edilmemelidir. Bu durum tespiti ışığında ahlak ve kamu düzeni kavramları arasındaki gri alanının ne denli büyük olduğu ve sınırların belirsiz, silik oluşu hakkında bir fikir edinmek mümkündür.

Sözleşme özgürlüğünün bu iki sınırlama sebebi arasındaki kesişim kümesini oluşturan ortak özellikler ise, genel, hukuk üstü değerleri içeren, mahkemede uyuşmazlığı çözerken hâkimi atfa yönlendiren kurallardan oluşmasıdır. Bu açıdan ahlak ve kamu düzeni kurallarının koruma kapsamına giren değerlerin tespiti için kural içi boşluğun doldurulması ve yazılı olmayan hukuk kaynaklarına başvurulması gereklidir. Her iki kavramın yer ve zaman bakımından değişken olduğu da belirtilmektedir. Tüm bu ortak özellikler, hukuk düzeninde ahlak ve kamu düzeni kuralları için ortak bir endişeyi de beraberinde getirmektedir. Söz konusu kuralların içeriğinin nesnel, yer ve zaman bakımından uygun şekilde belirlenebilmesi meselesi, hem ahlak hem de kamu düzeni kavramına şüpheyle yaklaşılmasına neden olmaktadır. Kavramlara ilişkin temkinli yaklaşımları azaltmak ve uyuşmazlıklara uygulanmasını kolaylaştırmak için özel hukukun anayasallaştırılması konusu son derece önemlidir. Ahlak kuralları bakımından toplumda kabul edilen nesnel değerler olarak anayasal düzendeki temel haklara atıf yapılması, diğer bir ifadeyle Anayasa hükümleri ile ahlak kurallarının içeriğinin doldurulması çözümü öne sürülmelidir. Ayrıca TBK md. 27 düzenlemesine bakıldığında

kamu düzenin bağımsız bir sınırlama sebebi olması bağlamında kamu düzeni kurallarının da temel hak ve özgürlükler ile toplumsal ölçekte tanınmış, nesnel değer ve kavramlar göz önüne alınarak somutlaştırılması isabetli olacaktır. Aksi takdirde hukuk güvenliğinin ön plana alınmasıyla kamu düzeni kavramı hakkındaki güvensizliğin yalnızca yazılı kamu düzeni kurallarının var olacağı kabulüne yol açması sonucu, kavramın karakteristik özelliklerinden olan değişkenliğin ve bu yönde tanınması gereken yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının göz ardı edilmesi tehlikesine kapı aralayabilir.

Ahlaka aykırılık ve kamu düzenine aykırılığın ortak özelliklerinin bir sonucu olarak, hukuk düzeninde bu sınırlama sebeplerinin son derece dikkatli kullanılması gerekmektedir. Ahlaka aykırılık açısından TBK md. 49 hükmü kapsamında objektif ahlak görüşünün benimsenmesi örnek olarak gösterilebilir. Haksız fiil hukukunda hukuka aykırılık unsuru kapsamında objektif hukuka aykırılık teorisi esas alınırken hukuka aykırılığın tespit edilemediği durumlarda TBK md. 49/ f. 2 gereği ahlaka aykırılık, tamamlayıcı unsur olarak devreye girer. Adaleti sağlama amacı, vicdan duygusu ve hakkaniyet ilkesi gibi değerler ışığında hukuka aykırı olmayan bir fiil sonucu oluşan zararın tazmin edilmemesinin oluşturacağı rahatsızlığın içeriği hukuken doludurulmaktadır. Çalışmamız açısından vurgulanması gereken husus, haksız fiil hukukunda ahlaka aykırılığın mağdur lehine son bir çıkış yolu olarak düzenlenmesidir. Aynı yaklaşım TBK md. 27/ f. 1 uyarınca kamu düzenine aykırılık sınırının uygulanması açısından da göz önüne alınmalıdır. Değişkenlik, yazılı olmayan kurallara sahip olma gibi hukuk güvenliğini ve özel hukuk çerçevesinde baskın özgürlük anlayışını tehdit edici özelliklere sahip bu iki kavramın suiistimale açık olduğu aşikârdır. Hukuk düzeni içinde kişilerin sözleşme özgürlüğü ve ekonomik özgürlüklerinin korunmasında kilit rol oynaması gereken kamu düzeni kavramının TBK md. 27 kapsamında istisnai ve ultima ratio olarak kullanılması gerekmektedir. Böylece hâkim, bir sözleşmenin kamu düzenine aykırı olup olmadığına ilişkin karar verirken hukuk üstü değerlere atıfta bulunarak her somut olayda kamu düzeni kavramının içeriğini olay verileri ile karşılaştırıp incelemesi gerekmektedir. Türk hukukunda bahsedilen tehlikeleri ve zorlukları aşmak amacıyla kamu düzenine aykırılık sınırını istisnai ve ultima ratio bir hukuki yol olarak değerlendirmek son derece isabetli olacaktır.

Borçlar hukuku çerçevesinde incelenmesi ayrımı ve sınırlarının tespitinin zor olduğu bu sınırlama sebeplerinin çalışmamız açısından isabetli şekilde incelenebilmesi için ekonomik kamu düzeni ve ekonomik ahlaka aykırılık kavramları üzerinde etraflıca

durulması gerekmektedir. Çalışmamıza konu kamu düzeni kavramı ile karşılaştırmak ve inceleme alanını daraltmak adına başına “ekonomik” sıfatını koyduğumuz ahlaka aykırılık kavramı, Alman hukukunda geniş bir kapsama sahip iken; Fransız hukukunda ise kamu düzeni kavramı içindeki ahlak unsurunun ekonomik kamu düzeni içinde değerlendirilmesi söz konusudur. Baskın görüş gereği hukuk dışı, ahlak felsefesinden doğan unsurlarla tanımlanan ahlaka aykırılığın daha objektif, hukuki kavramlar içinde belirlenebilmesi için bir görüş, ahlaka aykırı davranışın ekonomik düzeni bozmaya yönelik olması ve sosyal devletten, Anayasa hükümlerinin yatay uygulanması prensibinden bahsedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Alman hukukunda BGB md. 138/ f. 1 hükmüne atfedilen içeriğine yabancı olan azınlık görüşü, her iki kavramı yakınlaştırması bakımından ilginçtir. Bu görüşe göre, ekonomik ahlaka aykırılıktan bahsedilebilmesi için kişinin güçlü konumunu, hukuki yetkisini veya aracı kötüye kullanması, ekonomik düzene veya kamu düzenine aykırı davranışı ile zararın doğması gereklidir. Ayrıca kişinin davranışının ahlaka aykırı olabilmesi için kendi menfaati doğrultusunda ve haksız nitelikte olmalıdır.

Türk hukuku çerçevesinde ekonomik ahlaka aykırılık ve ekonomik kamu düzeni kavramlarına ilişkin tespitlere geçmeden önce belirtmek gerekir ki, her ne kadar kamu düzenine yaklaşım daha ziyade Alman hukuku perspektifinden yapılsa da BGB’den farklı olarak TBK md. 27/ f. 1’de kamu düzenine aykırılık, sözleşme özgürlüğüne ilişkin bağımsız bir sınırlama sebebi olarak öngörülmüştür. Bu noktada Fransız ve Alman hukuku doktrinindeki baskın görüşlerden bağımsız olarak, kişilerin ekonomik ilişkileri nezdinde ahlak ve kamu düzeni kuralları arasında hiyerarşik bir bağ kurmanın mümkün olmadığı görüşündeyiz. Söz konusu kavramların ortak özellikleri göz önüne alındığında ise, geniş kapsamda uygulanmalarının oldukça tehlikeli olması sonucu somut olayda dar yorumlanmaları gerekmektedir. Ekonomik kamu düzenine aykırılık, hukuk güvenliği ve sözleşme özgürlüğü; ekonomik ahlaka aykırılık ise çeşitli kanun hükümleri, ticari teamüller ve uygulamalar gereği dar kapsamlıdır.

Hukuk düzeninde ahlaka aykırı sayılan durumlar arasında hangilerinin ekonomik kamu düzeni ile karşılaştırılması gerektiğinin ve ahlak ile kamu düzeni kuralları arasındaki gri alanının tespiti gerekli görülmektedir. TBK md. 49/ f. 2 uyarınca ahlaka aykırılık olarak kabul edilen üçüncü kişinin taraflardan birinin sözleşmeyi ihlale yönlendirmesi ve TBK md. 27 gereği ahlaka aykırı kabul edilen sözleşme tarafının ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması hali inceleme konusu olmuştur. Üçüncü

kişinin sözleşmeyi ihlale yönlendirme fiilini engellemeye yönelik kuralın içeriğinde ekonomik kamu düzeninde olduğu gibi genel- özel menfaat çatışması yerine kişiler arası menfaat dengesinin korunması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle bu örnekte kamu düzeni kapsamında özel menfaatin genel menfaati ihlal edip etmediğine ilişkin inceleme ve genel- özel menfaat dengesini sağlama amacı bulunmamaktadır. Zira tipik bir ekonomik ahlak aykırılık örneği olan sözleşmeyi ihlale yönlendirme hususunda hukuka uygun davranış sonucunda salt malvarlığı zararı oluşan kişi ile zarar verenin menfaati arasında bir çatışma vardır.

Çalışmamız kapsamında ekonomik ahlaka aykırılık ve kamu düzenine aykırılığı karşı karşıya getiren ve ele aldığımız ayrımın zorluğunu ortaya koyan örnek ise, sözleşme tarafının ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılmasıdır. Her sözleşme ilişkisinde özgürlüklerin sınırlandırılmasının belli ölçüde kabul edilebilir olduğu aşikâr ise de ekonomik açıdan verilen taahhütlerin yoğunluğuna bakılarak borçlunun iktisadi hayatı ve geleceğini tehlikeye atması ve taraflar arasındaki ekonomik, sosyal veya psikolojik güç eşitsizliğini güçlü tarafın lehine kullanması gibi durumlar ahlaka aykırı kabul edilmektedir. Sözleşme tarafının hareket etme, karar verme ve kişilğini geliştirme hakkını ihlal anlamına gelen ekonomik özgürlüğün aşırı sınırlandırılmasında bu ihlalin tespitindeki ölçüt, karşı tarafın keyfi kararlarına bağlı olma, karşı tarafa bağımlılık durumunun oluşmasıdır. Bu açıdan TBK md. 27/ f. 1 kapsamında yaygın bir ekonomik ahlaka aykırılık örneği kelepçeleme sözleşmeleridir.

Ekonomik özgürlüklerin ihlaline ilişkin ekonomik ahlaka aykırılığın tespitinde taraflar arasındaki edim dengesizliği ve güç eşitsizliği yan unsur niteliğindedir. Kamu düzeni açısından asli unsur olarak ele alacağımız sözleşme adaleti kavramı⁷⁶⁰ kapsamında incelenmesi gereken bu hususların yanı sıra ekonomik ahlaka aykırılık ile kamu düzenine aykırılığı karşı karşıya getiren bir diğer nokta, zayıf tarafın korunması amacının hukuki temelleridir. Ekonomik ahlaka aykırılık, taraflar arası ekonomik güç eşitsizliği nedeniyle ekonomik faaliyetlerini geliştiremeyeceğinin farkında olarak kendi özgürlüğünü aşırı sınırlandıracak bir yükümlülük altına giren borçlunun korunması ihtiyacına cevap olarak öne sürülmektedir. Eşit pazarlık gücüne ekonomik, sosyal ya da psikolojik nedenlerle sahip olmayanların girdiği sözleşme ilişkisinde karşılıklı menfaatler dengesi gözetilerek zayıf tarafın ekonomik özgürlüklerinin kısıtlanmasında TBK md. 27/ f. 1 uyarınca ahlaka

⁷⁶⁰ Sözleşme adaleti kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III, 1.3.2.1.1., s. 197 vd.

aykırılık, “sosyal cankurtaran” niteliğinde görülmektedir. Örneğin, taraflar arasındaki ekonomik güç eşitsizliğinden doğan edimler arası dengenin bozulması özelinde TBK md. 28 ve md. 27/ f. 1 hükümlerinin karşılaştırılması gündeme getirilmiştir. Aşırı yararlanmada aranan sübjektif şartların ahlaka aykırılığın tespiti bakımından aranmaması, aksine sözleşmenin kurulması anındaki koşullar gibi objektif ölçütlere bakılması esastır. Bu açıdan taraf iradelerinden ziyade söz konusu dengesizliğin boyutunun ahlaka aykırılığı tespit açısından önemli olduğu belirtilmektedir. Ayrıca somut olayda tek bir kavram çerçevesinde arzu edilen koruma amacına ulaşamaması durumunda birden fazla kavramın içeriğindeki unsurların dikkate alınmasını öneren kum yığını teorisi uyarınca hile, ekonomik ahlaka aykırılık ve aşırı yararlanma hükümlerinin birlikte uygulanması ve eksik unsurların tamamlanması gereklidir. Bu takdirde ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlandırıldığı sözleşmelerin ekonomik ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kılınabilmesi için bir çeşit “toplu kıyas” yöntemi izlenmesi gerektiği öne sürülmüştür.

Kanaatimizce sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri arasında yalnızca birinin kapsamını genişletmek, zaman içerisinde hukuk güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde kavramların içeriğinin belirsiz hale getiren ve hukuk düzeninde tehlikeli görünen, değişken kavramların yenilenmesini önleyen, onları eskiten bir durum yaratabilir. Ayrıca kum yığını teorisi yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş bir kavramın ekonomik anlamda değerlendirilerek içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesi ile somut olayda belirli özellikleri taşıyan sözleşmelerin aykırılık oluşturduğuna karar verilmesi hem hukuk düzenimiz hem de zayıf tarafın etkin korunması açısından daha yararlı olacaktır. Bu nedenle TBK md. 27/ f. 1 gereğince objektif ölçütler ışığında inceleme konusu iki kavrama ait gri alanda ekonomik kamu düzenine aykırılığın saptanması ve uyuşmazlığın çözümünde kullanılması gerekmektedir. İsviçre hukuku öğretisinde piyasa koşulları gibi ekonomik düzene ilişkin varolan durumun yol açtığı edimler arası dengesizliğe karşı bir hukuki çarenin mevcut olmadığı belirtilmiştir. Buna göre ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması konusunda taraflar arasında yapısal bir eşitsizlikten bahsedilecektir. Yapısal eşitsizlik halinin makro ekonomik yapıyı etkileyecek ölçüde sık ve yaygın görülmesi, dolayısıyla da toplumun genel menfaatini ihlal etmesi kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmelidir. Bu noktada kişiliği oluşturan değerlerin ve ahlak kurallarının ihlalinin tespiti yerine ekonomik düzene aykırılığın ve buradaki aksaklıkların düzeltilmesinin tespitini yapmak daha isabetli olacaktır. Konunun kamu düzeni ile bağlantısı açısından İsviçre Federal Mahkemesi’nin

ekonomik özgürlüğü, kamu düzeni sınırları içinde herkesin varlığını sürdürebilmesi için gerekli ekonomik faaliyetlerde bulunma özgürlüğü olarak tanımlaması bir dayanak noktası oluşturmaktadır. Sözleşmedeki yapısal eşitsizlikten dolayı taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünün sınırlanması, ekonomik varlığını ciddi ölçüde tehdit eden bir durum halinde gelmesi ve söz konusu durumun çokça, süregelen bir şekilde oluşması ekonomik kamu düzenine aykırı niteliktedir.

Sözleşmede yapısal boyutta bir eşitsizliğin varlığı sonucu zayıf tarafın korunması ihtiyacının söz konusu olması durumunda ekonomik kamu düzenine aykırılığın ekonomik ahlaka aykırılıktan farklılaştığı söylenebilir. Bu yönde sözleşme içeriğini düzenleyici nitelikte olan ve dar kapsamda ele alınması gereken kamu düzenine aykırılık, ulusal ekonomik düzeni etkileyecek boyutta yaygın şekilde görülen örnekler üzerinden somutlaşmalıdır. TBK md. 27 anlamında bağımsız bir sınırlama sebebi olarak kamu düzenine aykırılığın taraflar arasındaki yapısal boyutta eşitsizlik halinde uygulanması için somut olaya ilişkin birtakım özelliklere değinilmesi önemlidir. Öncelikle yapısal boyutta eşitsizlik halinde ihlal edilen özel menfaatlerin yanı sıra ekonomik düzene ilişkin toplumun genel menfaatinin de ihlal edilmesi gereklidir. Genel menfaatin ihlalinin tespiti için başta Anaysal temel değerler olmak üzere hâkimin kamu düzenine ilişkin takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı unsurların somutlaştırılması büyük rol oynayacaktır. Ayrıca taraflar arasında oluşan yapısal boyuttaki eşitsizliğin toplumsal ekonomik barışı tehdit edici nitelikte olma tehlikesi göz ardı edilmemelidir. Son olarak, kamu düzenine aykırılık halinin söz konusu kavramın nitelikleri doğrultusunda son derece istisnai hallerde uygulanmasının hukuk güvenliği gereği olduğu unutulmamalıdır.

Sözleşmenin geçersizliği bakımından ekonomik kamu düzenine aykırılığın öne sürülmesi ile Borçlar hukuku bakımından ortaya çıkan pratik bir sonuç, TBK md. 81 hükmünün uygulama alanı bulamamasıdır. TBK md. 81 hükmünü adil bir sonuca ulaştırma adına yapılan tartışmalar ve önerilerin ötesinde ekonomik düzenin özelliklerinin sonucu olarak ekonomik özgürlüklerin yok edildiği veya büyük ölçüde sınırlandırıldığı, genel menfaatin korunmasının özel menfaate nazaran daha ağır bastığı kamu düzene aykırı sözleşmeler kapsamında ifa edilen edimin iadesi talebi söz konusu hükme tabi olmayacaktır. Kamu düzene ilişkin objektif nitelikteki hukuki değer ve ilkelerin değerlendirilmesi sonucu sözleşmede iade taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ileri sürülmesi mümkündür.

Yaptırım konusunda kamu düzenine aykırı hukuki işlemler kesin hükümsüzdür. Kesin hükümsüzlük ve kamu düzenine aykırılık açısından değinilmesi gereken nokta, söz konusu kavram aracılığıyla hukuk düzenince korunan zayıf tarafın o sözleşmeye ihtiyaç duyup duymaması ile bu açıdan sözleşmenin tabi olacağı geçersizlik türünün isabetli tespit edilmesi zorunluluğudur. Kamu düzenine aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğuna dair genel kural yakından incelenmelidir. Kesin hükümsüzlük ile birlikte iptal edilebilirlik kavramlarının birlikte kullanılması zayıf tarafın korunması açısından önem taşıyan bir husustur. Ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması amacı, kamu düzenine aykırı sözleşmenin bulunduğu her somut olayda sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz kılınması ile bağdaşmamaktadır. Zayıf tarafın sözleşmeye muhtaç olma olasılığı göz önüne alındığında ekonomik kamu düzenine aykırı sözleşmelerin geçersizliğini ileri sürebilme imkânını tartmak gerekmektedir. Kimi zaman sözleşmenin ayakta tutulması zayıf tarafın lehine bir durum olacaktır. Ekonomik kamu düzeni kuralları genel olarak tek taraflı (nispi) emredici niteliktedir. Dolayısıyla sözleşmede taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alınarak zaraf taraf aleyhine kamu düzeninden doğan normdan sapılması, koşulların değiştirilmesi incelenmelidir. Ek olarak, Türk hukukunda kamu düzeninden doğan normun koruma kapsamında yer alan menfaatin ön planda tutulması ve emredici hukuk kurallarının özelliği gereği korunan sözleşme tarafının bu korumadan, tanınan haklardan feragat etme hakkı bulunmamaktadır.

Koruyucu ekonomik kamu düzeni kurallarına⁷⁶¹ aykırılık açısından esnek hükümsüzlük kavramı yaptırım türlerinin belirlenmesi için önem arz etmektedir. Bu çerçevede kesin hükümsüzlüğe sınırlı esneklik tanıyan görüş benimsendiğinde kamu düzeni kurallarına aykırılık halinde zayıf taraf nezdinde sözleşme adaletinin sağlanması amacına ulaşmanın mümkün olacağı kanatındeyiz. Sınırlı esneklik kavramı doğrultusunda hukuka aykırılık halinde ihlal edilen normun TBK md. 27'deki kesin hükümsüzlüğe atıf yaptığı karinesi söz konusudur. İhlal edilen kuralın amacı ve anlamı dikkate alındığında farklı bir yaptırım türünü zorunlu kıldığı veya örtülü şekilde öngördüğü ispatlanarak bu karine çürütülebilir. Ekonomik kamu düzeni kuralına aykırılığın yaptırımının belirlenmesi, bu görüş ile birlikte hukuki bir zemine kavuşmaktadır. Tarafların sözleşme ilişkisinin ayakta tutulmasında menfaatleri varsa

⁷⁶¹ Bu noktada çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde kamu düzeni kavramından bahsederken koruyucu ekonomik kamu düzeni kuralları kapsamında inceleme ve değerlendirmelerin yapılacağı hususu önemle belirtilmelidir.

kesin hükümsüzlük yaptırımının somut olay adaletini sağlamakta yetersiz kaldığı savunulmaktadır. Dolayısıyla zayıf tarafa iptal hakkının tanınması noktasında taraf iradelerine üstünlük tanınması irade özerkliği ilkesine uygun bir sonuç olup, her somut olayda tarafın farazi iradesinin dikakte alınması TBK md. 27'nin uygulama şartlarından biri olmalıdır.

Kamu düzenine aykırılığın yaptırımı konusu altında değinilmesi gereken son bir nokta, kamu düzeni kuralları çerçevesinde özel-genel menfaat çatışmasının yaptırım türlerine yansması ile ilgilidir. Nispi emredici hükümler doğrultusunda kamu düzenine aykırılığı iptal edilebilirlik yaptırımına bağlamanın sonucu olarak ihlali herkesin ileri sürememesi, bundan dolayı özel menfaati koruyucu hukuk kurallarının kamu düzeninden sayılmaması gerektiği karşılaştırmalı hukukta savunulmuştur⁷⁶². Ancak kamu düzeni kavramı bünyesinde özel-genel menfaat çatışmasını geçersizlik türleri üzerinden bu şekilde ele almanın mümkün olmadığı görüşüdeyiz. Zayıf tarafın korunması ilkesi ile sözleşmedeki bir taraf lehine iptal hakkı tanınması, özel menfaatin yanı sıra toplumun genel menfaati yararına da olacaktır. Öncelikle kamu düzenine aykırılığı ileri sürme hakkının sözleşmedeki ekonomik, sosyal açıdan zayıf tarafa tanınması özel menfaati ilgilendiren bir husustur. Toplumsal ölçekte kabul görmüş temel değerler olan sözleşme adaleti, hakkniet, eşitlik ilkesi, sosyal devlet ve toplumsal ekonomik barışın koruması amacı, kamu düzenine aykırılığın yaptırımı bağlanmasına ilişkin hukuki temellendirmede kullanılması gereken unsurlardır⁷⁶³. Kanaatimizce, bu değerleri ihlal eden bir sözleşme ilişkisinde ekonomik özgürlüğü elinden alınan, gelecekte ekonomik faaliyetlerini etkileyecek derecede büyük bir tehlikeyle karşı karşıya bırakılan taraf lehine söz konusu hakkın tanınması, kamu düzeni kavramı içerisindeki genel menfaati koruma amacını gerçekleştirmeye yönelik bir hukuki önlem niteliğindedir.

⁷⁶² Hage- Chaine, s. 30-31.

⁷⁶³ Söz konusu unsurların çerçeve kavram niteliğindeki kamu düzeni kavramını somutlaştırmak adına TBK md. 27 hükmü kapsamında hakimin sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken incelemesi gereken kavramlar olduğuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için aşağıda bkz. III, 1.3., s. 182 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU DÜZENİNİN HÂKİM TARAFINDAN SOMUTLAŞTIRILMASI VE KAMU DÜZENİNDEN DOĞAN ZAYIF TARAFIN KORUNMASI İLKESİ

1. Kamu Düzeni Kavramının Hâkim Tarafından Somutlaştırılması

1.1. Genel Olarak

Medeni hukuk alanında kamu düzeni kavramı, kanun koyucunun veya hâkimin bakış açısı doğrultusunda iki farklı sistem şeklinde belirlenmektedir. İlkinde kanun koyucu, hangi durumların kamu düzenini ilgilendirdiğini söyleme yetkisine tek başına sahip iken; ikincisinde ise hâkim, kanun hükümlerinin dışında yazılı olmayan bir kamu düzeni kuralı ortaya çıkarabilmektedir. Kamu düzeninin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken temel problem, hâkimin yazılı olmayan bir kamu düzeni kuralı yaratırken, kavrama zarar verebilmesi ve onun içini boşaltabilmesi tehlikesidir. Bu nedenle esas olarak kavramın belirlenmesinde ilk sistem kabul görerek kamu düzeni kuralını düzenleme, düzeltme ve ortadan kaldırma yetkisi kanun koyucuya verilmiş olup, söz konusu yetkileri kanun koyucu hâkimle birlikte de kullanabilir. Kamu düzeni kuralının belirlenmesi, hukuk sistemlerinde kamu düzenine verilen önem derecesi ve yasal düzenlemelerde hâkime biçilen role bağlıdır⁷⁶⁴.

Karşılaştırmalı hukukta kamu düzeninin hâkim tarafından somutlaştırılmasına yönelik yaklaşımlar incelendiğinde, liberal ve bireyi ön planda tutan hukuk sistemlerinde hâkim, bahsedilen tehlikeleri göz önüne alarak, kamu düzeni kuralının belirlemede kanun koyucuymuş gibi iradesini ortaya koyma imkânını reddetmektedir. Aslında kamu düzeni çerçevesinde hâkimin sahip olduğu düşünce tarzı doğrultusunda sözleşme özgürlüğü öncelikli olarak teminat altında olup, bu durum ulusal hukukta belirlenen sınırlarla sıkı sıkıya korunur. Sovyet hukuku gibi otoriter ve sosyalist hukuk sistemlerinde genellikle hâkimlerin geniş takdir yetkisi tanınmasına karşılık⁷⁶⁵, kamu düzeni kuralı yaratmaya ilişkin liberal hukuk sistemlerine kıyasen daha geniş bir yetki verilmemiş olup, hukuk düzeni, ne tamamen muhafazakâr ne de tamamen liberal davranan idari ve özel

⁷⁶⁴ Malaurie (1953), s. 75, Van Gysel/ Romain, s. 312.

⁷⁶⁵ Marty, s. 101.

kurumlara güvenmeyi tercih etmiştir. Anglo-Amerikan hukuku gibi içtihadın hâkim olduğu hukuk sistemlerinde ise, hâkimlerin kamu düzenini belirleme eğilimi daha fazla görülmekle birlikte, *common law*, ‘genel kurallar’ başlığı altında hukukun sabit ve kesin niteliğini temin eden sınırlandırmalar barındırmaktadır. Dolayısıyla bu konuda da İngiliz hâkimler statülere ve mevcut kurallara uyma yükümlülüğü altındadır⁷⁶⁶.

Temel olarak hâkimin kamu düzenini somutlaştırma imkânı, bağlı bulunduğu ulusal hukukun yapısına göre şekillenecektir. Hâkime verilecek olan kamu düzenini belirleme yetkisi ne kadar çok kapsamlı olursa, aynı ölçüde söz konusu kavramın kapsamının sözleşme özgürlüğü pahasına geniş tutulacağı düşüncesinin bir yanılığdan ibaret olduğu belirtilmektedir⁷⁶⁷. Tam tersi yönde, kamu düzeninin somutlaştırılması hakkındaki takdir yetkisinin geniş olduğu ölçüde hâkimin adaletsiz, hakkaniyete aykırı uygulamalarının önüne geçebilmek için hukuki bir güvence sağlama ihtiyacı da önem kazanacaktır. Bütün bu tespitlerden sonra aslında çelişkili bir sonuca varılmaktadır. Şöyle ki, bir hukuk düzeninde kamu düzeninin emredici niteliği arttığında ya da hâkime bu konu üzerinde geniş bir takdir yetkisi tanındığında buna binaen hâkimin kamu düzeni kurallarını belirleme özgürlüğü azalmaktadır. Buna karşıt olarak, hukuk düzeninde somut olaya ilişkin boşluklar fazla ise, hâkim kendini kamu düzeni kurallarını belirleme ihtiyacı içinde bulmaktadır⁷⁶⁸.

Kamu düzeninin belirlenmesi konusu, kavramın taşıdığı özellikler açısından ele alındığında bir kamu düzeni kuralının kanun koyucunun öngördüğü kalıplara, yasanın taşıdığı niteliklerle uyum sağlayamayacağını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Söz konusu kavramın esnek ve adapte edilebilir olması, kamu düzenini tamamen kanunun katı kapsamına girmesini engeller iken; göreceli ve değişken olması ise kanunun sürekliliği ve genelliği ile örtüşmeyecektir⁷⁶⁹. Yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığını savunan ve bizce de isabetli olan görüş⁷⁷⁰ doğrultusunda doğası gereği kamu düzeninin içeriği pratik olarak yalnızca hâkim tarafından belirlenebilir. Atfa yönlendiren bir kavram olarak kamu düzeninin temel özelliği, hâkime yasal düzenlemelerin sessiz kaldığı durumlarda takdir yetkisi ve yazılı olmayan mevcut bir kamu düzeni kuralını

⁷⁶⁶ Malaurie (1953), s. 76. Bunun yanı sıra İngiliz hukukunda işçi ile işveren arasında ticari faaliyetlerin kısıtlanmasına yönelik sözleşmelere ilişkin öğretinin kamu düzeni kavramı üzerine kurulduğu, bu sözleşmelere dair önlemlerin geliştirilmesinde genel menfaatin esas alındığına ilişkin bkz. Meinertzhagen-Limpens, s. 251.

⁷⁶⁷ Malaurie (1953), s. 75-76.

⁷⁶⁸ Malaurie (1953), s. 76.

⁷⁶⁹ Romain, s. 29, Malaurie (1953), s. 75.

⁷⁷⁰ Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için yuk. bkz. I, 4.4.2.2., s. 67 vd.

tespit etme yükümlülüğü vermesidir⁷⁷¹. Hâkimin geçersizliği ileri sürülen bir hukuki işlemin kamu düzenine aykırılığını tespit etme meselesi, başta ulusal ekonomik düzeninin kanun koyucu tarafından koyulan kurallarla belirlenmesi ve bu noktada hâkimin ne kadar yetkin olabileceği sorusu engeline takılmıştır. Bu açıdan dikkat edilmesi gereken husus hâkimin takdir yetkisinin ulusal ekonomik düzen çerçevesinde değil, sözleşmenin ortaya koyduğu ekonomik düzen içerisinde bir ihlalin tespit edilmesiyle, en önemlisi, yalnızca sözleşme hükümleri ile sınırlı olmasıdır⁷⁷².

Kamu düzeninin sosyal değişimlere adapte olması, onları yakalayabilmesi için kavramın somut olaylara uygulanabilmesi açısından belirsizliğinin tipik bir özellik olarak ele alınmamasının yanı sıra hâkimin kamu düzeni kuralının belirlenmesinde belirli bir özgürlüğe sahip olması gerekir⁷⁷³. Hâkimin yasanın kölesi olmadığı ve yazılı hukuk kurallarının açıkça kendi niteliğini ortaya koyamaması durumda kamu düzeni kuralının mevcut olup olmadığını değerlendirme özgürlüğüne sahip olduğu savunulmaktadır⁷⁷⁴. Ancak unutulmamalıdır ki, bu konuda hâkimin sahip olması öngörülen takdir yetkisinin şüpheli yaklaşımlardan arındırılmasına, netliğine ve kesinliğine en büyük katkı, hâkimin elindeki söz konusu yetkiye getirilecek kısıtlamaların ortaya konması olacaktır. Aksi takdirde, hâkimi bu güçlü yetkiyi kullanmasında serbest bırakmak, hukuk düzenini çok büyük ölçüde bir tehlikeye atmak anlamına gelecektir. Nitekim kurumların hukuk düzenince verilmiş yetkilerini suiistimal etme tehlikesi nedeniyle kamu düzenini belirleme yetkisinin kısıtlanma ihtiyacı gözden kaçırılmaması gereken, önemli bir husustur. Konuya ilişkin yasal yetkilerin aşırı korumacı ve suiistimale açık ölçüde kullanılması halinde kamu düzeni kavramı, tam tersi bir etki yaratacak ve kişilerin sözleşme kurmak için öneri beyanında bulunmaları zorlaşabilecektir. Örneğin, ev sahibi, kiraya verme; işveren, işe alma; bankalar ise, kredi sağlama hususunda tereddütlü yaklaşacaktır⁷⁷⁵. Hâkim tarafından kamu düzeninin sübjektif açıdan ele alınmasının hukuk düzeni açısından hak ideasını yok eden bir anarşizm doğuracağı öne sürülmektedir.

⁷⁷¹ Farjat, s. 132.

⁷⁷² Konu hakkında farklı görüşlerin karşılaştırılması için bkz. Farjat, s. 134, Ripert (1948), s. 259. Ayrıca kamu düzenine aykırılığı belirlerken hâkimin taahhüt edilen edimlerin ekonomik değeri, edimlerden birinin kamu düzenini ihlal edecek ölçüde az değere sahip olması, yarar sağlamaması gibi hususları tespit etme görevinin modern kanun koyucular tarafından hâkimlere verildiğine, bu açıdan hâkimlerin klasik yetki kapsamı içinde kalan bu görevler için ekonomi alanında uzmanlığa sahip olması gerektiğine ilişkin bkz. Farjat, s. 136.

⁷⁷³ Malaurie (1953), s. 75, Farjat, s. 135.

⁷⁷⁴ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 134, Malaurie (1953), s. 99.

⁷⁷⁵ Ghestin (2013), s. 382 vd., Mestre, s. 138, s. 145 vd., Tercier (2004), s. 222.

Hâkimin bu konuda nesnel düşüncesi doğrultusunda, keyfi şekilde verebileceği herhangi bir kararın işlem ve hukuk güvenliğine gölge düşüreceği ve hâkimin takdir yetkisine sınırlama getirilmediği müddetçe sözleşme hukuku alanında bireysel özgürlüklerden bahsedilemeyeceği açıktır.⁷⁷⁶

Çalışmamızın konusu kapsamında hâkim, hukuki işlemin, çoğunlukla da bir sözleşmenin, kamu düzeni açısından geçerli olup olmadığını değerlendirirken ulusal hukuk sisteminin ve ekonomik düzenin temel kuralları ve ilkeleri ile bağlıdır⁷⁷⁷. Fransız hukukunda *FARJAT*'ın hâkimlerin kamu düzeni kuralını *ex nihilo* belirlediği yönündeki tespitin yanı sıra, kuralı belirleme özgürlüğünün ahlak kurallarında olduğu gibi yasalar üstü, geleneksel kavramlara başvuracak kadar genişlememesi gerektiği düşüncesini de dikkate almak gerekmektedir. Temel olarak, kavrama ilişkin bahsedilen tehlikelerden dolayı uyumsuzluk konusuna yönelik somut olayda değişken ekonomik ihtiyaçlara göre kamu düzeni kurallarına ilişkin temel prensiplerin belirlenmesi söz konusu olmamalı, bu hususta bağlı olunan hukuk düzenindeki mevcut düzenlemeler ve değerler ışığında inceleme yapılmalıdır⁷⁷⁸. Zira kamu düzeni kavramını hukuk kurallarının üstünde tam anlamıyla soyut ve bağımsız olarak ele almak, kamu düzeni kurallarının görünümünü oluşturan konularla söz konusu kavramın bağını kesmek anlamına gelmektedir. Borçlar hukukunda kamu düzeni kuralını oluşturan çekirdek kavramların ve değerlerin belirlenmesi için kavramın soyut niteliğini hâkimin rolüne yansıtılmaması, hâkimi belirli bir hukuk düzeninde mevcut kurallar ve kurumlarla bağlı kılmak esas olmalı, dolayısıyla hâkimin kamu düzenine ilişkin faaliyetinin sınırlı ve somut olduğu kabul edilmelidir⁷⁷⁹.

Bu açıdan tarihi süreç içerisinde kodifikasyonu tamamlanmış bir hukuk düzeninde hâkimin kamu düzeni kavramına ilişkin adil olmayan, haksız uygulamaları bakımından hukuk ve işlem güvenliğinin tehlikeye gireceği endişesinin görece azalacağı öne sürülmektedir. Konuya ilişkin kanun koyucunun yargı üzerindeki hâkimiyeti ön plana çıkmaktadır, zira genel kavramlarla düzenlenmiş yazılı hukuk kurallarının emredici olmayan bir şekilde hâkime yol göstermesi yararlı olacaktır. Dolayısıyla söz konusu hâkimiyetin varlığı ile birlikte hâkimin kamu düzenini belirlemede daha büyük bir rol oynayabileceği belirtilmektedir. Sonuç olarak, hâkimin kamu düzeni kavramını belirleme

⁷⁷⁶ Ayrıca yargının yasama fonksiyonunu gasp etmesi sonucu doğacağından erkler ayrılığı ilkesine aykırılığın oluşacağına ilişkin bkz. Malaurie (1953), s. 76.

⁷⁷⁷ Farjat, s. 132.

⁷⁷⁸ Farjat, s. 138, s. 143.

⁷⁷⁹ Brunetti-Pons, s. 117, Malaurie (1953), s. 118-119.

özgürlüğü ve ondan doğan hukuk kurallarını tespit ederken sahip olduğu takdir yetkisi, esasen bu şekilde kurulmuş bir hukuk düzeninin varlığına bağlıdır⁷⁸⁰.

1.2. Kamu Düzenini İlgilendiren Hukuk Kurallarını Uygulama Sorunu

1.2.1. Türk medeni hukuku çerçevesinde genel bir bakış

Özel hukuk açısından genel hükümler niteliğinde olan Medeni Kanun'un başlangıç hükümleri ışığında çalışmamızın konusu olan TBK md. 27/ f. 1 hükmünde yer verilen, soyut, değişken ve dolayısıyla karmaşık bir niteliğe sahip kamu düzeni kavramını hâkimlerin ne şekilde ele alması gerektiği önemli bir konudur. Bu konuda Türk hukukunda yerleşmiş içtihadı ve bu içtihadın getirdiği bir takım ölçütlere geçmeden önce hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta TBK md. 27 çerçevesinde kamu düzeni kavramının içeriğini doldurması sorunu ile birlikte içeriği belirsiz kavramların karşılaştırmalı hukuka göre hâkim tarafından nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusuna değinmek isabetli olacaktır.

Medeni hukukumuz çerçevesinde kamu düzenine aykırılığın içeriğinin somutlaştırılması faaliyetini gerçekleştirecek kişi, hakim olmalıdır. Zira kanunda yer alan kurallarda bir eksiklik veya boşluk meydana gelmiş ise, Medeni Kanun'un başlangıç hükümleri gereği hâkimin yetkileri gündeme gelecektir. MK md. 4 hükmü, durumun gerekliliğini, haklı sebeplerin varlığını dikkate alma görevi ve bu yönde takdir yetkisinin kanunda kendisine verilmesi halinde hâkimin hakkaniyet çerçevesinde bir karara varması gerektiğini düzenlemektedir. MK md. 1/ f. 2 hükmü ise, somut olaya uygulanabilecek bir kanun hükmünün bulunmaması halinde önce örf-adet hukukuna, burada da uygulanacak bir kuralın yokluğu durumunda ise son çare olarak hâkime kanun koyucunun yerine geçerek kural koyma yetkisi, diğer bir ifadeyle hukuk yaratma yetkisini vermektedir. Hâkimin yazılı hukuk kurallarını somut olaya uygulama faaliyeti sırasında karşılaşılabileceği engeller, hüküm içi boşluk (*intra legem*) ve kanun boşluğu, diğer bir ifadeyle yasa ötesi boşluk (*praeter legem*) olarak ikiye ayrılmıştır⁷⁸¹. Hüküm içi boşluk,

⁷⁸⁰ Malaurie (1953), s. 77, Farjat, s. 137-138.

⁷⁸¹ Henri DESCHENAUX (1969). *Le Titre Préliminaire Du Code Civil Traité de Droit Civil Suisse*, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg, C. II, 1, s. 91, Bilge ÖZTAN (2019). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 43. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 146, Mustafa DURAL/ Suat SARI (2016). *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, C. I, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 137, Hüseyin HATEMİ (2012). *Medeni Hukuk'a Giriş*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 101, Şener AKYOL (2006). *Medeni Hukuka Giriş*, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 274,

kanun metninde hâkimi atfa yönlendirecek veya kendisine bir takdir yetkisi verildiği hükümler başta olmak üzere hâkimin hakkaniyet gereği karar vermesi gereken hallerde söz konusudur. Hâkimi sahip olduğu takdir yetkisi açısından bağlayan sınırlar, yine kanun hükmünün taşıdığı amaç ve korumak istediği menfaat dengesidir⁷⁸². Kanun boşluğu ise, somut olayda doğrudan veya kanun koyucunun bilinçli susma tercihiyle zıt anlamı kullanılarak uygulanabilecek hiçbir kanun hükmünün bulunamamasıdır⁷⁸³. Kanun boşluğu çeşitlerinin sınıflandırılmasına ilişkin doktrinde çok çeşitli yönde yapılan farklı ayrımlar bulunmakla birlikte⁷⁸⁴, çalışma konumuz kapsamında belirtilmesi gereken husus, TBK md. 27/ f. 1 kapsamında hüküm içi boşluğun söz konusu olmasıdır. Bu bağlamda somut olaydaki hukuki işlemin kamu düzenine aykırılık sonucu geçersizliğine karar verme faaliyetinin kamu düzeni gibi çerçeve bir kavramın içeriğinin kanundaki mevcut haliyle uygulanabilir olmayıp, tamamlanması gereklidir. Bu noktada “kamu düzenine aykırılık” kavramı ile TBK md.27/ f.1’de kanun koyucunun kavrama ilişkin unsurlarını tamamlama, mevcut eksikliği, boşluğu giderme görevini hâkime vermesi söz konusudur⁷⁸⁵. Hâkimin bahse konu hükmün uygulanması aşamasında yürütmesi gereken bir yorum ve hüküm içi boşluğu doldurma faaliyeti bulunmaktadır⁷⁸⁶. Diğer taraftan, toplumda değişen ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar doğrultusunda oluşan yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının kanunda düzenlenmeyen ancak olağan hayat akışında karşılaşılan, atipik bir somut olayda hukuki korunmaya muhtaç bir kişiyi koruma amacının doğması ile birlikte gerçek (açık) boşluk⁷⁸⁷ yaratacağı kabul edilmelidir.

S. Sulhi TEKİNAY (1978). *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 63-64, Oğuzman/ Barlas, s. 90, s. 97, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 146,

⁷⁸² Geny, s. 124, Oğuzman/ Barlas, s. 95, Akyol, s. 337.

⁷⁸³ Deschenaux, s. 92, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 148, Oğuzman/ Barlas, s. 99.

⁷⁸⁴ Konuya ilişkin farklı sınıflandırmalar için bkz. Dural/ Sarı, s. 137 vd, Oğuzman/ Barlas, s. 132, Akyol, s. 275.

⁷⁸⁵ Oğuzman/ Barlas, s. 91.

⁷⁸⁶ Konuya ilişkin yorumlama ile boşluk doldurma faaliyeti arasındaki sınırın silik olmasına, bu faaliyetlerin nerede başlayıp nerede bittiğinin belli olmamasına, yazılı hukuk kuralının lafzı çerçevesinde kalındığında yorum, lafzın dışına çıktığında boşluk doldurmadan bahsedilmesinin süregelen bir gelenek olduğuna dair bizim de desteklediğimiz görüş için bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 174. Ek olarak, hüküm içi boşluk söz konusuysa yasal bir düzenlemenin anlaşılır ve açık bir anlamına ulaşabilmek adına hükmün yaptığı atif sonucu hüküm içi boşluğun doldurulması faaliyeti sonrasında tamamlanan hükmün yorumlanması ihtiyacının doğabileceği kabul edilmektedir. Bunun için bkz. Akyol, s. 213. Ayrıca kamu düzeni kuralı açısından yorum mu yoksa hüküm içi boşluk doldurma faaliyeti mi bulunduğunu tespit etmenin herhangi bir fayda teşkil etmediği tespitini destekler nitelikte, yasadaki çerçeve hükümlerin hakim tarafından somutlaştırılmasının kısmen hukuk yaratma olduğu ön kabulüyle birlikte aslında yöntem açısından bir farklılık olmadığı görüşüne ilişkin bkz. Atamer (2001), s. 202, Okan Tekinsoy, s. 181-182, Yenisey, s. 176.

⁷⁸⁷ Kanun boşluğunun türlerinden biri olan gerçek (açık) boşluk, kanunda herhangi bir hükmün ne düz ne de zıt anlamı veya özü itibarıyla somut olaya uygulanabilir olmamasıdır. Buna ilişkin bkz. Deschenaux, s.

Sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebeplerinden biri olan kamu düzenine aykırılığın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği kararının verilebilmesi bakımından hâkimin kullanacağı hukuki araçlardan biri de, MK md. 1/ f.1 gereği kanunun özü, ruhu itibarıyla uygulanabilmesi için gerekli olan yorumdur. TBK md. 27’de bulunan kamu düzeni kavramının daha önce bahsettiğimiz özellikleri sebebiyle⁷⁸⁸ ne anlama geldiği açık olmadığından hâkim, bu kavramın içeriğini yorum yoluyla ortaya çıkarmalıdır. Yorum metotları açısından başta lafzi yorum olmak üzere sübjektif veya objektif tarihi yorum metotları ile kamu düzeni gibi karmaşık ve belirsiz bir kavramın açığa kavuşturulmasını beklemek kanaatimizce inandırıcı olmaktan uzaktır.

Diğer taraftan sözleşme özgürlüğüne ilişkin getirilen kamu düzenine aykırılık sınırının somut bir yapıya büründürülebilmesi ve hâkim tarafından kavramın içeriğine uygun şekilde yorumlanabilmesi için menfaat hukukçuluğu yönteminin benimsenmesi yararlı gözükmektedir⁷⁸⁹. Serbest hukuk okulu ve kavram hukukçuluğunun orta noktası olarak görülen menfaat hukukçuluğu, hukuk kuralını değerlendirirken menfaatler dengesini ele alır. Bunun nedeni ise, her kuralın içeriğinde ekonomik bir çatışmanın varlığının yatması ve kanun koyucunun bu çatışmaya ilişkin siyasi ve sosyal tercihini kullanması kabulüdür⁷⁹⁰. Buna göre, kanun koyucu ya çatışmada belirli bir tarafın menfaatini koruma ya da çatışmayı uzlaştırıcı bir şekilde çözme yönünde hukuk kurallarını düzenlemektedir. Hâkimin buradaki görevi, mevcut menfaatleri saptayıp, kanun koyucunun menfaat çatışmasını hangi yönde çözmesi gerektiğini, bu yönde belirli bir değer yargısını ulusal ölçekte ve günümüz koşullarıyla belirlemektir⁷⁹¹. Çalışmamız kapsamında bu konuyla ilgili koruyucu kamu düzeni kurallarını hatırlatmakta yarar görmekteyiz. Bu kuralların genel ve özel menfaatleri belirli bir noktada uzlaştırma ve mevcut ekonomik düzen içerisinde koruma amacını taşıdığını düşündüğümüzde menfaatler dengesinin kamu düzeni bakımından somut olayda gözetilmesi son derece önem arz etmektedir⁷⁹².

93, Dural/ Sarı, s. 137-138, Oğuzman/ Barlas, s. 104-105, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 146, Öztan, s. 149, Tekinay, s. 63, Akyol, s. 278.

⁷⁸⁸ Daha ayrıntılı bilgi için yuk. bkz. I, 4.2.1., s. 27 vd.

⁷⁸⁹ Carine SIGNAT (2018). *Le Pouvoir Discrétionnaire du Juge et L'inexécution du Contrat Étude du Droit Comparé Franco- Allemande*, Paris : LGDJ s. 69, Geny, s. 102, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 127, Oğuzman/ Barlas, s. 119, Tekinay, s. 60, Akyol, s. 264.

⁷⁹⁰ Altan HEPER (2016). *Serbest Hukuk Akımı Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 26, Signat, s. 70.

⁷⁹¹ Geny, s. 132, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 127-128, Oğuzman/ Barlas, s. 95, Dural/ Sarı, s. 141, Akyol, s. 286.

⁷⁹² Yuk. bkz. I, 4.2.3.1., s. 37.

Kamu düzeninin hâkim tarafından somutlaştırılması aşamasında menfaat hukukçuluğu açısından bu kavramın kanuna konulmasındaki amacını (*ratio legis*) ortaya çıkarmak önemlidir⁷⁹³. Bu açıdan kanunun genel gerekçesi ile maddenin gerekçesi veya kanunlaştırma faaliyetlerinden bir sonuç elde etme beklentisinin Türk hukuku çerçevesinde gerçekçi olmayacağı aşikârdır. Yorumu konu olan yazılı hukuk kuralının taşıdığı amacı belirleme faaliyeti dikkatli şekilde yapılmalıdır. Kanun koyucunun o kuralı düzenlerken sahip olduğu amacın belirlenmesinde çatışan amaçlar arasında, örneğin zayıf tarafın korunması ile kişisel özgürlüklerin korunması gibi, esas amacın ortaya çıkarılması, zor ve kimi zaman belirsiz sonuçlara yol açacak bir yöntem olabilmektedir⁷⁹⁴. Bunun yanı sıra hâkimin Anayasaya uygun yorum yapması ve vereceği kararlarda Anayasal ilkeleri dikkate alması gerekmektedir⁷⁹⁵. Bu çıkarım, hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi ve kurallar hiyerarşisinin doğal bir sonucudur. Kamu düzenine aykırılık sınırının içeriğini doldururken yararlanılacak bir diğer yöntem, topik-retorik yöntemdir. Somut olay adaletinin sağlanması amacına ulaşabilmek için bu yöntem gereği olaya uygulanabilecek, geniş ölçüde kabul edilmiş birtakım ilke ve değerlerden yararlanılmalıdır. TBK md. 27/ f. 1 gibi çerçeve kavramların yer aldığı genel kapsamlı kuralların somutlaştırılması için yararlı olabilecek bir yöntemdir⁷⁹⁶. Bu yöntem uyarınca örneğin sözleşme özgürlüğünü sınırlama bağlamında irade özerkliği veya güçsüzün korunması ilkelerinden hangisinin somut olayın özelliklerine bakılarak ön plana taşınacağına, sonuç olarak, söz konusu hukuki işlem özelinde ve ölçülülük ilkesi ışığında kamu düzenine aykırılığın mevcut olup olmadığına karar verilmesi mümkün olabilecektir.

Yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının uygulama alanı bulması gereken somut olaylarda kanunu uygulama noktasında ortaya çıkardığı gerçek (açık) boşluk karşısında hâkimin başvuracağı ilk yol kıyas olacaktır. Bu kapsamda bahsedilen kıyastan kastedilen hukuki kıyastır⁷⁹⁷. Herhangi bir yazılı hukuk kuralınca öngörülmeleyen durumlara ilişkin

⁷⁹³ Turgut AKINTÜRK/ Derya ATEŞ (2018). *Medeni Hukuk*, 24. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 73, Dural/ Sarı, s. 128, Oğuzman/ Barlas, s. 76

⁷⁹⁴ Deschenaux, s. 88.

⁷⁹⁵ Dural/ Sarı, s. 129, Akyol, s. 275, Tekinay, s. 60.

⁷⁹⁶ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 126.

⁷⁹⁷ Bahsedilen hukuki kıyas kavramı, hüküm içi boşluğun doldurulmasında yararlanılan kıyas yöntemi ile karıştırılmaması gereken, farklı bir kavramdır. Söz konusu durumda hüküm içi boşluk yaratan düzenlemenin benzer nitelikleri gereği bir başka hükümle kıyaslama sonucu diğer hükmün kıyasen uygulanması yoluyla boşluğun doldurulması mümkün olacaktır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/ Barlas, s. 121, dn. 200.

birden fazla kural veya ilkenin birlikte değerlendirilmesi, hukuki kıyas yöntemi olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamız açısından ilginç bir örneğe değinecek olursak, söz konusu yöntemle oluşturulan kum yığını teorisi gereğince irade sakatlığı, aşırı yararlanma veya ahlaka aykırılık başlığı altına sokulamayan haksız etki kavramına ilişkin birden fazla kuralın bir araya gelmesi ile bir hukuki sonuç elde edileceği doktrinde savunulmaktadır⁷⁹⁸.

1.2.2. Kamu düzeninin çerçeve bir kavram olmasının etkisi

Kamu düzeninin bir çerçeve kavram olduğu göz önüne alındığında içeriği belirlenemeyen kavramların hâkim tarafından doldurulması meselesine değinmek faydalı olacaktır. Mehaz İBK md. 4 hükmü uyarınca İsviçre hukuku içtihadında hüküm içi boşluklara ilişkin ayrıca incelenmesi gereken mesele olarak belirsiz, çerçeve kavramların içeriğinin belirlenmesinde hâkimin yetkisinin ne derecede geniş olduğu, istediği yorum kriterini dikkate alarak karar vermesinin mümkün olup olmadığı ele alınmıştır⁷⁹⁹. İçeriği yer ve zamana göre değişen çerçeve kavramların yer aldığı yazılı kuralların uygulanması bakımından İsviçre Federal Mahkemesi, hâkimlerin belirli bir değerlendirme alanına sahip oldukları⁸⁰⁰; fakat en adil ve hukuka uygun yorumun getirilmesi ve olaya uygulanması gerektiğine yönelik bir içtihat oluşturmuştur. Mahkemeye göre burada takdir yetkisinin kullanılmasından ziyade bir hukuk sorusunun çözümü söz konusudur⁸⁰¹. Hukuki açıdan her olayda tek bir doğru sonuç olduğu kabulü ile birlikte TBK md. 27/ f. 1 kapsamında kamu düzeni kavramının içeriği doldurulurken hâkimin hukuk yaratma değil, bir tür keşif faaliyetinden bahsedilmesi gerekmektedir⁸⁰². Keşif faaliyeti derken kastedilen hâkimin kamu düzeni adına mevcut bir hukuki işlemin hangi hukuki değerleri

⁷⁹⁸ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 155-156. Ayrıca Anglo-Amerikan hukukundan doğan haksız etki kavramına yabancı olan Türk hukuku çerçevesinde Miras hukukuna ilişkin kavram hakkındaki görüşler için bkz. Başak BAŞOĞLU (2018). '*Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar*', GSÜHFD, S. 1, s. 387 vd. Aksi görüşte irade sakatlığı halleri ile haksız etki kavramı arasında hukuki bir bağın olduğuna ilişkin bkz. İpek SAĞLAM (2006). '*Haksız Etki*', Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul: Beta Yayınları, s. 687 vd.

⁷⁹⁹ Jean- François PERRIN (1984). "*Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridique à contenu variable?*", La Notions a Contenu Variable, Ed. Chaim Perelman/ Raymond Vander Elst, Brüksel: Établissement Emile Bruylant, s. 217 vd.

⁸⁰⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin buna ilişkin bir kararı için bkz. ATF 91 I 69 cons. 2 s. 75, www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019). Alman hukuku çerçevesinde hâkimlerin bu durumda bir değerlendirme alanına (*Beurteilungsspielraum*) sahip olmasına ilişkin bkz. Signat, s. 85 vd.

⁸⁰¹ Buna ilişkin bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 103 Ia, s. 503, ATF 95 I 33, s. 33, JdT 1970, s. 363 vd. www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁸⁰² Perrin, s. 220.

ve ilkeleri ihlal ettiğini belirlemesidir. Yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının tespit edildiği durumlarda hâkim, yazılı bir hukuk kuralına dayanmadan kamu düzenine aykırılıktan bahsedebilmesi için yasanın gerisindeki değer ve kavramlar aracılığıyla kararını temellendirmelidir⁸⁰³.

Fransız hukukunda da kanun koyucunun bilinçli olarak bıraktığı hüküm içi boşluklarında çerçeve kavramları kullandığı, bu bakımdan hâkimin bunları dikkatlice doldurma gerektiği belirtilmektedir. Hâkimlerin CC md. 6'da yer alan ahlaka aykırılık ve kamu düzeni gibi belirsiz ve hukuki bir tanım olmayan kavramları mevcut duruma uyarlama görevi söz konusudur. Uyuşmazlık karşısında incelenmesi gereken hukuk kuralındaki anahtar kelimeyi belirleme faaliyeti içinde sadece kuralı belirli durumlara uyarlama yer almayacak, bunun yanı sıra zaman içerisinde gelişen yeni ihtiyaçlara uyarlanması da hâkimden beklenecektir⁸⁰⁴.

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde yazılı kuralara atıf yapılmaksızın kamu düzeni kavramının somut olayda kullanıldığı karar sayısı oldukça azdır. Bunun nedeni aslında hâkimin başlı başına bir kamu düzeni teorisi yaratma yerine, hukuk düzeninde uzun süredir zımnen kabul edilmiş, kanunen korunan ancak açıkça sonuçları düzenlenmemiş temel değer ve ilkelerin kamu düzeni başlığı altında ele almasıdır. Kavramın niteliği gereği yeni ekonomik ve sosyal ihtiyaçların doğması üzerine yeni bir kamu düzeni kuralının düzenlenmesi konusunda kanun koyucu, yasama sürecindeki kanunlaştırma amacı nedeniyle yenilikçi tavrını saklama çabası içerisinde eski düzene ilişkin kavramları kullanırken, hâkimin söz konusu kavramlar yoluyla kamu düzeni kuralını uygulaması bir zorunluluk olarak görülmektedir. Zira sosyal ve ekonomik amaçlarla sözleşmelerin kontrolü, yönlendirilmesi faaliyeti esnasında hâkimlerin yeni hukuki yöntemler veya tarafların sözleşme kurulurken öngöremeyecekleri yeni yükümlülükler yaratma yetkisi bulunmamakta, bunun yerine klasik kavramları kullanarak yeni ihtiyaçları karşılama görevi söz konusudur⁸⁰⁵.

⁸⁰³ Malaurie (1953), s. 112, Yenisey, s. 176.

⁸⁰⁴ Gérard CORNU (2007). *Droit Civil Introduction au Droit*, 13. Baskı, Paris : Montchrestien, s. 97-98. Ayrıca Alman hukuku doktrininde *Larenz/ Wolf*' un ileri sürdüğü, uzun yıllar önceki ekonomik ve sosyal koşullar dikkate alınarak yazılan kanunların günümüzde uygulanabilmesinin çerçeve hükümler sayesinde esneklik kazandığı savına ilişkin bkz. Atamer (2001), s. 202, dn. 323.

⁸⁰⁵ Gaston MORIN (1945). *La Révolte du Droit Contre le Code : la révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris : Editions Sirey, s. 24, Hans GIGER (1979). *Une Protection Sociale Renforcée- ligne directrice du législateur pour le nouveau droit du crédit à la consommation*, Bern: Editions Staempfli & Cie SA, s. 34, Farjat, s. 160, Özdemir Kocasakal, s. 98.

Kanun koyucunun esasen çerçeve kavramlara ilişkin bilinçli bir boşluk yarattığı görüşü ile birlikte hâkimin bu anlamda yetkisini buyurucu temel ilkeler ışığında kullanması ve bu şekilde uygulama alanında kanunun bir yansıması olması gerektiği savunulmaktadır⁸⁰⁶. Nitekim MK md. 4 anlamında '*hukuka... göre karar verme*'den kastın hüküm içi boşluğun hukukun yasa dışında kalan kaynaklarının da kullanılması, bu bağlamda hukukun temel ilkelerinin somut olayın özelliklerine göre uygulanması olduğu belirtilmektedir⁸⁰⁷. Bu açıdan hâkim, kendi sübjektif değerleri, görüşü doğrultusunda başına buyruk, yasadan bağımsız bir hukuk uygulayıcısı olamayacağından⁸⁰⁸ hukuk düzenince korunan temel değer ve ilkelere atıf yaparak ekonomik kamu düzenine ait temel prensipleri ortaya koymalıdır. Örneğin, MK md. 1/ f. 2 gereği yazılı olmayan kamu düzeni kuralını belirlemek için kanunun özüne sadık kalarak, kanun koyucunun yolundan giderek bir tür '*yaratıcı bağlılık*' içerisinde hâkimin karar vermesi gerekmektedir. Hâkim tarafından kişisel bir kamu düzeni anlayışının yaratılması kabul edilemez⁸⁰⁹. Bu tipte kavramların içeriğini doldurmaya yönelik hâkimin faaliyetleri ve vardığı sonuçlar, açıkça yazılı bir hukuk kuralına aykırılık oluşturmamalıdır⁸¹⁰. Dolayısıyla kamu düzeni kavramını belirli ve somut şekilde uygulamak için sözleşmeye müdahale eden hâkim, kanun koyucuya kıyasla daha sınırlı bir hareket alanına sahiptir⁸¹¹. Önüne gelen somut olayın özellikleri yazılı hukuk kuralında hukuki işlemin geçersizliği için aranan tüm unsurları karşılamadığı durumda hâkimin neo-liberal bir piyasada ekonomik özgürlükleri korumak ve bunların kısıtlanmasını engellemek adına kamu düzeni kurallarının görünümünü tespit etmesi gerektiği savunulmaktadır⁸¹².

⁸⁰⁶ Perrin, s. 207, Le Roy/ Schönberg, s. 177.

⁸⁰⁷ Perrin, s. 230-231.

⁸⁰⁸ Yargıtay'ın 1996 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda yer alan Sami Selçuk'un karşı oy yazısında yasallık ilkesi gereği hâkimin vereceği kararın Anayasa'ya, yasalara, hukuka uygun nitelikte olması gerektiğini, en önemlisi de hakimin yasanın üstünde değil, içinde olduğu tespiti yapılmıştır. Bahse konu karşı oy yazısının yer aldığı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. Y. İBGK, E. 1993/5, K. 1996/1, T. 22.03.1996. Ayrıca Yargıtay'ın bu tespitlere atıf yaptığı 2001 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Y. HGK, E. 2001/4-1016, K. 2001/757, T. 24.10.2001, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁸⁰⁹ Deschenaux, s. 101, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 134-135, Yenisey, s. 178.

⁸¹⁰ Signat, s. 81, Perrin, s. 228, Farjat, s. 139-140, Ripert (1948), s. 259, Öztan, s. 156.

⁸¹¹ Bu noktada çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız yargısal- yasal kamu düzeni ayırımına paralel bir çıkarımdan bahsetmek mümkün olacaktır. Söz konusu ayırma ilişkin bilgi için yuk. bkz. I, 4.4.1., s. 56 vd.

⁸¹² Farjat, s. 141, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 94. Buna ek olarak, Chambéry ve Paris mahkemelerinin 1953 yılında verdiği kararlar bu noktada örnek oluşturabilir. Chambéry mahkemesinin verdiği kararda şehirdeki tüm firincilerin belirli yükümlülükler altına girdiği, özellikle dolaylı veya doğrudan bir şekilde satış fiyatlarının düşmesini engelleme amacını taşıyan bir sözleşmedeki hükümlerin bütününden yola çıkarak ticari faaliyette bulunma ve girişim özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Paris mahkemesinin verdiği kararda ise, parfümeri sektöründe bir kartelin aralarında belirledikleri sabit bir satış fiyatının altında mallarını satan, kendilerine dahil olmayan başka bir tacirin ismini karalamak üzere vardıkları anlaşmanın

Kamu düzeni kavramının hâkim tarafından somutlaştırılması bakımından TBK md. 27/ f. 1 hükmü bağlamında sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak içeriğinin doldurulmasına yönelik yorum faaliyeti, takdir yetkisi ile toplumda değişen ekonomik ve sosyal ihtiyaçları karşılayabilme amacıyla yazılı olmayan kamu düzeni kurallarını belirleme, hukuk yaratma yetkisinin kapsam ve içerik açısından belirlenebilir olması gerekir. Bu ihtiyaç, hem kamu düzeninin suiistimale açık, hukuk ve işlem güvenliği açısından tehlikeli nitelikte olmasından hem de hâkimin yetkilerini kullanırken birtakım unsurları göz önünde bulundurması ve bu yolla yetkilerinin sınırlandırılmasının hukuk güvenliğine katkı sağlayacağı düşüncesinden doğmaktadır. Çalışmamız kapsamında Türk hukukunda kamu düzeni kavramı konusunda ele alınması gereken ve içtihadta değinilen unsurların incelenmesinin Türk Borçlar hukuku açısından kavramın somutlaştırılması ve kamu düzeni kurallarının uygulanması sorununun aydınlatılmasına teorik açıdan katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

1.2.3. Türk hukukundaki içtihadın kamu düzenini somutlaştırma hakkındaki yaklaşımı

Türk hukuku çerçevesinde kamu düzeni kavramının belirlenmesinde hâkimin yaklaşımına ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarına bakacak olursak, 1960'lı yıllardan itibaren kamu düzeni kavramının somutlaştırılması için belirli tespitler istikrarlı şekilde yapılagelmiştir. Öncelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında sıkça atıf yapılan Anayasa Mahkemesi'nin 1964 tarihli kararında⁸¹³ kamu düzeni kavramına ilişkin yapılan tespitlerde genel olarak, dernek kurma hakkının sınırlandırılması hususunda kavramdan ne anlaşılması gerektiği araştırılmıştır. Belirlenmesinin güç olduğu ortaya konulan kamu düzeninin toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsayan, huzur ve sükûnun sağlanması ve devlet kurumlarının korunması amacını taşıyan '*her şeyi*' ifade eden bir kavram olduğu belirtilmiştir. Kararda yer aldığı üzere kavramın sözlük karşılığında güvenlik ve asayiş

ticari faaliyette bulunma ve girişim özgürlüğünü ihlal edici nitelikte ve mesleğin korunmasına ilişkin genel menfaatten farklı olarak kişisel menfaatlerinin korunmasının ön planda olduğu, bu nedenle de faaliyet gösterdikleri mesleki sektörü koruma adına sahip oldukları hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği sonucuna varılmıştır. Mahkeme kararlarına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Farjat, s. 181.

⁸¹³ AYM. E. 1963/128, K. 1964/8, T. 28.01.1964, RG S. 11685, T. 17.04.1964. Bu karara atıf yapılan başka bir Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin bkz. AYM. E. 1976/27, K. 1976/51, T. 22.11.1976, RG S. 15939, T. 16.05.1977.

sağlamanın yanı sıra kişilerin arasındaki ilişkilerdeki huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu tesis etmesi yer almaktadır. İncelendiği kadarıyla bu kararda kavramın belirsizliği ön plana çıkmış, devletin işleyişindeki öneminin yanı sıra toplumun ekonomik düzenini de içerecek şekilde temel kurallarını kapsadığı vurgulanmış ve bundan doğan kuralların kişiler arasındaki hukuki ilişkileri ahlaka uygun hale getireceği tespiti ile Fransız hukukundaki kamu düzeni doktrinine daha yakın bir tespitte bulunulmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu başta olmak üzere İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun ve hukuk dairelerinin yaklaşık son elli yıldaki kararlarında kamu düzeni kavramına ilişkin yaklaşımına bakacak olursak, çeşitli incelemelerin, tespitlerin yapılmış olduğu ve bunun sonucunda hâkimin takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutması gereken birtakım noktaların açıklandığı görülmektedir. Öncelikle Yargıtay içtihadında ulusal hukuk düzeni ile bağlılığının ön plana çıkarıldığı gözlemlenmektedir. Bağlı kıldığı toplumun tarihi, sosyal, ekonomik koşulları ile oluşan kamu düzeni, soyutluk, zamana göre değişkenlik gibi evrensel ve mutlak nitelikler barındırsa da kavramın Türk toplumu açısından belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, kurulan bir vakfin tüzüğünde ve 'tesis senedi'nde yer alan düzenlemelerden yola çıkarak 743 sayılı mülga MK md. 74/ f. 2 hükmüne⁸¹⁴ aykırılık oluşup oluşmadığını belirlemek üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1973 yılında verdiği kararında kamu düzeni kavramını esas almıştır⁸¹⁵. Kamu düzeninden doğan hukuk kurallarının emrediciliğinin vurgulandığı söz konusu kararda belirli bir cemaat grubunu desteklediği kuruluş belgelerindeki düzenlemelerden anlaşılan bir vakfin, Türk hukukunda vakfin kuruluş şartlarını sağlamadığı, kamu düzeninden doğan bir hukuk kuralına aykırılık oluştuğunu belirtmiştir. Kamu düzeninin somutlaştırılması adına yapılan önemli bir vurgu, bahse konu cemaat topluluğun Almanya, Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerde faaliyet göstermesinin bir ölçüt olarak değerlendirilmemesi, cemaat mensuplarının dini amaçlarla desteklenip desteklenmediğine bakılmaksızın, Türk hukukuna özgü kamu düzeni anlayışı doğrultusunda karar verilmesi gerektiğidir.

Türk hukukundaki içtihat, kamu düzenine ilişkin bu zorlayıcı tespit faaliyetini sürdürürken hem İsviçre Federal Mahkemesi içtihadından hem de Türk- İsviçre hukuku

⁸¹⁴ 743 sayılı mülga MK md. 74/ f. 2'e göre ; 'Kanuna, ahlaka ve adaba veya milli menfaatlere aykırı olan veya siyasi düşünce veya belli bir ırk veya cemaat mensuplarını desteklemek gayesi ile kurulmuş olan vakıfların tesciline karar verilemez.'

⁸¹⁵ Y. HGK, E. 1973/ 609, K. 1973/ 959, T. 28.11.1973, www.kazanci.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 03.12.2019).

doktrininin de yardım almayı ihmal etmemiştir. Alınan bu hukuki destekler sonucu Yargıtay⁸¹⁶, ihlali halinde ülkenin genel hukuk duygusunun zedelendiği, kamu menfaati düşüncesinin ön planda olduğu, topluma büyük yararı bulunan özel hukuk kurallarının kamu düzeninden doğduğunu belirtmiştir. Ekonomik kamu düzeni çerçevesinde kamusal ve özel menfaatler arasındaki hiyerarşik ilişkinin korunmasına yönelik bir genel menfaatin bulunduğu ve kamu düzeni kuralının hem özel hem genel menfaati kapsayıcı nitelikte olduğuna yönelik kanaatlerimiz Yargıtay içtihadı tarafından da doğrulanmaktadır.

Vakfın kuruluş şartları, mahkemelere ilişkin yetki kuralları, kira bedelinin tespiti, hizmet sözleşmelerinde cezai şartın fahiş olması, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi gibi birçok konuda kamu düzeni kavramını inceleyen Yargıtay'ın çalışma konumuz açısından dikkat çeken vurgusu, Fransız hukuku doktrininde *NIBOYET*'in⁸¹⁷ kamu düzeninin ifade edebilmenin ötesinde duyulabilen, sezinlenebilen şeylerden oluştuğuna yönelik yaptığı tespit olmalıdır. Kavramın soyutluğunu çarpıcı şekilde ortaya koyan bu görüş sonrasında kamu düzenini geniş bir çerçeveye oturttuğunu belirten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1990 yılında verdiği kararında⁸¹⁸, değindiğimiz 1973 tarihli kararındaki tespitinin bir adım daha ötesine geçerek, bu kavramın hukuki ilişkilerde kendisini hissettirmesi bakımından varlığını saptama ve içeriğini belirleme ihtiyacının doğduğunu, bu doğrultuda somutlaştırılmaya çalışmanın bir zorunluluk olduğunu isabetli şekilde belirtilmiştir. Yasal olarak yenilenmiş sayılan kira sözleşmelerinde kira bedelinin tespitine ilişkin kararda söz konusu kavram hakkındaki belirsizliği dağıtabilmek amacıyla birtakım unsurların oluşması halinde hukuk kuralının kamu düzeni ile ilgisi bulunduğu tespitinin yapılabileceğini belirtmiştir. Buna göre, hukuk düzeni içerisinde devletler nezdinde kuralın vazgeçilmezliği, toplumsal yararın ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amaca sahip olması bir hukuk kuralını kamu düzenine ilişkin yapan unsurlardır. Aynı kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, çalışmamız açısından rehber niteliğinde olması gereken şu ifadeleri kullanmıştır, “... *Görülüyor ki Kanun koyucu, Borçlar Kanununun 19. maddesinde de ifadesini bulan akit serbestisini kısıtlamak durumunda*

⁸¹⁶ Türk- İsviçre hukuku doktrinindeki Von Tuhr, Becker, Schwarz, Kaneti gibi yazarlardan yapılan atıflarla bezeli sayısız Yargıtay kararlarından birine ilişkin bkz. Y. 15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.05.2014, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 30.11.2019).

⁸¹⁷ Jean P. NIBOYET (1928). *Manuel de Droit International Privé*, 2. Baskı, Paris: Librairie du Recueil Sirey, s. 525 vd.

⁸¹⁸ Y. HGK, E. 1990/ 3-527, K. 1990/ 627, T. 12.12.1990, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 16.12.2019).

kalmış ve bu suretle kamu düzeni kaygısı ile kurallar getirmiştir. Bu kuralların kamu düzeni ile ilgili oldukları iddia edilemez. Çünkü bunlar, hukuk düzenimizin kabul ettiği akit serbestisini, bir genel yarar için kısıtlamış; asıl işlevi, toplumda barışı sağlamak olan hukuk düzenini muhafaza gayesinden kaynaklanan kurallardır...”

Çalışmamız kapsamında hâkim tarafından kamu düzeninin somutlaştırılması bakımından Yargıtay’ın söz konusu tespitlerini dikkate almak bir zorunluluk teşkil etmektedir. Kaldı ki, Türk hukuku doktrininde de kamu düzeni gibi geniş kapsamlı, içeriğinin doldurulması gereken kavramların yasa üstü ‘*topos*’lar yani karşılaştırmalı hukuktan, adalet değerinden, geleneksel görüşlerden doğan rehber niteliğindeki temel ilkeler ile uygulanması gerektiği isabetli şekilde savunulmaktadır⁸¹⁹. Konuya daha somut şekilde yaklaşacak olursak, kamu düzeni kuralının hukuk düzenindeki temel ilke ve değerleri koruyucu özelliğini vurgulamak adına temel anayasal değerlerin hâkim tarafından mutlak suretle içerik belirleme faaliyetinde göz önüne alması gerektiği kanısındayız. Ek olarak, anayasal bir özgürlük olmasının yanı sıra Borçlar hukukunun temel, kurucu prensiplerinden olan sözleşme özgürlüğünü kamu düzenine aykırılık sebebiyle sınırlarken ölçülülük ilkesinin hâkimin takdir yetkisine ilişkin olmazsa olmaz bir unsur olduğu aşikârdır. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus ise, kamu düzeni kuralının vazgeçilmezliği ile ilgilidir. Kamu düzeninin kavram olarak süreklilik göstermesi açısından belirtilmesi yerinde olan bu unsur, aynı zamanda örf-adet hukuku kurallarının maddi unsuru olan topluluk içerisinde sürekli tekrarlanması, uygulanması ile benzerlik gösterir. Ancak hem bu benzerliğin bir karışıklık yaratmaması hem de kamu düzeni kavramının özellikleri üzerinde çalışmamızın ilk bölümünde etraflıca durulduğu için söz konusu unsurun hâkimin kamu düzenini belirlemede sahip olduğu takdir yetkisi açısından ayrıca değinilmemesi gerektiği kanısındayız. Son olarak belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar hukukunda kamu düzeninin içeriğini doldurma çabası içerisine girildiğinde yaklaşık elli yıldır süregelen Yargıtay içtihatlarını temel alarak üzerinde durulması gereken unsurları belirlemek, kanaatimizce, bahse konu kavramın her ülkedeki ulusal hukuk düzeni içerisinde farklılık göstermesi, kendine has özellikler barındırması niteliğine uygun bir yöntem olacaktır.

⁸¹⁹ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 125.

1.3. Hâkimin Kamu Düzeni Kuralını Belirlemede Takdir Yetkisine İlişkin Unsurlar

1.3.1. Temel anayasal değerler

6098 sayılı TBK md. 27/ f.1 hükmünde yer alan kamu düzeni kavramının sözleşme özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak Anayasa'ya aykırı kabul edilemeyeceğine çalışmamızın ilk bölümünde değinmiş bulunmaktayız⁸²⁰. Bu açıdan hem kavramın içeriği, hem de bir hukuk düzeninde hiyerarşik bakımdan tüm dallarda olduğu gibi Borçlar hukuku kapsamında da ihlal edilmemesi gereken değerler olması nedeniyle Anayasa'dan doğan ilgili temel ilke ve değerlerin hâkim tarafından somut olayda dikkate alınması gerekmektedir.

Kamu düzeni kuralının tespit edilebilmesi için hukuki açıdan hâkime rehberlik edecek en önemli argümanlardan biri, Anayasa'da yer alan ekonomik düzene ilişkin temel hak ve özgürlükler ile bunlara dair ilkelerdir. Zira kamu düzeni gibi belirsiz bir kavramın çerçevesinin toplumun temel değerlerinden oluşması gerektiği belirtilmekle birlikte yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığı neticesinde hâkimin takdir yetkisinin sübjektif ve adalete aykırı çözümler getirecek şekilde kullanılmasının önüne geçilmesi amacı mevcuttur. Bu hedef doğrultusunda kanaatimizce, hâkim, temel değerlerin vücut bulduğu kurallar bütünü, yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa düzenlemelerini bir kılavuz olarak ele almalıdır. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 2012 yılında verdiği bir kararda⁸²¹ kamu düzeni kavramı çatısı altına anayasal temel hak ve özgürlüklerin de girdiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzenine aykırı olmama⁸²² şartı ve bu bağlamda mahkeme kararının gerekçesiz olması ele alınmış, kamu düzeni kavramına geniş yer ayrılmıştır. Ulusal hukuk düzeyinde kamu düzeni, Yargıtay İBGK tarafından tarafların, doğal olarak, emredici niteliği gereği uyması gereken, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan, aksini serbestçe kararlaştıramadıkları kurallar şeklinde tanımlanmıştır. Yabancı mahkeme kararlarının icrası halinde Türk kamu düzenine aykırı hukuki sonuçlar doğurup doğurmayacağı araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu araştırma sırasında Türk hukukundaki hakim adalet anlayışı, hukuk

⁸²⁰ Yuk. bkz. I, 4.3.2.2., s. 52-53.

⁸²¹ Y. İBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012, www.kazanci.com.tr. (Son Erişim Tarihi: 21.03.2019).

⁸²² Uluslararası özel hukuk alanında kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkisi hakkında bilgi için bkz. I, 2, s. 7.

politikası tercihleri ve Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınması gerektiği önemle belirtilmiştir. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren bir emredici kuralın bu alanda Türk kamu düzeni gereği müdahaleyi mümkün kılacağını belirten Yargıtay İBKG, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının kamu düzeni kavramı hakkında bilinen bir ilke olduğunu hatırlatarak, kanaatimizce, temel anayasal değerlerin ekonomik kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti açısından yararlı bir rehber olduğu konusunda⁸²³ aydınlatıcı tespitlerde bulunmuştur.

Ekonomik kamu düzeni kurallarının tespiti noktasında herkesin üzerinde uzlaştığı ve tartışmasız olan, anayasal düzenlemelerde yer alan hukuki değer ve ilkelerin payı yadsınamaz⁸²⁴. Diğer bir ifadeyle, kamu düzeni kurallarının somutlaştırılması, Anayasal ve hukuk üstü değerlerin incelenmesi ile mümkün olacaktır. Sözleşme ilişkisine hâkimin kamu düzeni adına müdahalesi, sözleşme tarafların sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, örneğin, güçsüz tarafın ekonomik hak ve özgürlükleri karşısında güçlü tarafın sözleşme özgürlüğüne ilişkin menfaati, arasında bir denge kurulması faaliyeti olarak belirtilmelidir. Ancak toplumun ekonomik ve hukuki anlamda gelişimi, dönüşümü çerçevesinde sözleşme özgürlüğü ve ticari faaliyette bulunma özgürlüğünün sözleşmenin karşı tarafını zor durumda bırakacak, suiistimal edecek ölçüde kullanılması sonucu yeni hukuki önlemler alınması gerekliliği ortaya çıkabilmektedir⁸²⁵. Özel hukuk alanında oldukça sınırlı ve istisnai nitelikte olan bu önlemlerin ekonomik kamu düzeni kavramı çatısı altında ve hukuk güvenliği açısından temel anayasal değerler ışığında alınması en isabetli yol olacaktır.

Sözleşme ilişkisinde başta ekonomik hak ve özgürlükler olmak üzere, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde kamu düzeni kavramının ekonomik, sosyal hak ve özgürlüklerin güvencesi olma, bu anlamda koruyucu özelliğinin somut olayda çözüm aranırken ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda dolaylı yatay etki prensibinin⁸²⁶ özel hukukta yer alan çerçeve hükümler aracılığıyla temel anayasal değerlerin uygulanmasına

⁸²³ Benzer şekilde uluslararası özel hukukta ırk, din, sosyal konum gibi kriterlerle evlenme hakkının sınırlanması durumunda kamu düzeni gereği hakimın müdahalede bulunması açısından eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı gibi temel anayasal değerlerin dikkate alınması gerektiğine ilişkin bkz. Francescakis, s. 34.

⁸²⁴ Farjat, s. 103-104.

⁸²⁵ Farjat, s. 107-108.

⁸²⁶ Kavrama ilişkin bilgi için bkz. yuk. I, 4.3.2.3., s. 56.

dönük eğilimi hayati bir rol oynamaktadır⁸²⁷. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin kamu düzenine aykırılık sınırı çatısı altında içinin doldurulması gereken çerçeve bir kavramın somutlaştırılmasında temel anayasal değerlerin kullanılması gerektiği savı kanaatimizce isabetlidir. Borçlar hukuku kapsamında hakkaniyet kuralı ile takdir yetkisinin kullanılmasına ve yorum faaliyetine ihtiyaç duyan hukuk kuralları, özellikle bu konuda başlıca örneklerden biri olarak TBK md. 27 hükmü, aracılığıyla soyut nitelikteki anayasal değerlerin uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir⁸²⁸.

1.3.2. Hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın sağlanması amacı

Özel hukuk kapsamında uyumsuzluğa konu olan belirli hukuk kurallarının kamu düzenine ilişkin olup olmadığının tespiti yoluyla kamu düzeni kavramını inceleyen Yargıtay kararlarında altı çizilen bir diğer unsur ise, hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın sağlanması amacıdır. Borçlar hukuku alanında hangi temel ilkeler ve değerlerle bu kavramın aydınlatılmasının mümkün olabileceğini ortaya koyabilmek adına söz konusu unsur, büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın sağlanması sonucuna ulaşma hedefi, esasen ekonomik anlamda ve sözleşme hukuku çerçevesinde kamu düzeni kavramının güvence boyutunu oluşturmaktadır. Kamu düzeninin güvence boyutunun kapsamında neler olduğu sorusuna cevap bulabilmek adına birtakım kavramlar çerçevesinde hareket etmek yararlı olacaktır. Hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın gerçekleştirilmesi ile bağlantılı olarak hâkim, hukuk güvenliğini tehdit etmeyecek ve sözleşmede kamu düzeninden doğan ilkeler ve kurallar gereği korunması gereken tarafın etkin şekilde ekonomik hak ve özgürlüklerinin ihlalini engelleyecek şekilde kamu düzeni kavramını ele almalıdır. Bu noktada hâkimin kamu düzeni kavramına ilişkin karar verirken hukuk düzenini koruması ve toplumsal yararı gözetmesi bakımından birtakım değer ve ilkelerin incelenmesi konunun somutlaşması için gereklidir.

⁸²⁷ Belçika hukukunda çerçeve hükümler aracılığıyla sözleşme hukukunda anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin değerlerin kişiler arasındaki hukuki işlemlerde uygulanabileceğine ilişkin bkz. Lenaerts, s. 86-87.

⁸²⁸ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 142.

1.3.2.1. *Hukuk düzenini koruma ve toplumsal yararı sağlama amacı ile hâkim tarafından dikkate alınması gereken kavramlar*

Kamu düzeni gereğince korunması amaçlanan tarafın söz konusu hak ve özgürlüklerin ön planda tutulması bakımından öncelikle hâkimin takdir yetkisi doğrultusunda kamu düzenine aykırılık sınırı sebebiyle sözleşmeye müdahale edebilmesi için somut olayda sözleşme adaletinin sağlanması amacı güdülmelidir. Bunun yanı sıra hâkimin söz konusu somutlaştırma faaliyetinde hakkaniyet ilkesi ve toplumsal ekonomik barışın korunması gibi diğer kavramlar da verilecek hükümde etkin rol oynamalıdır.

1.3.2.1.1. *Sözleşme adaleti*

Sözleşme adaleti kavramının kamu düzeni ile esasen ilintili olup olmadığı araştırmasına ve genel olarak bu kavramların ilişkisine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, klasik liberalizm etkisi altında Borçlar hukuku alanında irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünün ekonomik düzende kendiliğinden, doğal şekilde dengeyi sağladığı görüşü ile birlikte bu eski dönemde sözleşmesel bağlamda herkesin eşit, birbirinden bağımsız olduğu ve adaletin sağlanacağı, Fransız hukuku doktrininde *Fouillée*'nin meşhur özdeyişi “*qui dit contractuel, dit juste*” ile savunulmaktaydı⁸²⁹. Bireyci felsefe ve liberal ekonomi doktrini temelli bu görüş uyarınca özgürce akdedilmiş bir sözleşmede, kişinin kendi menfaatine aykırı davranamayacağı ön kabulüyle üstlenilen yükümlülükler her zaman adildir⁸³⁰. Anglo-Amerikan hukukunda kamu düzeni kavramının tartışıldığı on dokuzuncu yüzyılda örneğin, klasik liberalizm anlayışıyla verilmiş *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson* kararında⁸³¹ sözleşmedeki alıcı taraf olan şirket, satım konusu malın benzeri veya daha yeni bir modelinin satıcı tarafından üretilip, piyasada kendi aleyhine kullanılmasını önlemek için malın üretiminde kullanılan tüm ekipmanları ve

⁸²⁹ Éric SAVAUX (1997), *La Théorie Générale du Contrat, Mythe ou Réalité ?* Paris : LGDJ, s. 167, Yves STRICKLER (2000). ‘*La protection de la partie faible dans la vente en l’état futur d’achèvement*’, Le Rôle de la Volonté dans les Actes Juridiques Études à la Mémoire du Professeur Alfred Rieg, Brüksel : Bruylant, s. 915, Başak BAYSAL (2015). ‘*Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31)*’, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler- Tartışmalar), Ed. M. Murat İnceoğlu, İstanbul : On İki Levha Yayınları, s. 278, Nilgün BAŞALP (2011b). ‘*Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması : İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler*’, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul : Filiz Kitabevi, s. 224, Lokiec, s. 11, Terré/ Simier/ Lequette, s. 80, Choné- Grimaldi, s. 194, Cherednychenko (2007a), s. 8.

⁸³⁰ Carbonnier (2004), s. 2048, Ghestin (2013), s. 147, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 83.

⁸³¹ Sir G. Jessel M.R. (1875). *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson*, Equity, LR 19 Eq 462, Meinertzhagen- Limpens, s. 229.

gelecekteki patentleri pazarlık konusu ederek satım sözleşmesi kapsamına almak istemektedir. Malı üreten satıcının bu sözleşme koşullarının kamu düzenine aykırı olduğu iddiası, Hâkim Jessel tarafından reddedilmiştir. Kamu düzeni kurallarının haksız şekilde genişletilmemesi gerektiğini belirten Hâkim Jessel, fiil ehliyeti şartını sağlayan herkesin özgürce sözleşme yapma hakkının üstün tutarak, kamu düzenine aykırılık sebebiyle ekonomik anlamda zorda olan üreticilerin mallarını götürü veya yıllık bir bedel karşılığında sattığı sözleşmelerin geçersiz kılınmasının kamu düzeni kavramının kendisine aykırı bir durum yaratacağını belirtmiştir.

Borçlar hukuku alanında sözleşme adaleti kavramının sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin bağlayıcılığı ve nisbiliğinin yanında dördüncü bir ilke olarak anılması, tarafların kendi aralarında hüküm doğurması için oluşturdukları kurallar bütününe yönelik iradesini kanun koyucunununki imiş gibi kabul edilmemesi gerektiği, aksine kural yaratma konusunda hukuk düzenince devredilmiş ve kontrol altında tutulan bir yetkisi olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁸³². Kanun koyucunun ekonomik ve sosyal hayata dair her türlü detayı düzenleyemeyeceğinden hareketle kişilerin sözleşme çerçevesinde kendine uygulanacak kuralları belirleme özgürlüğünün var olduğu gerçeğinin yanı sıra hukuk politikası kapsamında bu özgürlüğün sınırlanması gerekmektedir. Malvarlığı değerlerinin ve hizmetlerin değişimi bireysel girişimler aracılığıyla azami seviyeye ulaşırken bu özgürlüğün kaynağı sözleşmedir⁸³³. Örneğin, CC md. 1108 hükmünde tam karşılıklı bir sözleşmeden bahsedilebilmesi için taraflardan her birinin kendi sağladığı yararın dengi görülebilecek değerde bir yararı elde etmesi gerekir. Bu ilke uyarınca taraflar arasında gerçek bir eşitlik, irade beyanlarının sakatlanmadan, açık ve özgür biçimde sunulması halinde söz konusudur⁸³⁴. Ancak ekonomik hayat içerisinde sözleşme, güçlü ile zayıf arasında bir boyunduruğun, işçi veya tüketici gibi belirli kesimleri sömürünün bir aracı haline gelebilmektedir. Ek olarak düzgün ve planlı bir ekonomi düzeninin sağlanmasında benmerkezci kişilerin yaptıkları tutarsız, anlaşılmayan ve kör dövüşü niteliğindeki sözleşmeler birer engel oluşturmaktadır⁸³⁵.

⁸³² Ghestin (2013), s. 135, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 97, Savaux, s. 98-99. Ek olarak, *Philippe le TOURNEAU*, 2002 yılında 'Le loi et contrat' başlıklı bir sempozyumda yaptığı konuşmada irade özerkliği ilkesinin yarattığı mite ilişkin çarpıcı bir benzetme yaparak, Descartes'in meşhur 'düşünüyorum, öyleyse varım' sözünü sözleşme hukuku alanında 'istiyorum, öyleyse haklarım var' şeklinde dönüştürmüştür. Buna ilişkin bkz. <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTPublications.html#cinqC> (Son Erişim Tarihi: 24.03.2019).

⁸³³ Ghestin (2013), s. 209.

⁸³⁴ Terré/ Simier/ Lequette, s. 80.

⁸³⁵ Carbonnier (2004), s. 1955.

Sözleşme hukukunun bu yöndeki dönüşümü, irade özerkliğinin mutlak olmadığı, genel menfaat ve kamu düzeni adına kanun koyucu ve hâkimin sınırlamalar getirmesi gerektiği düşüncesinin geliştirilmesine neden olmuştur⁸³⁶. Hukuk düzeninde sözleşme yoluyla sosyal ve ekonomik ilişkilerin sürdürülmesi ve bu ilişkilerde kişilerin her daim kendi ihtiyaçlarına ve menfaatlerine yönelik hareket etmeleri⁸³⁷ doğrultusunda toplumda adaletin ve toplumsal menfaatin sağlanması amaçları sözleşmelerin geçerliliği açısından dikkate alınmalıdır. Sözleşme ilişkisi içinde kişilerin zayıflıklarının karşı tarafça kullanılması ve bu şekilde edimler arası dengesizliğin ortaya çıkması sözleşme adaletinin sağlanamadığı yönündeki işaretlerdir. Dolayısıyla irade özerkliği ilkesi doğrultusunda sözleşme hükümleri çerçevesinde hakların sınırsızca kullanılması kabul edildiğinde buna 'maruz kalan' tarafın sahip olduğu ekonomik gücün tırpanlanması sonucu bir adaletsizlik gündeme gelebilecektir⁸³⁸. Taraflar arasında ekonomik açıdan bir eşitsizlikten bahsedildiği takdirde aynı zamanda sözleşme adaletinden uzaklaşıldığı, hukuk düzeninde yer alan eşitlik ve adalet anlayışı çerçevesinde en başta kanunun bunu düzeltmesi gerektiği belirtilmektedir⁸³⁹. Aynı zamanda ortaya çıkabilecek kimi adaletsizlikleri önleyebilme adına sözleşmenin bağlayıcılığı ilkesini esneten, örneğin sözleşmenin uyarlanması gibi, hukuk kurallarının düzenlenmesi de söz konusudur⁸⁴⁰. Bu bakımdan kişilerin özgür iradeleri ile oluşturulan sözleşmelerin içeriği, sözleşme adaletini ihlal etmeyecek nitelikte olmalıdır.

Borçlar hukukunda sözleşmeye ilişkin günümüzdeki genel eğilim, mutlak özerklik ve özgürlük anlayışı ve bunların korunmasından ziyade mutlak eşitsizliklerle ortaya çıkan hukuk düzenini ihlal edici durumların adaletin sağlanması amacıyla kontrol altında tutulması ve gerekli görüldüğü takdirde geçersiz kılınmasıdır. Bu duruma ilişkin örnek vermek gerekirse, AB hukuku kapsamında Borçlar hukukunun

⁸³⁶ Terré/ Simier/ Lequette, s. 81, Carbonnier (2004), s. 2035, Ghestin (2013), s. 174, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 90.

⁸³⁷ Hukukun ekonomik analizi kapsamında sözleşme taraflarının faydalarını maksimize etme beklentisiyle sözleşme ilişkine girdiklerinin kabul edildiğine ilişkin bkz. Kerem Cem SANLI (2015). *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 21.

⁸³⁸ Arthur T. von MEHREN (2008). 'A General View of Contract', International Encyclopedia of Comparative Law Contracts in General Part I, Vol. VII, Baş Ed. Arthur T. von Mehren, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 64, Başalp (2011b), s. 233. Ayrıca ahlak kuralları kapsamında konunun ele alınmasına ilişkin bkz. Ripert (1949), s. 6.

⁸³⁹ Ripert (1949), s. 38-39. Bununla bağlantılı olarak bir hukuk kuralının toplumun genel menfaatini korumaya yönelik ortaya çıktığına ve düzenlendiğine ilişkin bkz. Jean-Luc AUBERT/ Éric SAVAUX (2014). *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15. Baskı, Paris: Dalloz Sirey, s. 30.

⁸⁴⁰ Flour/ Aubert/ Savaux, s. 91-92.

yeknesaklaştırılması çalışmalarında sosyal adaletin öne çıkarıldığı tespitlerden bahsedilebilir. Avrupa özel hukukuna ilişkin ilkeleri, tanımları ve model kuralları düzenlemek üzere oluşturulan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR), ortak marketin tabi olacağı yeknesak kuralların belirlenmesinde sosyal adaletin korunması ve bu amaç doğrultusunda ilke ve kuralların oluşturulması gerektiğini vurgulayan bir belgedir⁸⁴¹. Sosyal adaletin korunması amacının özellikle zayıf tarafın sözleşme ilişkisinde güçlendirilmesi yoluyla somutlaştırılması gündeme gelmiştir. Bu bağlamda ekonomik refahın topluma yayılması hedefini gerçekleştirmek üzere özgürlük, güvenlik, adalet ve etkinlik gibi ilkelerin sözleşme hukukunda esas sayılması gerektiği belirtilmiştir. AB özel hukuku araştırma grubu ve Avrupa Medeni Kanunu çalışma grubuna göre, geleneksel anlamda temel ilkelerden biri olan sözleşmeyle bağlılık ilkesi, geniş anlamda adalet kavramı ile ilişkili olup, DCFR'daki birçok kuralın hukuki temeli adalet kavramına dayanmaktadır⁸⁴². Ayrımcılık yapmama ve karşılıklılık ilkesinin yanı sıra başta tüketicilerin korunması olmak üzere zayıf kişilerin, grupların korunması da DCFR kapsamında adalet kavramının temel ilkelerinden biri sayılmaktadır⁸⁴³.

Sözleşmenin sosyal amacı olarak tanımlanan sözleşme adaleti, sözleşme özgürlüğü ile dengesinin korunması gereken, Borçlar hukuku kapsamında yönlendirici bir ilkedir⁸⁴⁴. Mal ve hizmetlerin adil şekilde dolaşımı ve el değiştirmesini sağlayabilme sözleşmenin sosyal işlevi olarak görülmüştür⁸⁴⁵. Sözleşmelerin genel menfaati tehdit etmeyecek ve taraflar arasında var olduğu kabul edilen eşitliği biri aleyhine bozmayacak

⁸⁴¹ Study Group on European Civil Code/ Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Civil Law*, Ed.: Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte- Nölke, Münih: Sellier European Law Publishers, s. 10, Martijn W. HESSELINK (2009). *The CFR and Social Justice*, The Politics of the Draft of Common Frame of Reference, Ed. Alessandro Somma, The Hague: Kluwer Law International, s. 98, Study Group on Social Justice in European Private Law (2006). *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, The Politics of a European Civil Code, Ed. Martijn W. Hesselink, The Hague: Kluwer Law International, s. 176.

⁸⁴² Study Group on European Civil Code/ Research Group on EC Private Law (Acquis Group), s. 13-14, Ghestin (2013), s. 275.

⁸⁴³ Ghestin (2013), s. 273-274.

⁸⁴⁴ Thomas M. J. MÖLLERS (2018). "Working with Legal Principles- demonstrated using Private Autonomy and Freedom of Contract as Examples", ERCL, Vol. 14, S. 2, s. 121, Ghestin (2013), s. 141, Savaux, s. 99. Buna karşılık sözleşme adaletinin bozulmasını taraflar arasındaki sosyal dengesizliklerin bir belirtisi olmaktan ziyade daha bireysel bir bakış açısıyla bir tarafın diğerine karşı suiistimale yönelik, kötü niyetli davranışının bir sonucu olduğu, bir mağduriyet örneği teşkil ettiğine ilişkin bkz. Marisa MELI (2006). "Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party", ERCL, Vol. 2, S. 2, s. 166.

⁸⁴⁵ Emmanuel GOUNOT (1912). *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris : Rousseau, s. 339 vd, Ghestin (2013), s. 136, Tercier (2004), s. 219, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 95. Bununla bağlantılı olarak yalnızca sözleşme özgürlüğünün varlığı ile mal ve hizmetlerin etkin şekilde el değiştirilmesi amacının sağlanamadığı hukukun ekonomik analizi yönteminde de benimsendiğine ilişkin bkz. Sanlı, s. 23.

nitelikte olması şartlarının geçerlilik açısından aranması fikri, kamu düzeni kavramının içeriğini de günümüzde farklı bir boyuta taşımıştır⁸⁴⁶. Ne var ki, sözleşme adaletinin sağlanması sözleşme hukukunda bir ilke olarak kabul edilse de hukuk güvenliği ve sözleşme özgürlüğünün korunması ile karşı karşıya gelmesi kaçınılmazdır. Ancak kamu düzeni adına sözleşme adaleti kavramını uyuşmazlığın çözümünde esas almanın sözleşmeye taraf kişileri özgürlük ve güvenlik açısından tehlikeli bir duruma soktuğu, tarafların kendi menfaati doğrultusunda işlem yapma özgürlüğünü aşırı sınırlayacağı eleştirisi getirilmektedir. Bu doğrultuda hâkimin sözleşme taraflarının menfaatlerini hiçe sayacak şekilde sözleşme kurulduktan sonra, geriye dönük şekilde bu kavramlar çerçevesinde müdahale etme yetkisinin verilmesi hukuk güvenliği açısından sorunlu bulunmaktadır⁸⁴⁷.

Gelinen aşamada kamu düzeni adına sözleşme özgürlüğünün sınırlanması ve hukuki güvenliğin sarsılmaması konusunda sözleşme adaleti kavramının kullanımına ilişkin hukuki bir uzlaşma bulma gayreti gösterilmelidir. Aradaki dengenin korunması açısından öncelikle belirtmek gerekir ki, sözleşme adaleti adına alınan hukuki önlemler, her zaman istisnai niteliktedir. Aynı zamanda kamu düzeni kuralları, çoğunlukla sözleşme içeriğine müdahale anlamında pozitif niteliktedir⁸⁴⁸. Kişilerin hukuk düzeni içerisinde oluşturdukları irade beyanlarının ve bunlara uygun şekilde gerçekleştirilen sözleşmelerin kanunun özüne aykırı olmaması gerekir. Bu anlamda kanun koyucu kişileri kendi aralarında kuracakları hukuki ilişkilerde kural koyma bakımından yetkilendirmiş olup, sözleşme adaleti kavramı çerçevesinde yapılacak kontrolün son derece sınırlı tutulması ve genel menfaat kadar özel menfaatlerin de göz önünde tutulması gerekmektedir⁸⁴⁹. Atlanılmaması gereken bir diğer husus ise, özgür irade beyanlarıyla gerçekleştirilen sözleşmenin geçerliliği hakkında kamu düzeni kurallarının temelini oluşturan sözleşme adaletinin sağlanması şartının da aranması gerekliliğinin günümüzde artık kabul edilmesidir. Girdiği sözleşme ilişkisinde hukuken korunması gereken tarafa kendi menfaatini savunacağı düzenlemeleri yaratma ve bu düzenlemeler ışığında hâkimin sözleşmeye müdahale edebilmesi düşüncesi, toplumsal ihtiyaçların gerçekleştirilmesine yöneliktir. Tarafların hak ve yükümlülükleri arasındaki dengenin, sözleşme adaletinin

⁸⁴⁶ Ghestin (2013), s. 369, Flour/ Aubert/ Savaux, s. 95.

⁸⁴⁷ Flour/ Aubert/ Savaux, s. 96. Buna ek olarak, Alman hukuku doktrininde BGB hükümleri kapsamında sözleşme içeriğine dair herhangi bir genel kontrol mekanizması düzenlenmediği, bu nedenle de sözleşme adaleti argümanının kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Möllers, s. 121.

⁸⁴⁸ Carbonnier (2004), s. 2049.

⁸⁴⁹ Flour/ Aubert/ Savaux, s. 97.

bozulduğu sözleşmelerin genel menfaate ve tarafların hukuken korunan menfaatlerine aykırılık taşıdığı kabul edilmektedir⁸⁵⁰.

Kamu düzeni kuralları çerçevesinde sözleşme adaletinin uyuşmazlık konusu olan sözleşmenin geçerliliğe ilişkin bir ölçüt olarak değerlendirilmesi bakımından sözleşme özgürlüğünün ve genel menfaatin korunmasının belirli bir noktada uzlaştırılması, hâkimin kararında incelediğimiz kavrama yapacağı atfını belirsiz ve tartışmalı olmaktan çıkarma yönünde faydalı olacaktır. İlk olarak, sözleşme hükümlerinin normlar hiyerarşisindeki yeri geçerlilik açısından gözetilmeli, bu değerlendirmeye birlikte hukuk düzeninde sözleşme, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi bakımından emredici kurallara aykırı olmamalıdır. Emredici kurallar arasında yazılı veya yazılı olmayan kamu düzeni kuralları da bulunmaktadır. Geçerlilik şartları arasında TBK md. 27 hükmünde kamu düzenine aykırı olmama düzenlendiğine göre, daha önce de değindiğimiz üzere⁸⁵¹, genel menfaati oluşturan toplumdaki değerler hiyerarşisini dikkate alarak sözleşme özgürlüğünün genel menfaati ihlal eden durumlarda sınırlanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır⁸⁵². İkinci olarak, sözleşmenin sosyal ve ekonomik açıdan bağlı olduğu, genel menfaati koruyan hukuk kurallarını ihlal edip etmemesinin tespitinde toplumsal yararı gözeterek söz konusu işlemin artıları- eksileri, yararları- zararları, kısacası ekonomik anlamda toplumun menfaatini sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir. Hukuk düzenine bu ekonomik düşünce yapısının genel menfaat kavramı çatısı altında girmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁵³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda pozitif düzenlemede yer alan kamu düzenine aykırılık sınırı, bu noktada genel menfaat adına⁸⁵⁴ kişilerin sözleşme özgürlüğünü istisnai hallerde daraltma imkânını hâkime sağlamaktadır. Temel anayasal değerler ışığında sözleşme adaletinin genel menfaati ihlal edecek düzeyde bozulup bozulmadığı kararını verirken hâkimin, TBK md. 27/ f.1 hükmü gereği, yazılı veya yazılı olmayan kamu düzeni kurallarına aykırı bulunan bir sözleşmeyi, son çare (*ultima ratio*) olarak, kısmen veya tamamen geçersiz kılabileceği kanaatimizce kabul edilmelidir.

⁸⁵⁰ Söz konusu kabulün Fransız Medeni Kanunu çerçevesinde Borçlar hukukuna ilişkin reform taslağı çalışmaları sırasında benimsendiğine ilişkin bkz. Flour/ Aubert/ Savaux, s. 98, dn. 3. Bu bağlamda tarafları arasında eşitsizlik olması dolayısıyla bazı sözleşme türlerine ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğuna ilişkin bkz. Carbonnier (2004), s. 2047.

⁸⁵¹ Yuk. bkz. I, 4.2.3.1.1., s. 35 vd.

⁸⁵² Ghestin (2013), s. 372.

⁸⁵³ Ghestin (2013), s. 376.

⁸⁵⁴ Flour/ Aubert/ Savaux, s. 89, N. 109.

Kamu düzeninin hâkim tarafından somutlaştırılması faaliyeti sırasında TBK md. 27/ f.1’de yer alan söz konusu kavramın soyut, yere ve zamana göre değişebilen, karmaşık yapısına karşın içeriğinin hukuk ve işlem güvenliği içerisinde belirlenebilmesi adına çeşitli Yargıtay kararlarına konu olan somut olaylardaki bulguların ve tespitlerin kamu düzenine aykırılık noktasında hangi açılardan incelenmesi gerektiğini araştırmak önem arz etmektedir. Bu bakımdan Yargıtay, kamu düzeni kuralının hâkim tarafından belirlenmesine ilişkin unsurlardan sözleşme adaleti kavramına kararlarında benzer kavramlar ve ifadelerle sıklıkla değinmektedir. Kişilerin kendi aralarında bağlayıcı kurallar bütünü düzenlediği sözleşmelerde sosyal amacın gerçekleştirilmesi fikri doğrultusunda ele alınan sözleşme adaleti ile ilgili Yargıtay içtihadında sosyal adalet kavramı kullanılmaktadır.

Kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti çerçevesinde incelenmesi gereken Yargıtay’ın sosyal adalet kavramına ilişkin yerleşik içtihadına göre⁸⁵⁵, genel işlem şartlarının denetimi hakkında hem 818 sayılı BK hem de 6098 sayılı TBK döneminde sözleşmenin geçerliliği için belirli kavramlara değinilmesi gerekmektedir. Ekonomik açıdan güçlü olan tarafın tek taraflı olarak hazırladığı sözleşme hükümlerine karşın sosyal devlet, eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri gereği geçersizlik yaptırımının devreye gireceği belirtilmiştir. Sözleşmede taraflar arasındaki dengenin genel işlem şartını düzenleyen taraf lehine bozulmasının önlenmesi bakımından sosyal adalet ve kamu düzeni gibi kavramların hukuki temellendirmede kullanıldığına değinilmiştir. Genel işlem şartlarının denetimi bağlamında sosyal adalet kavramını içtihatlarında sıklıkla kullanan Yargıtay⁸⁵⁶, ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması amacının hukuki dayanağını sözleşmenin toplumsal açıdan da adil olmasını sağlama hedefi üzerinden kurmuştur. Kamu düzeninin içeriğinin belirlenmesinde ele alınacak unsurlardan biri olan sözleşme adaleti kavramı ise, sözleşmenin sosyal amacı olarak tanımlanmaktadır. Genel menfaate tehlike arz etmeme, sözleşme özgürlüğü ışığında taraflar arasındaki eşitliğin biri aleyhine bozulmaması şartlarının sözleşmeler için geçerlilik şartı olarak aranması, kamu düzenine aykırılık kapsamındaki sözleşme adaleti unsurunu ilgilendirmektedir. Tarafların hak ve yükümlülükleri arasındaki dengenin bozulması halinde hukuken korunması gereken tarafın, özellikle ekonomik hak ve özgürlükler bakımından, özel menfaatini

⁸⁵⁵ Y. HGK, E. 2017/623, K. 2019/488, T. 18.04.2019, Y. HGK, E. 1996/ 3-717, K. 1996/850, T. 04.12.1996, Y. 11. HD, E. 2015/10033, K. 2015/12011, T. 16.11.2015, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 16.09.2015).

⁸⁵⁶ Sosyal adalet kavramına değinilen bir başka Yargıtay kararı için aşağıda bkz. III, 2.2.2., s. 240-241.

gerçekleştirebileceği hukuk kuralları ile bunlar ışığında sözleşmeye hâkimin müdahale edebilme imkânı, ulusal ekonomik düzen içindeki toplumsal ihtiyaçların karşılanması amacını taşımaktadır.

Sosyal adalet kavramıyla ilgili Yargıtay içtihadından TBK md. 27/ f. 1 anlamında kamu düzeni açısından incelenebilecek bir örnek, 2012 yılında Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği, internet bankacılığı ile ilgili güvenlik önlemleri alma yükümlülüğü bakımından bankaların sözleşmeden doğan sorumluluğunu kısıtlayan sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliğini ele alan karardır⁸⁵⁷. Karara konu olan somut olayda davacı müşteri/ mevduat sahibi, bilgisi dışında internet bankacılığı şifresi kullanılarak hesabından izinsiz para transferi yapılması sebebiyle uğradığı zararın tazmin edilmesi talebiyle dava açmıştır. Mevduat sözleşmesi doğrultusunda mevcut hesapta bulunan meblağın güvenliğini sağlamaya yönelik etkili önlemler alamayan davalı bankanın sorumlu olduğunu kabul eden 11. Hukuk Dairesi, kararında⁸⁵⁸ davacının kusurlu olduğuna hükmeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay'ın bozma kararına direnen ilk derece mahkemesinin kararından sonra uyuşmazlık konusu olay, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Bu noktada mevduat sözleşmesi çerçevesinde internet bankacılığı hizmeti sunan bankaların ilerleyen teknolojiyle birlikte internet bankacılığının geliştirme ve bu tür bankacılık işlemlerine ilişkin her türlü güvenlik önlemi alma yükümlülüğü altında olduğu açıktır. Yargıtay'ın somut olayla ilgili çalışmamız açısından önemli bir tespiti, bankacılık uygulamalarında sözleşme özgürlüğünden tam anlamıyla ya da etkili şekilde müşteri/ mevduat sahibinin yararlanamamasıdır. Bu doğrultuda somut olayda bankaların sorumluluğuna ilişkin özel kuralların ve yorumların getirilmesi gerekmektedir. Nitekim söz konusu kararda sözleşmede güçlü taraf konumundaki banka lehine getirilen sorumsuzluk kaydının kesin hükümsüz kılınması, zayıf tarafı koruma ilkesi ile birlikte sosyal adalet kavramıyla da gerekçelendirilmiştir. Kamu düzeni kavramının içeriğinin doldurulması bakımından önem arz eden sözleşme adaleti kavramının izdüşümü olarak ele alabileceğimiz sosyal adalet kavramının yanı sıra somut olayda sorumsuzluk kaydının geçersizliğine dair bankanın 6102 sayılı TTK md. 18 hükmü gereği basiretli bir tacirden beklenen derecede özen yükümlülüğü altında olması gerektiğine değinilmiştir. Ek olarak, TBK md. 386 uyarınca tüketim ödöncü

⁸⁵⁷ Y. HGK, E. 2012/11-550, K. 2012/820, T. 21.11.2012, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 16.09.2015).

⁸⁵⁸ Y. 11. HD, E. 2009/6421, K. 2011/5339, T. 03.05.2011, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 26.09.2019).

sözleşmesinde ödünç alanın asli borcu olarak verilen parayı iade etmekle yükümlü olduğu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁸⁵⁹ md. 61 gereği mevduat sahiplerine ödenmesi gereken tutara ilişkin geri alma hakkının sınırlandırılmayacağı gibi birtakım yasal düzenlemelere de dayanılmıştır.

İnternet bankacılığında bir güvenlik açığı sonucu müşterinin bilgisi ve izni dışında hesabından yapılan para transferi sonucu uğranılan zarardan bankanın sorumluluğunu kısıtlayan sözleşme hükmünün kamu düzenine aykırılık ile ilişkisinin irdelenmesi gereklidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay içtihadında olduğu gibi birden fazla hüküm ve kavrama atıf yapılarak uyuşmazlık konusu sözleşmenin geçersizliğini gerekçelendirmek yerine TBK md. 27/ f. 1 uyarınca sorumsuzluk kaydının kamu düzenine aykırılığını incelemek doğrudan bir hukuki çözüm yaratma anlamında daha yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Ulusal ekonomik düzende kişilerin bankalardaki mevduatlarına ilişkin internet bankacılığı üzerinden bankacılık işlemlerini gerçekleştirmesi hem teknolojik gelişmelerle uyumlu hem de bankalar tarafından çeşitli yollarla desteklenen bir durumdur. Dolayısıyla bankaların bu tür bankacılık işlemlerine ilişkin ortaya çıkacak zararlardan sorumluluğunu kısıtlayan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli sayılması, makro ekonomik yapıyı etkileyecek düzeyde bir eşitsizlik halinin hukuk düzeni içinde kabul edilmesi anlamına gelecektir. Ele alınan kararda değinildiği üzere, güçlü taraf olan bankanın somut olaydaki gibi bir sorumsuzluk kaydını düzenlemesi, zayıf taraf olan müşterinin/ mevduat sahibinin sözleşme özgürlüğünden tam anlamıyla yararlanamaması ve kendi menfaatine aykırı bir durumu kabul etmesi, bu şekilde sözleşme adaletinin bozulması sonucuna yol açacaktır. Bu açıdan sözleşme adaletinin bozulmasının yanı sıra makro ekonomik yapıyı etkileyecek düzeyde bir eşitsizliğin yaratılması ile toplumsal ekonomik barışın tehlikeye düşürülmesi de söz konusudur. İnternet bankacılığı işlemlerinde bankaların sorumluluğunun kısıtlanması kabul edildiğinde, doğal olarak günlük hayatta sıklıkla kullanılan bu tür bankacılığa ilişkin mevduat sahiplerinin güvensizliğinin artması toplumsal, genel menfaat aleyhine olacaktır. Böylelikle ekonomik hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğuran bir sözleşme hükmünün geçerli kılınması ile toplum genelinde huzuru ve ekonomik barışı ortadan kaldıran bir durum yaratılacağı kanısındayız. Bankaların tek tarafı olarak düzenleyeceği sorumsuzluk anlaşmalarının hukuk düzenince kabul edilmesi, ekonomik

⁸⁵⁹ Kanun N. 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG S. 25983, T. 01.11.2005.

açından güçsüz tarafın sözleşmeyi imzalaması ile taraflar arasında yaygın ve sık görülen bir dengesizlik hali yaratacağı şüphesizdir. İnceleme konusu kararda ele alınan sorumsuzluk sözleşmesinin TBK md. 27/ f. 1 gereği kamu düzenine aykırı kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce, ulusal ekonomik düzen içinde büyük ölçüde etki yaratabilecek, genel menfaati ihlal edici bir durumun yaratılması, kamu düzenine aykırılık gibi istisnai bir hukuki çözüm getirilmesini meşru ve haklı kılmaktadır.

1.3.2.1.2. Hakkaniyet ve toplumsal ekonomik barış

Hakkaniyet ilkesi, MK md. 4 gereği hâkimin kararını verirken dikkate alması gereken önemli bir kavramdır. Kamu düzenine aykırılığa ilişkin kararlarda kamu düzeni gibi çerçeve bir kavramın somutlaştırılmasında, diğer bir ifadeyle somut olaya uyarlanmasında hakkaniyet dâhilinde hareket etmek, hâkimin asli görevi olmalıdır. Kanunda yer alan çerçeve kavramların içinin doldurulmasında hâkimin bir takdir yetkisi olduğunu kabul etmekle beraber her bir somut olayda dikkate alınması gereken değerlerin yeniden incelenmesi, hakkaniyet ilkesi gereğidir⁸⁶⁰. Hakkaniyet ilkesi uyarınca hâkimin taraf menfaatlerini tanımlama ve ilgili temel ilkeler ve değerler ışığında menfaatleri tartma faaliyetinde bulunacağı belirtilmektedir. Ancak bu faaliyetin hukuk güvenliği ve eşitlik ilkelerine uygun şekilde yerine getirilmesi esastır⁸⁶¹.

Esasen esneklik içeren hukuk kurallarında hâkimin hakkaniyete dayalı takdir yetkisini kullanması söz konusu olmaktadır. Bu açıdan hâkimin takdir yetkisinin devreye girdiği bir hükmü veya hükümde yer alan çerçeve kavramların somut olaya uygulanmasında⁸⁶² hukuk kurallarının katılığı hakkaniyet ilkesi adına yumuşatılmaktadır⁸⁶³. Bu tip kuralları uygularken hâkim, somut olayın özelliğini esas alarak olaydaki koşulların değerlendirilmesini mevcut menfaatler açısından yapmalıdır. Dikkate alınacak menfaatlerin, olaya özgü etkenlerin her bir somut olayda birbirleriyle

⁸⁶⁰ Yalçın KAVAK (2019). *Medeni Hukukun Hakim Tarafından Uygulanması*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 251, Kadir GÜRTEN (2008). *Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas)*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 31, Deschenaux, s. 126.

⁸⁶¹ Deschenaux, s. 127, Cornu, s. 99.

⁸⁶² Konumuzla bağlantısı gereği çerçeve kavramların içeriğinin doldurulması faaliyetine ilişkin her defasında sadece hakkaniyet ilkesine dayanılmasının yetersiz olacağı, içtihadı ve yorum ilkelerinden de gerekli ölçüde yardım alınması gerektiğine ilişkin bkz. Deschenaux, s. 130.

⁸⁶³ Cornu, s. 98, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 44.

benzerliklerini ve farklılıklarını ortaya koyarak belirli bir hukuki çözüm yoluna hakkaniyet çerçevesinde ulaşmak mümkün olacaktır. Örneğin, TBK md. 182/ f. 3 uyarınca sözleşmede tarafların özgür iradeleriyle belirlediği bir cezai şartın aşırı olup olmadığını hâkimin ‘kendiliğinden’ değerlendirmesi hususunda alacaklının menfaati, sözleşmenin ihlali, borçlunun hatası ve sözleşme taraflarının ekonomik güçleri gibi birçok etkenin hakkaniyet ilkesi gereğince karar verirken incelenmesi gerekmektedir⁸⁶⁴. Menfaatleri adil ve eşit bir şekilde inceleyen ve tartan hâkim, bu noktada hukukun temel ilkelerinden yararlanmalıdır. Bu temel ilkeler ışığında benzer olaylara benzer hukuki çözümler getirme, bunun yanı sıra yalnızca farklı özellikler taşıyan somut olaylar karşısında temel ilke ve değerlere dair farklı bir yaklaşım geliştirme⁸⁶⁵, kamu düzenine ilişkin hâkimin takdir yetkisi kapsamında hukuk düzeninin korunması amacı unsurunda hakkaniyet ilkesinin temel özelliklerindedir.

Hâkimin hakkaniyete dayalı takdir yetkisinin kullanılmasına örnek teşkil eden somut olay örnekleri, Yargıtay içtihadında mevcuttur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1997 yılında verdiği bir kararda⁸⁶⁶ askerden dönen işçiyi işe almayan işverenin toplu iş sözleşmesi gereği işe alma borcuna aykırılık nedeniyle ödemesi gereken cezai şartın eBK md. 161/ f. son uyarınca indirilmesi talebinin yerinde olup olmadığı incelenmiştir. Yargıtay, isabetli bir şekilde uyuşmazlığa konu sözleşmenin türü ile tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate alarak geniş bir çerçevede somut olaydaki unsurları değerlendirmiştir. Öncelikle, kanaatimizce işçi ile işveren arasındaki sözleşmenin bir hizmet sözleşmesi olup, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sosyal kamu düzeni kavramı ile ilgili ve işçiyi koruyucu hukuki önlemlerin kamu düzeni kuralı niteliğine sahip olduğu aşikardır. Hukuk Genel Kurulu, somut olayda işverenin tacir sıfatı nedeniyle sözleşmenin ticari iş kapsamında değerlendirilerek eTTK md. 24 (6102 sayılı TTK md. 22) hükmü gereği tacir borçlunun cezai şartın indirimi talebinin dinlenilmeyeceği gerekçesini yerinde görmeyerek, işçi-işveren arasındaki hizmet sözleşmesi ilişkisine hakim olan kamu düzeni kavramına karar gerekçesinde isabetli şekilde yer vermiştir. Dolayısıyla “...tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi

⁸⁶⁴ Deschenaux, s. 133.

⁸⁶⁵ Deschenaux, s. 132.

⁸⁶⁶ Y. HGK, E. 1997/9-486, K. 1997/822, T. 15.10.1997, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi : 15.12.2019).

ve borca aykırı davranışın ağırlığı...” gibi birtakım kriterlerin⁸⁶⁷ cezai şartın aşırı olup olmadığı konusunda hakimin değerlendirilmesinde hakkaniyet ilkesi çerçevesinde ele alması özellikle hizmet sözleşmeleri için önemlidir. Taraflar arasındaki menfaat dengesi ve genel menfaatin ihlalinin önlenmesi gözetilerek ve hakkaniyet ilkesine bağlı kalarak kamu düzeninden doğan koruyucu hukuk kurallarına ilişkin hakimlerin takdir yetkilerini kullanması gereklidir. Somut olayda Yargıtay’ın cezai şartın belirlenmesi hakkında ortaya koyduğu birtakım kriterler, kamu düzeni kurallarının uygulanmasında hakime tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını araştırma ödevi getirildiği düşüncesini destekler niteliktedir. Sözleşmenin arka planında tarafların içinde bulunduğu durum, kamu düzeni kurallarının uygulanması bakımından hakim tarafından gözetilmesi gereken, hukuki çözüme doğrudan etkili nitelikte bilgileri hakime sağlayabilecek nitelikte bir kriterdir. Kanaatimizce, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kamu düzeni çerçevesinde tarafların içinde buldukları ekonomik ve sosyal durumların araştırılması ve değerlendirilmesi gerektiğini bahse konu kararında haklı bir şekilde belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2002 yılında verdiği bir başka kararda ise⁸⁶⁸, işçi-işveren arasındaki hizmet sözleşmesinde benzer olarak eBK md. 161/ f. son gereği cezai şartın indirilip indirilmeyeceği yönündeki hakimin takdir yetkisinin kamu düzeninden doğduğu belirtilmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki, hakimin cezai şartın indirilmesine yönelik TBK md. 182/ f. 3 uyarınca tanınan takdir yetkisinin kamu düzeninden doğması, borçlu ve ekonomik açıdan zayıf tarafın sözleşmede karşı tarafça suiistimal edilmesinin önlenmesi ve sözleşme dengesinin, sözleşme adaletinin sağlanması gereğidir⁸⁶⁹. Diğer yandan değindiğimiz 1997 yılında verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında işveren aleyhine sözleşmede düzenlenen cezai şart (sözleşmedeki adıyla işe almama tazminatı) bedelinin “*hak, adalet ve nefaset kurallarına*” uygun görülmesi, kimi zaman zayıf taraf lehine konulmuş bu tür sözleşme hükümlerinin olduğu gibi bırakılması, bedelde indirim yapılmaması sonucu zayıf tarafın korunması amacının gerçekleştirilebileceğine güzel bir örnek teşkil etmektedir.

⁸⁶⁷ Türk hukuku içtihadında söz konusu kriterlerin ortaya konduğu eski tarihli bir Yargıtay kararı için bkz. Y. HGK, E. 1961/4-2, K. 1961/10, T. 08.03.1961, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi : 17.12.2019).

⁸⁶⁸ Y. HGK, E. 2002/9-596, K. 2002/662, T. 02.10.2002, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi : 15.12.2019).

⁸⁶⁹ Kamu düzeni kavramından bahsedilmese de cezai şartın indirilmesine ilişkin hakimin takdir yetkisine dair kamu düzeni kavramını akla getirecek açıklamalara Türk hukuku doktrininde rastlamak mümkündür. Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Burcu YAĞCIOĞLU (2019). *Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 220-221, Köksal KOCAAĞA (2018). *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, 2. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 322-323.

Kamu düzenine ilişkin bir yargıya varılırken göz önünde olması gereken bir diğer unsur olan toplumsal ekonomik barışın sağlanması amacı ise, hâkimin takdir yetkisi kapsamında gözetmesi gereken hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın sağlanması amacı içinde yer alan hukuki değerler arasında kamu hukuku ile en bağlantılı olandır. Toplumsal ekonomik barış kavramı, Borçlar hukukundan ziyade bir kamu hukuku dalı olan İdare hukuku veya kamu hukuku ile bağlantılı özel bir hukuk dalı olan İş hukuku ile ilişkilidir. Ancak özel-kamu hukuku ayırımına odaklanmaksızın belirtmek gerekir ki, toplumsal ekonomik barış kavramı hukuk düzeninin yazılı olmayan ilke ve değerlerindedir. İdare ve İş hukuku kapsamındaki kamu düzeni kavramına atfedilen temel değerler olan toplumsal güvenlik, dirlik, düzen gibi unsurların Borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak yer alan kamu düzenine yansımaları, toplumsal ekonomik barışın korunması amacı olmalıdır⁸⁷⁰. Bu noktada kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti içinde söz konusu kavramın toplumun temel değerlerinin ihlaline karşı koruyucu niteliği, tarafların özgür iradesiyle kurdukları sözleşmesel ilişkilerde de göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁷¹. Uyuşmazlık halinde tarafların menfaatleri arasında bir dengenin oluşturulması adına hakkaniyet ilkesi doğrultusunda hakimın sözleşmeye müdahale edebilmesi aynı zamanda toplumsal ekonomik barışın sağlanması amacına hizmet edecektir⁸⁷².

Toplumsal ekonomik barışın korunması amacının tanımlanmasına ilişkin ayrıca Anayasa Mahkemesi içtihadından belirli ölçüde yararlanmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin 1963 tarihli bir kararında⁸⁷³, adalete ve eşitliğe aykırı durumların

⁸⁷⁰ Mestre, s. 136. Bu tespiti dair İş hukukundan bir örnek verecek olursak, toplu iş sözleşmelerinde mülga 2822 sayılı kanunun md. 5 hükmünde emredici hükümler dışındaki bir kamu düzeni anlayışına işaret ettiği ve toplumun büyük bir bölümünde rahatsızlığa yol açacak, toplumsal huzuru ve barışı bozacak nitelikteki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin kamu düzenine aykırı kabul edileceğine ilişkin bkz. Yenisey, s. 179.

⁸⁷¹ Bu açıdan hukuk düzeninde sözleşmeye müdahale konusunda paternalizm ilkesi kapsamında yapılan düzenlemelerin toplumsal barışı sağlamaya yönelik olduğu tespitine ilişkin bkz. Bastian SCHÜLLER (2011). "Social peace via pragmatic civil rights- the Scandinavian model of consumer law", The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Ed. Hans- W. Micklitz, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 384.

⁸⁷² Schüller, s. 399.

⁸⁷³ Anayasa Mahkemesi, kira bedelinin tespiti konusunda 6570 sayılı sayılı mülga Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un md. 2 ve md. 3 hükümlerini iptal ettiği kararında şu tespitlerde bulunmuştur: " ... *Türk parası değerinin Hükümetçe alınan kararla düşürülmüş, gerek bu kararların ve gerek çeşitli diğer sebeplerin etkisi altında eşya fiyatlarının yükselmiş... bunun sonucu olarak 12/Mayıs/1953 günü ile bu günün konjonktürleri arasında büyük fark meydana geldiği, bu durumun toplumda huzursuzluk yarattığı, Mayıs 1953 kira rayıcı esasının devam etmesinin gayrimenkul sahipleri yönünden hakkaniyet ve adalete prensipleriyle bağdaşmayacağı, ... mülkiyet hakkının kullanılmasını sınırlayan bu konuda belediye encümenlerine verilen takdir yetkisinin açık bir kesin ölçülerle sınırlandırılması gerektiği, kanunun koyduğu ölçünün bu nitelikte olmadığı, kanunun 2 ve 3. maddelerinde öngörülen sınırlamaların adalete ve eşitliğe aykırı durumlar doğurduğu, bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk*

oluşması halinde belirli bir kesimde huzurun bozulması ve bu hususun toplumun geneli üzerinde etkilerini doğurması sonucunda kamu yararının ortadan kalkacağı belirtilirken, mahkemenin bu tespitini kamu düzeni çerçevesinde toplumsal ekonomik barışı sağlama amacının varlığına bir kanıt şeklinde değerlendirmek kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1990 tarihli kararında⁸⁷⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bahsedilen kararına konu olan kira bedelinin tespiti hakkında kamu düzenini sağlamak amacıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlanabileceğini kabul ettiğini belirtmiştir. 1982 Anayasası md. 5 hükmünde ise devletin temel amaç ve görevleri arasında, *“toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, ...çalışmak”* sayılmıştır. Ekonomik ilişkilerdeki huzur, hem piyasanın kendisi için hem de piyasadaki aktörlerin güvenli şekilde ekonomik ihtiyaçları doğrultusunda hukuki işlemler yapabilmesi için gereklidir. Dolayısıyla kamu düzenine aykırılık içerisinde toplumsal çapta huzuru ve ekonomik barışı bozucu sözleşmeler girmelidir. Daha önce de değindiğimiz üzere⁸⁷⁵, bir kişinin kendi menfaatine aykırı bir sözleşme ilişkisine girmeyi maddi, ekonomik ve sosyal açıdan baskı altında kabul etmesi, irade beyanını bu yönde açıklaması durumunda ekonomik düzenden doğan aksaklıkların taraflar arasında yapısal boyutta oluşan bir eşitsizlik yaratmakta olup⁸⁷⁶, bu durum toplumsal ekonomik barışı bozma tehlikesini taşımaktadır. Ulusal bir hukuk düzeni içinde yaşayan kişiler arasında yaygın ve sık görülen bu tür durumların kamu düzenine aykırılığını tespit etme noktasında toplumsal ekonomik barışı bozup bozmadığı hâkim tarafından incelenmelidir. Son olarak belirtmek gerekir ki, sabit bir yasal düzenleme ile belirlenmemiş, ancak yasalar üstü bir değer taşıyan söz konusu amacın kamu düzeninin içeriğinde, kavramın suiistimal edilmesini

yarattığı ve bu huzursuzluğun diğer yurttaşlar üzerinde de etkilerine göstermekte geri kalmadığı, bu sebeple bunların artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemeyeceği, ... dondurulan kira paralarının fiyatların yükselişi sonucu gayrimenkullerin kazandığı değer normal gelirini teşkil etmekten uzak bulunduğu 6570 sayılı Kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesi adaletsiz ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasını önleyen aşırı bir sınırlama halini aldığı, ... sonucuna varmıştır.” AYM E. 1963/3, K. 1963/67, T. 26.03.1963, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 23.03.2019).

⁸⁷⁴ Y. HGK, E. 1990/ 3-527, K. 1990/ 627, T. 12.12.1990, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 23.03.2019).

⁸⁷⁵ Yuk. bkz. II, 3.3.4.3.2, s. 127- 128.

⁸⁷⁶ Fransız Borçlar hukukunda 2016 tarihli kararname ile yapılan reformda tarafların ekonomik güçleri arasındaki dengesizlikten doğan yapısal eşitsizliklere karşı genel hükümlerde katılmalı sözleşmelerde sözleşmenin yorumuna ve haksız şarta ilişkin, özel hükümlerde tüketici ve rekabet sözleşmelerine ilişkin yasal düzenlemeler yoluyla önlemler alındığına dair bkz. Terré/ Simier/ Lequette, s. 81. Ayrıca sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni gereğince sınırlandırılması bakımından ülkedeki ekonomik düzenin korunması gerekliliğine ilişkin bkz. Atamer (2001), s. 187.

önlemek ve hukuk güvenliğini korumak adına yasal düzenlemelerle sınırlı kalınması şartına bağlı şekilde, bir yan unsur olarak dikkate alınması kanaatindeyiz.

1.3.3. Ölçülülük ilkesi

Hâkimin ekonomik anlamda kamu düzeni kavramını somutlaştırma ve kamu düzeni kuralı belirleme faaliyetine ilişkin değinilmesi gereken bir diğer unsur, söz konusu somutlaştırma faaliyetinin ölçülü olması ve takdir yetkisinin ölçülü kullanılmasıdır. Kamu düzeninin suiistimale açık ve hukuki çözüm bakımından son çare olarak kullanılması gereken bir kavram olması, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda ölçülülük ilkesini⁸⁷⁷ ön plana çıkarmaktadır. Kamu düzeni kavramının Borçlar hukuku alanında kullanılmasında son derece önemli olan ölçülülük ilkesi, çoğunlukla Anayasa hukuku kapsamında irdelenen hukuki bir değerdir. Ölçülülük ilkesinin içeriğine dair, çalışmamızın kapsamını aşmayacak şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli kararına değinmekte yarar görmekteyiz. Söz konusu karara göre⁸⁷⁸, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç alt ilkeyi⁸⁷⁹ bünyesinde barındırır. İlk olarak, kamu düzenine aykırılık sebebiyle sözleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin sözleşmede zayıf tarafı koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli olması şarttır. İkinci olarak, söz konusu amaca ulaşılması için müdahalenin zorunlu olmalıdır. Üçüncü olarak ise, kişinin sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahale ile zayıf tarafın korunması amacı arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir⁸⁸⁰. Sonuç olarak, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkesi ışığında belirtilmelidir ki, hâkimin sözleşme özgürlüğünü kamu düzeni adına sınırlama yetkisi, ölçülülük ilkesine uygun, dolayısıyla da sözleşme tarafları arasındaki hak ve özgürlükler anlamında mevcut çatışmayı dengeleyici bir tutum gözetilerek kullanılmalıdır⁸⁸¹.

⁸⁷⁷ İsviçre hukukunda liberalizmle devletin sözleşmeye dolaylı müdahalesi arasındaki dengenin kurulmasında ölçülülük ilkesine paralel şekilde çözümün aranması hakkında bkz. Tercier (2004), s. 221.

⁸⁷⁸ AYM, E. 2015/ 68, K. 2017/ 166, T. 29.11.2017, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-166.pdf (Son Erişim Tarihi: 15.06.2019).

⁸⁷⁹ Lenaerts, s. 94-95.

⁸⁸⁰ Ekonomik özgürlüklerin sözleşmeler aracılığıyla kısıtlanması bakımından sözleşme özgürlüğü ile ticari faaliyette bulunma özgürlüğü arasında bir uzlaşmanın olması gerektiğine ilişkin bkz. Meinertzhagen-Limpens, s. 254.

⁸⁸¹ Ghestin (2013), s. 405- 406, Giger, s. 22- 23, Boyar, s. 92.

2. Kamu Düzeni Kavramı Işığında Zayıf Tarafın Korunması İlkesi

Zayıf tarafın korunması ilkesi, Borçlar hukuku alanında giderek daha fazla alan kaplayan, edindiği amaçlar doğrultusunda yeni yasal düzenlemelerin gerçekleştirildiği ve koruma alanının belirginliği ve kesinliği hakkında çeşitli tartışmaların olduğu önemli bir hukuki ilkedir. Çalışmamız kapsamında kamu düzeni kavramına ilişkin sınıflandırmada özellikle dikkat çeken koruyucu ekonomik kamu düzeni ile ilişkisinin ortaya konması, ortak unsurlarının saptanması gereken zayıf tarafı koruma ilkesinin sözleşmelerdeki etkisi ve ulaşmaya çalıştığı amaca değinilmesi gerekmektedir. Bu noktada söz konusu ilkenin üzerinde yükseldiği hukuki temellerin, bu esaslara ilişkin kavramların incelenmesi şarttır. Dahası, kamu düzeni kapsamında sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacının varlığı ortaya konmalıdır. Bunun için zayıf tarafın korunması amacı ile alınan hukuki önlemlerin arka planında ileri sürülen çeşitli yaklaşımlar ile birlikte sözleşmede taraflar arasında oluşan yapısal eşitsizlik hali ele alınacaktır. Son olarak ise, Türk hukukunda zayıf tarafın korunması amacı ile getirilen hukuki önlemler, yasal düzenlemeler ve içtihatları çeşitli kararlar nezdinde irdelenecektir.

2.1. Zayıf Tarafın Korunması İlkesinin Hukuki Temelleri

Borçlar hukuku alanında sözleşme özgürlüğü ilkesine karşı giderek daha da önem kazanan zayıf tarafın korunması ilkesinin arka planında yatan sosyal, ekonomik gelişmeler ile hukuk düzeninde ilgili temel değerler ve ilkeler ışığında oluşturulan amaçları daha yakından incelemek, söz konusu ilkenin kamu düzeni kavramı ile bağını kurmak adına faydalı olacaktır. Devletin ekonomiye müdahalesinin yaygınlaşması ve sosyal devlet anlayışının yükselmesi ile birlikte hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukuk sistemlerinde giderek artan zayıf tarafı koruyucu hukuk kurallarının konuluş amacı çerçevesinde kanun koyucuyu harekete geçirebilecek birtakım hukuki temellendirmeler inceleme konusu yapılmalıdır.

Zayıf tarafın korunması ilkesine ilişkin tereddütlerin odak noktası olan zayıf taraf kavramının belirsiz olduğu savı⁸⁸² ile birlikte temkinli yaklaşımlara karşın söz konusu ilkenin arka planında yatan hukuki temellerin incelenmesi gerekli görünmektedir. Bu

⁸⁸² Choné- Grimaldi, s. 193.

doğrultuda neo-liberal ekonomi piyasalarında hukuk düzeninin temel ilkelerinden biri olan zayıf tarafın korunması ilkesinin üzerindeki şüphe bulutlarının dağıtılması, özel hukuk kapsamında daha açık, hukuk ve işlem güvenliğini tehlikeye atmayacak ve piyasa işleyişini aksatmayacak düzeyde ele alınması bir ihtiyaçtır. Buna ek olarak, zayıf tarafın korunması ilkesinin kamu düzeni kavramı kapsamında ele alınmasının amaçlandığı çalışmamızın bu bölümünde hangi hukuki temel değer ve ilkelerin sözleşmede zayıf tarafın korunmasına ışık tuttuğunu ortaya koymanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Zayıf tarafın korunması ilkesinin hukuki temellerine dair hususların başında doğal olarak sözleşme ilişkisi içerisinde zayıf taraf kavramının belirlenmesi gelmektedir. Bu bakımdan öncelikle sözleşmedeki zayıf taraf kavramını ele alırken koruma kapsamına giren sözleşme türleri ve onların belirli sözleşenlerinin yanı sıra zayıf tarafın her somut olayda *a priori* şekilde belirlenmesinin adil sonuçlar doğurmayabileceğine ilişkin eleştiriler ile bu eleştirilerin kaynağı olan ilkeyi genişletme eğilimi ve bunun sonucu olarak kavramın belirsizleşmesi incelencektir. Bunun yanı sıra özel hukukta hakim olan düzeltici adalet anlayışı ile birlikte dağıtıcı adalet anlayışının söz konusu ilke ile ilişkisi ortaya konmalıdır. Son olarak, sözleşmelerde zayıf tarafı koruma fikrinin oluşturulması ve yaygınlaşması bakımından son derece önem taşıyan maddi sözleşme özgürlüğü de bahse konu ilkenin esasları arasında ele alınması gereken bir kavram olarak göze çarpmaktadır.

2.1.1. Sözleşmenin zayıf tarafı kavramı

2.1.1.1. Genel olarak

Borçlar hukukunda zayıf taraf kavramı, sözleşmelerde süregelen birtakım eşitsizlik ve dengesizlik doğuran sonuçların önüne geçilebilmesi, sözleşme adaletine ve doğal olarak hukuka aykırı bu hallere adeta ‘maruz’ bırakılan ve zarar gören sözleşme tarafını koruma amacının günümüzdeki sosyal devlet düşüncesiyle gelişmesi sonucu doktrinde kullanılmaya başlanmıştır. Ekonomik kamu düzeni kavramının Fransız hukuku öğretisinde ilk defa kullanıldığı, kamu düzeni teorisinin sözleşme ilişkisindeki belirli bir tarafı korumaya yönelik geliştirilmesinde mihenk taşı olan makalede *RIPERT*, özgürlüklerin yalnızca güçlülerin yanında olduğunu belirtmektedir. Kurulmuş bir sözleşme ilişkisinde karşı tarafın katı çözümü karşısında boyun eğen ve kendi lehine bir yükümlülük getirmeyen kanun hükümlerine bağlı olan tarafın korunmasına yönelik hukuk kurallarının konulması, kanun koyucunun ekonomi piyasasını dengesizleştiren

sözleşmeye uygulanacak kuralları belirlerken, yönlendirici ve buyurucu nitelikteki toplumun genel ihtiyaçlarının dikkate alınması ile yakından ilişkilidir⁸⁸³. Zayıf taraf kavramı ile ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması hakkında teorilerini *Ripert*'in değindiğimiz görüşlerinden beri geliştiren ve kamu düzeni kavramını en geniş ölçüde ele alan Fransız hukukunda Medeni Kanun Reformu kapsamında ilgili konuyu Türk Borçlar hukuku sistemindeki irade sakatlığı halleri ile bağlantılı şekilde ele alan CC md. 1143 hükmü⁸⁸⁴, günümüzde gelinen son noktayı teşkil etmektedir. Söz konusu madde uyarınca, CC md. 1142'de tanımlanan irade sakatlığı hallerinden korkutma, tehdit (*la violence*)⁸⁸⁵ kapsamında nitelendirilebilecek bir başka hal de sözleşmede karşı tarafın içinde olduğu bağımlılık halini suiistimal ederek, mevcut baskı ve zorlama olmasaydı kabul etmeyeceği ölçüde bir yükümlülük altına sokan tarafın bu şekilde açıkça fahiş bir maddi menfaat, kazanç elde etmesidir. CC md. 1143 hükmünün ekonomik açıdan zayıfları koruduğu öngörülse de öğretide lafzi yoruma göre sadece ekonomik değil, sözleşmede birçok açıdan kişinin karşı tarafa bağımlılığını kapsadığı savunulmaktadır⁸⁸⁶. Zayıf tarafın içinde olduğu bağımlılık durumunun hangi açıdan gerçekleşeceği kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmediğinden örneğin, psikolojik açıdan karşı tarafa bağımlı hale gelmiş bir kişi söz konusu ise, bu durum karşı tarafça kötüye kullanılıp, aşırı ölçüde bir kazanım elde ettiği takdirde yine bu hüküm kapsamında sözleşmenin değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁸⁷. Kaldı ki, CC md. 1143 hükmü kapsamında kişinin fiziki, psikolojik bir zayıflık halini ya da bilgisizliğini, baskı altında olsun veya olmasın, sözleşme ilişkisi

⁸⁸³ Ripert (1934), s. 349-350.

⁸⁸⁴ Söz konusu hükmün 1 Ekim 2018 tarihinden itibaren yürürlükte olan metni uyarınca; *'Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif'*. Bu maddeye ilişkin bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=D7189C673C4CFB48EB7D84D223D20C51.tplgfr36s_2?idArticle=LEGIARTI000036829824&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte (Son Erişim Tarihi: 23.04.2019).

⁸⁸⁵ Fransız hukukunda söz konusu kavramın sözleşmede bir tarafın fiziksel ya da ahlaken baskı, zorlama, cebir altında yükümlülük altına girmesi sonucu sözleşmenin iptal edilebilir olduğu bir irade sakatlığı şeklinde tanımlanmasına ilişkin bkz. Thierry REVET (2016). *'Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés'*, La Réforme du Droit des Contrats: du Projet à l'Ordonnance, Ed. Philippe Chauviré, Paris: EDITIONS Dalloz, s. 77, Cabrillac (2017b), s. 561, Cornu (2016), s. 1078, Choné-Grimaldi, s. 201.

⁸⁸⁶ Yves PICOD (2017). *Rapport Introductif*, La Violence Économique À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées Nationales Association Henri Capitant, C. XXI, Düzenleyenler: Yves Picod, Denis Mazeaud, Paris: Editions Dalloz, s. 5, Cabrillac (2018), s. 77, Dissaux/ Jamin, s. 16.

⁸⁸⁷ Dissaux/ Jamin, s. 17.

içerisinde ifa gücünü aşacak ölçüde bir yükümlülük altına sokma amacıyla kötüye kullanma, zayıf tarafın suiistimali olarak tanımlanmaktadır⁸⁸⁸.

Türk-İsviçre hukukunda genel olarak kira, hizmet, sigorta sözleşmelerinin yanı sıra önemi gereği artık ayrı bir hukuk dalı olarak değerlendirilen Tüketici hukukunun konusu olan tüketici sözleşmelerinde⁸⁸⁹ zayıf taraf kavramından bahsedilmektedir. Tüketici, kiracı, işçi, sigorta ettirenin sözleşme ilişkisindeki konumu gereği hukuki bir koruma kalkanı altına alınmasının genel menfaat lehine olacağı kabul edilmelidir. Anılan her bir sözleşme türüne ilişkin zayıf tarafın incelenmesi ve tanımlanması muhtemelen ayrı bir çalışma kapsamında ele alınabilecek ölçüde geniş ise de, çalışmamız ile bağlantılı olarak, karşılaştırmalı hukuk kapsamında özellikle tüketici kavramına kısaca değinmekte yarar görmekteyiz. Fransız hukukunda tüketici kavramına ilişkin bir tanıma göre, tüketici, ticari, tarımsal faaliyet ya da serbest meslek faaliyeti kapsamı dışında kalan amaçla hukuki işlemler yapan gerçek kişi⁸⁹⁰; diğer bir tanıma göre ise, tüketici hukuku ve tüketici birlikleri tarafından hukuken korunan, kişisel ihtiyaçları doğrultusunda mal satın alan veya çeşitli hizmetlerden yararlanan, hatta geniş anlamda taşınmaza ilişkin hukuki işlemlerde yatırımcılar gibi farklı kategorilerdeki tüm kişilerdir⁸⁹¹. Belçika hukukunda ise, Ekonomi Hukuku Kanunu uyarınca tüketici, sözleşme yapma amacının ticari, sinai nitelikte ya da serbest meslek veya zanaatkârlık kapsamında olmadığı gerçek kişilerdir. Tarafın sözleşme akdetme amacı, hem kişisel hem de ticari nitelikte ise, kişisel amacın ağır bastığı durumlarda tüketici korunması söz konusu olacaktır. Bu tanım çerçevesinde kişinin herhangi bir ölçüde uzmanlığının bulunmasından ya da herhangi bir mal elde etmesinden bağımsız olarak tüketici niteliği kazanılmaktadır. Özellikle kefalet sözleşmelerinde kefilin tüketici olup olmadığı tartışması, 2013 yılında tüketici kavramının yasal tanımından “bir mal elde etme”ye yönelik ifadenin çıkarılması ile çözüme kavuşturulmuş ve kefillerin de belirli şartlar doğrultusunda tüketicilere ilişkin korumandan yararlanması sağlanmıştır⁸⁹².

AB hukuku düzenlemeleri ve AAD içtihadına göre, tüketici kavramı ve ekonomik bakımdan zayıf tarafın korunması, ticari veya mesleki bir amacı olmaksızın gerçek bir

⁸⁸⁸ Cabrillac (2017b), s. 4, Cornu (2016), s. 8, Choné- Grimaldi, s. 195.

⁸⁸⁹ İsviçre hukukunda sözleşmenin içeriğini kontrolüne ilişkin getirilen hukuk kurallarının birçoğunun tüketici hukuku alanında olduğuna ilişkin bkz. Tercier (2004), s. 219.

⁸⁹⁰ Cabrillac (2017b), s. 145.

⁸⁹¹ Cornu (2016), s. 248.

⁸⁹² Claeys/ Steennot, s. 10. Kefillerin tüketici niteliği kazanabilmesi için kefalet sözleşmesini ticari veya mesleki amaçlarla yapmamış olması ve asıl borçlu ile herhangi bir şekilde profesyonel bir ilişkisinin bulunmaması şartlarının gerçekleşmesi gerektiğine dair bkz. Claeys/ Steennot, s. 11.

kişinin ticari veya mesleki faaliyetsini sürdüren karşı tarafla sözleşme ilişkisine girmesi ile gündeme gelir⁸⁹³. AB hukuku ile uyumlu bir şekilde Alman hukukunda tüketici, BGB md. 13 hükmü uyarınca ticari veya mesleki faaliyetler kapsamına girmeyen hukuki işlemler yapan kişi olarak tanımlanmaktadır. Hukuki işlemin tüketici sözleşmesi, taraflardan birinin de tüketici olarak nitelendirilebilmesi için hukuken korunan tarafın tecrübeli olup olmadığı önem teşkil etmez. Ayrıca Alman hukukunda söz konusu hükme göre, tarafın sözleşmeyi yaparken hem kişisel hem de ticari bir amacının varlığı halinde kişisel amacın baskın sayıldığı durumlarda bu kişi, tüketici olarak kabul edilmektedir. İpotek ve kefalet sözleşmelerinde ise kişinin sözleşmeyi akdetme amacından bağımsız olarak ipotek veren ve kefil, hukuken tüketici gibi korunmaktadır. Ticari veya mesleki amaçlarla sözleşme akdeden kişilerin tüketici sayılmayacağı kuralının istisnası, BGB md. 513 hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre, yeni bir iş girişimi (*start-up*) kuran kişinin çekeceği kredi miktarının 75.000 Euro sınırını aşmaması halinde tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır⁸⁹⁴.

Zayıf taraf kavramının alışlagelmiş varlığını sürdüren, klasik örneklerden hizmet ve kira sözleşmelerinde ise, işçi ya da kiracı olan tarafın sözleşmenin niteliği gereği bir zayıflık hali içinde olduğu belirtilmektedir⁸⁹⁵. Hizmet sözleşmesinde işveren karşısında işçinin zayıf taraf olması, sözleşmenin unsurlarından biri olan taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin varlığından ileri gelmektedir⁸⁹⁶. Kira sözleşmesinde ise özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki çatılı konut ve işyeri kiralalarına ilişkin özel hükümlerde kiracı tarafın barınma ihtiyacı⁸⁹⁷ ön planda tutulmuştur. İsviçre- Türk hukukunda çatılı konut ve işyeri kiralalarına ait özel hükümlerin bulunmasının sebebi, bu tür kira sözleşmelerinde kiracının hem konut açısından barınma ihtiyacı hem de işyeri

⁸⁹³ Ewoud HONDIUS (2006). "The Notion of Consumer: European Union versus Member States", Sydney Law Review, C. 28, S. 1, s. 93. Ayrıca konuya ilişkin önemli bir Avrupa Adalet Divanı kararı için bkz. Gruber v. Bay WA AG, Case C-464/01, T. 16.09.2004, European Court Reports, 2005 I, s. 448-449.

⁸⁹⁴ Matthias LEHMANN (2018). 'La Vulnérabilité Economique- Rapport National Allemand', La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant, <http://www.henricapitant.org/evenements/journees-internationales/titre/la-vulnerabilite> (Son Erişim Tarihi: 20.06.2019), s. 11.

⁸⁹⁵ Gérard COUTURIER (1996). 'Les Relations Entre Employeurs et Salariés en Droit Français', La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels, Ed.: Jacques Ghestin/ Marcel Fontaine, Paris: LGDJ, s. 149, Jean-Luc AUBERT (1996). 'Les Relations Entre Bailleurs et Locataires en Droit Français', La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels, Ed.: Jacques Ghestin/ Marcel Fontaine, Paris: LGDJ, s. 167, Fontaine, s. 619.

⁸⁹⁶ Yavuz, s. 873, Gümüş, C. I, s. 384, Eren (2016), s. 535, Kılıçoğlu (2019), s. Yargıtay içtihatlarında işçinin ekonomik yönden zayıf olduğu kabulüyle somut olayın ele alınmasına ilişkin örnek için bkz. Y. 9. HD, E. 2009/ 46364, K. 2010/764, T. 21.01.2010, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

⁸⁹⁷ Aubert, s. 168.

bakımından ekonomik faaliyetlerini sürdürebilme amacı dolayısıyla koruyucu hükümler getirilmesidir⁸⁹⁸. Çatılı konut ve işyeri kira sözleşmeleri kapsamında kiracının korunması yönündeki ana eğilim, TBK md. 343 ve md. 346 hükümlerinde açıkça gözlemlenmektedir. Kiracı aleyhine sözleşmede düzenleme ve değişiklik yapma yasağı, özellikle sözleşme yapılırken veya yapıldıktan sonra kira bedeli ve yan giderler ile ilgili, kısacası kiracının para edimlerine ilişkin cezai şart veya muacceliyet kaydı öngören sözleşme hükümlerini kapsamaktadır⁸⁹⁹.

Sigorta sözleşmesi bakımından ise, sigorta ettiren tarafın ve sigortalının tüketici sıfatına sahip olmasına ilişkin öncelikle belirtilmelidir ki, 6102 sayılı TTK hükümlerinin yanı sıra 5684 sayılı Sigorta Kanunu md. 11 vd. hükümleri çerçevesinde sözleşmeye konu risklerin büyüklüğünden bağımsız olarak bütün rizikolara karşı sigorta ettiren ve sigortalılar eşit ölçüde korunmaktadır. Bu bağlamda sigorta sözleşmesine ilişkin getirilen özel düzenlemeler ile TKHK hükümlerinin getirdiği koruma düzeni arasında nasıl bir ilişki kurulması gerektiği akla gelebilmektedir. Zira TKHK md. 3/ f. 1 hükmünün (1) bendinde tüketici işlemi niteliğindeki hukuki işlemler arasında açıkça sigorta sözleşmesi de sayılmıştır. Dolayısıyla sigorta tüketicisi hem sigorta hem de tüketici hukukundaki koruyucu hukuk kurallarından yararlanacaktır. Çifte korumanın söz konusu olduğu bu durumda TKHK çerçevesinde hizmet sağlayıcısı konumunda olan sigortacı karşısında sigorta ettiren ve sigortalı tüketici sıfatına sahip ise, tüketici lehine daha geniş kapsamda koruma getiren kurallar bütünüünün uygulanması gerekmektedir⁹⁰⁰. Sigorta sözleşmesinin tüketici sıfatına sahip olmayan sigorta ettiren tarafın tüketici sigortalanan lehine yapılması halinde TKHK hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalı bir konudur. TKHK md. 3/ f. 1 kapsamında tüketicinin taraf olduğu işlemlerin tüketici işlemi niteliğinde olduğunun belirtilmesine rağmen karşı taraf sigortacı tarafından sigortalının tüketici olduğu bilindiği takdirde TKHK'nın koruyucu hükümlerinden yararlanılması gerektiği görüşü⁹⁰¹ zayıf tarafın korunması ilkesi ile daha uyumlu bir hukuki çözüm için elverişli ve isabetli görünmektedir.

⁸⁹⁸ Pierre TERCIER, Laurent BIERI, Blaise CARRON (2016). *Les Contrats Spéciaux*, 5. Baskı, Cenevre: Schulthess Editions Romandes, s. 285.

⁸⁹⁹ Yavuz, s. 594, Gümüüş, C. I, s. 244-245, Eren, (2016) s. 410, Kılıçoğlu (2019), s. 288. Ayrıca 6098 sayılı TBK öncesi Türk hukukundaki içtihadın konuyla ilgili gelişimine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan (2008), C. I/ 2, s. 18 vd.

⁹⁰⁰ Samim ÜNAN (2016a). *Sigorta Tüketici Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 2 vd.

⁹⁰¹ Mehmet ÖZDAMAR (2009). *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 182, Ünan (2016a), s. 6.

2.1.1.2. Sözleşme ilişkisinde zayıf taraf özelliğinin belirlenmesi

Sözleşme ilişkisinde ekonomik, sosyal ya da psikolojik açıdan zayıf konumda bulunan tarafın bu özelliğinin genellikle iki şekilde ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bunlardan ilki, sözleşme tarafının kendinde var olan, doğal özelliklerinden doğan; ikincisi ise, sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin var olan hükümler dolayısıyla ya da içinde bulunduğu ekonomik, sosyal veya psikolojik durum gereği ortaya çıkan göreceli bir zayıflık halidir. Mutlak ve nisbi_olması itibariyle ikili ayrıma tabi tutulan sözleşme tarafının zayıf olması durumunda birinci hal, sözleşme tarafının mutlak zayıflık halinde olmasıdır. Sözleşmede taraflardan birinin doğal zayıflık hali içinde olması, sözleşmenin içeriği veya sözleşmeye dair hukuk kuralları bütünü hakkında bilgiye sahip olmaması ya da kendi yükümlülüklerinin kapsamına dair açıkça bir fikir sahibi olmaması anlamına gelmektedir⁹⁰². Mutlak zayıflık haline ilişkin verilebilecek en yaygın örneklerden biri, bir ürün veya hizmet satım sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafın önceden, tek taraflı olarak hazırlanmış metinleri imzalayan tüketicilerdir.

Nisbi zayıflık ise, kişinin girdiği sözleşme ilişkisine ekonomik anlamda muhtaç olması veya sözleşme hükümlerine sosyal açıdan bir zorunluluk olarak yaklaşması, bu nedenle karşı tarafa nazaran denk bir pazarlık gücüne sahip olamaması olarak özetlenebilmektedir. Nisbi zayıflık, ilgili piyasadaki payı ya da ekonomik gücü nedeniyle karşı tarafın sözleşme hükümlerini zayıf tarafa dayatması veya zayıf tarafın duyduğu, özellikle barınma, çalışma gibi, temel ihtiyaçlar veya içinde bulunduğu sosyal zorunluluk halinden kaynaklanmaktadır⁹⁰³. Genellikle nisbi zayıflığa yol açan sebepler bir arada görülmekte ve ekonomik açıdan güçlü olan taraf, zayıf tarafın ihtiyaç içinde ya da zor durumda olmasını suiistimal edebilmektedir⁹⁰⁴. Buna ilişkin örnek vermek gerekirse,

⁹⁰² Marcel FONTAINE (1996). '*Rapport Synthèse*', La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels, Ed. Jacques Ghestin/ Marcel Fontaine, Paris : LGDJ, s. 616, Ralph TROISFONTAINE (2016). *La Protection de la Partie Faible en Droit Commercial: le Franchisé*, Yüksek Lisans Tezi, Louvain: Université Catholique de Louvain, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis:7825> (Son Erişim Tarihi: 10.03.2019), s. 5.

⁹⁰³ Judith ROCHFELD (2008). "*Du statut du droit contractuel de protection de la partie faible: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*", Études Offertes à Geneviève Viney, Ed.: Jean- Sébastien Borghetti, Olivier Deshayes, Cécile Pérès, Paris: LGDJ, s. 839, Paul-Henry DELVAUX (1996). '*Contrats d'Adhésion et Clauses Abusives en Droit Belge*', La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels, Ed. Jacques Ghestin/ Marcel Fontaine, Paris: LGDJ, s. 78.

⁹⁰⁴ Fontaine, s. 617.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1988 yılında verdiği bir kararda⁹⁰⁵ çalışma izni olmayan yabancı bir işçi ile işveren arasında kurulan hizmet sözleşmesinin kamu hukuku kökenli bir yasaklayıcı hükme aykırı şekilde akdedilmesinin tespitine rağmen içerik olarak hukuka aykırı olmayan sözleşmeyi geçersiz kılmanın yalnızca işveren lehine olacağı ve bu durumda hizmet sözleşmesinde zayıf taraf olan işçiyi koruma amacı güden hükümlere aykırı bir sonuç meydana geleceği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra Federal Mahkeme'ye göre, işçinin menfaatine baskın gelen bir kamu menfaatinin varlığı halinde yasaklayıcı hükme aykırı sözleşme kesin hükümsüz kılınmalıdır⁹⁰⁶. Söz konusu olayda çalışma izni olmayan yabancı işçinin muhtaç durumda olduğu, sözleşme içerisinde ekonomik ve sosyal bakımından bir zayıflık içinde bulunduğu ve nisbi zayıflık halinden bahsedilebileceği aşikârdır.

Zayıflık halinin tespiti bakımından mutlak-nisbi ayrımının temelindeki farklılığa ışık tutacak ve hukuk güvenliği ilkesini yakından ilgilendiren başka bir sınıflandırma, belirli bir tarafın kişisel özellikleri ya da içinde bulunduğu mevcut durum çerçevesinde sözleşmedeki konumunun dikkate alınmasına ilişkindir⁹⁰⁷. İlk olarak, zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde zayıf taraf kavramının kapsamını belirleme konusunda belirli kişisel özelliklerin dikkate alınmasından ziyade belirli bir durum ekseninde ya da sözleşme türü esas alınarak koruyucu hukuk kurallarının düzenlenmesine rastlanılmaktadır. Zayıf taraf ile güçlü taraf arasındaki dengesizlik halinin oluşmasında ve bundan dolayı koruyucu hukuk kurallarının getirilmesine sebep olarak, sözleşme taraflarından birinin kişisel özelliklerinin esas alınması çoğu zaman yeterli ve yetkin bir hukuki gerekçelendirme olarak görülmemektedir. Zira menfaatine aykırı, özgürlüklerini aşırı sınırlayan bir sözleşme ilişkisine giren kişinin bu kararında belirli bir durumun etkisi ile karşı taraf nezdinde güçsüz ve bağımlı hale gelmesinin rolü söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan sözleşmenin kurulması veya borcun ifası aşamasında ortaya çıkabilecek tehlikeleri bertaraf etme amacı ile zayıf tarafı koruma önlemlerinin alınması gereklidir⁹⁰⁸. Özetle hukuk ve işlem güvenliği açısından zayıf tarafın korunması ilkesinden doğan hukuk kurallarının uygulama alanının yalnızca belirli bir grup kişi veya hukuki işlemleri

⁹⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararının tam metni için bkz. ATF 114 II 279- 284, T. 21.06.1988, <https://www.swisslex.ch/fr/doc/claw/75ff7be7-8d08-41a0-a48c-b73c2ed0538c/casepub/98982391> (Son Erişim Tarihi: 22.07.2019).

⁹⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 542.

⁹⁰⁷ Thomas WILHELMSSON (2004). “*Varieties of Welfarism in European Contract Law*”, European Law Journal, Vol. 10, N. 6, s. 722.

⁹⁰⁸ Lurger, s. 372.

kapsaması gerektiğinin kabulü, özellikle zayıf taraf niteliği için baskın şekilde kişisel özelliklerin ölçüt haline getirilmesinin reddi sonucunu doğurmaktadır⁹⁰⁹.

İkinci olarak ise, zayıflık halinin sözleşme türlerinden bağımsız, tarafın kişisel özelliklerine dayanarak belirli kategoriler şeklinde belirlemenin hukuk güvenliğini sağlama açısından daha olumlu olduğu belirtilmektedir. Tüketici kavramını zayıf taraf kapsamında değerlendirmenin hem AB hukuku gibi uluslararası hukuk hem de ulusal hukuk sistemlerinde artık bir ön kabul derecesine yükselmesinde bu görüş, hukuken temel bir yapıtaşını niteliğindedir⁹¹⁰. Hukuki düzenlemeler yapılırken karamsar bir bakış açısıyla tüketicinin girdiği sözleşme ilişkilerinde kandırılmaya, etkilenmeye müsait, karşı tarafça suiistimale açık bir konumda olduğu ön kabulü baskın konumdur. Ön kabulün arka planında ise piyasa koşullarında karşı tarafın önceden tek taraflı hazırladığı ve sunduğu sözleşme hükümlerine karşı tüketicinin büyük çoğunlukla daha zayıf konumda olması yatmaktadır. Bu nedenle tüketici niteliğindeki kişiler belirli bir grup veya kategori şeklinde koruma altına alınmış olup, somut olaydaki kişinin zayıf tarafın koruması ilkesi adına bireysel olarak böyle bir ihtiyaç duyup duymadığına bakılmaksızın her tüketici sözleşmesinde koruyucu hukuk kuralları bütünü uygulama alanı bulmaktadır⁹¹¹.

Zayıf tarafın ister kişisel özellikleri, isterse içinde bulunduğu durumun özellikleri hangisi dikkate alınır alınsın, zayıf tarafın tespitinde her iki unsurun da getirilecek koruyucu hukuk kurallarında dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁹¹². Bu açıdan Türk-İsviçre hukukunda zayıf tarafı koruyucu düzenlemelere, değinilen örnekler dâhilinde, genel bir tespit yapacak olursak, tüketici sözleşmeleri açısından mutlak zayıflık çerçevesinde tarafın kişisel özellikleri dikkate alınırken, tüketicinin girdiği sözleşme ilişkisi hangi türde olursa olsun belirli bir hukuk kuralı bütünü tarafından korunması esas alınmıştır. Kira ve hizmet sözleşmesine dair koruyucu hukuk kuralları gibi klasik örneklerde nisbi zayıflık çerçevesinde sözleşme tipinin barındırdığı özellikler sonucu ya da kişinin içinde bulunduğu ihtiyaç durumuna sözleşmenin karakterini belirleyecek derecede önem atfederek zayıf tarafın belirlenmesi söz konusudur. Konuyla ilgili 2017

⁹⁰⁹ Hannes RÖSLER (2010). *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law*, ERPL, C. 18, S. 4, s. 747.

⁹¹⁰ Lurger, s. 373, Tercier (2004), s. 215, Bårlund/ Moeglvang-Hansen, s. 126. Hukuki işlemlerden bilgi maliyetinin azaltılmasına yönelik olarak benzer görüşe ilişkin bkz. Gomez/ Artigot, s. 324-325.

⁹¹¹ Tom HARTLIEF (2004). *Freedom and Protection in Contemporary Contract Law*, JCP, Vol. 27, s. 254, Meli, s. 162.

⁹¹² Lurger, s. 372, Wilhelmsson, s. 722, Özel, s. 27.

yılında verilmiş Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararında⁹¹³ davalı banka ile opsiyon ve mevduat rehni sözleşmeleri imzalayan emekli bir mimarın bankacılık işlemlerine yabancı olduğu iddiasıyla sözleşmelerin taşıdığı riskler ile ilgili bankanın bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep ettiği bir uyuşmazlık söz konusudur. İlk derece mahkemesi, zayıf tarafın korunması ilkesi doğrultusunda somut olayı incelemiş, davacı lehine hüküm kurmuştur. Somut olaya dair alınan farklı bilirkişi raporlarında birbirine zıt görüşlerden ilki, davacının üniversite mezunu olup, bankada mevduat sahibi olması ve yatırım işlemleri gerçekleştirmesi karşısında riskleri kavrayabilecek bir kişi olduğunu; ikincisi ise, davacının banka karşısında korunması gerektiğini düşündürecek tarzda bankanın özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini, genel işlem şartlarının denetimi sonucu geçersizliğin söz konusu olduğu ileri sürmüştür. Banka ile girdiği sözleşmesel ilişkide bir kişinin zayıf taraf konumunda olup olmadığına dair birbirinden bu kadar farklı görüşlerin öne sürülebilmesi, sözleşmede zayıf tarafın kişisel özelliklerinin bir bütün olarak ele alınması ve bankaların sunduğu sözleşme metinlerine karşı oluşabilecek mutlak zayıflık halinin etraflıca araştırılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Sözleşme hukuku çerçevesinde bahse konu sınıflandırmalar ışığında zayıf taraf niteliğinin belirlenmesi her zaman aynı ölçüde kabul edilebilir nitelikte bulunmamış, ayrıca incelediğimiz hukuki ilkenin koruma kapsamına dair farklı bakış açıları doğrultusunda eleştiriler getirilmiştir. Öncelikle, tüketicinin taraf olduğu hukuki işlemlerde bu denli geniş ölçüde bir koruyucu kurallar bütünüünün somut olayda korumaya ihtiyaç duyup duymamasına bakılmaksızın hukuk düzenince getirilmesi hukukun ekonomik analizi yöntemini savunanlar tarafından doktrinde eleştirilmiştir. Bu bakımdan paternalizm kavramı⁹¹⁴ aracılığıyla koruyucu hukuk kurallarının geniş kapsamda düzenlenmesine karşı çıkan bu görüş⁹¹⁵, esasen zayıf tarafın karar verme özgürlüğünü her bir sözleşmede karşı tarafa özgeci davranma yükümlülüğü getirerek korumanın mümkün olmadığını, aksi takdirde rekabete dayalı piyasa ekonomisi sisteminin geçersiz hale geleceğini savunmaktadır. İrade özerkliği pahasına getirilecek koruyucu hukuk

⁹¹³ Y. 11. HD, E. 2016/5723, K. 2017/1078, T. 23.02.2017, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 20.09.2017). Ayrıca 11. Hukuk Dairesi tarafından bozulan ilk derece mahkemesi kararına dair karar düzeltme yoluna başvuran davacı mimarın karar düzeltme talebinin reddine dair karar bkz. Y. 11. HD, E. 2017/2402, K. 2019/ 2133, T. 14.03.2019, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 20.09.2017).

⁹¹⁴ Çalışmamız kapsamında daha önce değinilen bu kavram için yuk. bkz. III, 1.3.2.2., s. 195.

⁹¹⁵ Hukukun ekonomik analizi yöntemine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. III, 2.2.2., s. 228 vd.

kuralları, sözleşme özgürlüğünün ne derecede adil, elverişli ve ekonomik açıdan işlevsel olacağını belirlemesi nedeniyle oldukça önemlidir. Bu şekilde ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü ile sözleşme tarafının karar verme özgürlüğü arasında bir dengenin kurulması amacından bahsedildiğinde piyasanın etkin işlemesi gerektiği göz ardı edilmemelidir⁹¹⁶.

Sözleşme tarafının hukuk kuralları ile korunması ihtiyacının zayıf taraf kavramı kapsamında belirlenmesi ve tespiti açısından değinilen ikili koruma yapısına dair sözleşme hukukunun iradiliği ve esnekliği ile uyum sağlamadığına yönelik bir eleştiri de söz konusudur. Zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında özellikle tüketici, işçi, kiracı gibi belirli sınıflara sahip kişileri içine alan, sözleşme hükümlerinin geçerliliğini saptayan bu hukuki koruma çemberinin dar olup olmadığı sorgulanmıştır. Bu noktada bir sözleşme ilişkisinde *a priori* zayıf tarafın belirlenmesi gerektiği düşüncesine şüpheyle yaklaşılmalıdır. Söz konusu çekincenin arka planında zayıf tarafın korunmasında belli başlı örneklerle ilişkin önceden düzenlenmiş kurallar bütününe belirleyici olması yatmaktadır. Sadece belirli bir sözleşme türünde bir tarafın öngörülmuş kurallar ile korunması ve karşı tarafın bu kurallarla bağlı olması, koruma kapsamı bakımından sınırlı ve katı niteliktedir. Söz konusu niteliğin koruma amacının gerçekleştirilmesi bakımından ortaya koyduğu engel, öngörülen zayıf taraf görünümünün, kalıplarının farklı sözleşme türlerinde korunması gereken tarafta aranması sırasında uyumsuzluk konusu sözleşme ilişkisinin kendi özelliklerinin esas alınmamasıdır⁹¹⁷. Bu nedenle zayıf tarafın korunması ilkesine ilişkin temel değerler dikkate alınarak daha esnek şekilde hukuki korumanın uygulama alanlarını tespit etmenin daha isabetli olacağı savunulmaktadır. Aynı görüş doğrultusunda sözleşmenin veya uyumsuzluk konusu hükmün taşıdığı amaç esas alınarak zayıf tarafın temel hak ve özgürlüğünün kısıtlanmasının ölçülü olup olmadığı

⁹¹⁶ Rösler, s. 733-734, Kötz, s. 112, Hartlief, s. 256. Ek olarak, zayıf tarafı korumaya yönelik getirilen hukuki düzenlemelerin amacı hakkında piyasanın etkinliğini artırıcı veya piyasa işleyişinde ortaya çıkan sonuçları düzeltici önlemlere yer verme gibi farklı yaklaşımlardan bahsetmek mümkündür. Söz konusu farklılık, hukuk kurallarının koruma kapsamını da etkilemektedir. Şayet sözleşme taraflarının iradesi ve kabiliyetine güven artıyorsa, piyasanın etkinliğinin artmasını ön plana çıkararak mantıklı, bilgi arayan tüketicileri hukuki koruma kapsamına alan düzenlemeler yapılmalıdır. Diğer taraftan hukuk kurallarının şekli den öte maddi bir adalet anlayışı ışığında piyasaya dair düzeltici önlemlerle zayıf taraf lehine sözleşmede istenilen düzenlemeleri sağlama ve böylece daha suuistimale açık ve savunmasız tüketicileri koruma amacına sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Wilhelmsson, s. 718-719, Meli, s. 166.

⁹¹⁷ Örneğin, hizmet sözleşmesinin asli unsurlarından biri olan bağımlılık ilişkisinin uyumsuzluk konusu franchise veya dağıtım sözleşmelerinde zayıf tarafı koruma amacı ile aranmasına ilişkin örnekler için bkz. Lokiec, s. 74-75.

belirlenmesi ve bununla birlikte piyasanın etkinliğine dair ilke ve değerlerin temel haklar ve özgürlükler aracılığıyla ehlileştirilmesi gerekmektedir⁹¹⁸.

2.1.1.3. Zayıf taraf kavramının genişlemesi ve belirsizleşmesi

Zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında hukuki korumanın kapsamına dair getirilen söz konusu eleştirilerin ışığında zayıf taraf kavramının kendisine dair ön kabullerin sorgulanması ile birlikte belirlenmiş hukuki koruma çemberini yeniden oluşturma amacıyla daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması gündeme gelmiştir. Bu bağlamda zayıf tarafın kim olduğu sorusuna verilecek olası cevapların çoğalması, söz konusu ilke doğrultusunda sağlanacak hukuki korumanın kapsamının genişlemesi, ayrıca tüketiciye bakışın değişmesiyle zayıf taraf kavramının günümüzde giderek belirsizleşmeye başlaması üzerinde durulması gereken, çalışmamız açısından faydalı bir konu niteliğindedir.

Zayıf taraf kavramının herkesçe bilinen söz konusu örnekleri dışında iki tacir veya tacir gibi sorumlu olanlar arasındaki sözleşmelerde de karşı tarafa nazaran daha zayıf konumda olan tarafın korunması amacı, zayıf taraf kavramını ilginç bir boyuta taşımaktadır. Sözleşmede tacir sıfatına sahip taraflardan birinin küçük veya orta ölçekte bir işletme sahibi, yaygın kullanılan kısaltılması ile kobi, olması dolayısıyla aralarında oluşabilecek ekonomik açıdan pazarlık gücü dengesizliğine, hak ve borçları arasında eşitsizliğe ilişkin uluslararası hukukta ve ulusal hukuk düzenlerinde birtakım düzenlenmeler de söz konusudur. Örneğin, Uluslararası Ticaret Sözleşmelerine ilişkin UNIDROIT İlkeleri (PICC) arasında madde 3.10'a göre, sözleşmede yer alan hükümler ya da sözleşmenin kendisi bir tarafa aşırı, orantısız bir yarar sağlaması durumunda zayıf konumda olan tarafın talebi üzerine mahkemenin sözleşmeyi ya da belirli bir hükmünü eşit pazarlığa ilişkin ticari teammüllere uygun hale getirilmesi için uyarlaması söz konusudur. Bu yönde bir hükmün ulusal çapta tüketici sözleşmeleri için daha uygun olacağı düşünülse de uluslararası bir ticari sözleşmede tarafların ekonomik darboğaz, bağımlılık hali, acil ihtiyaçlar gibi durumlardan ya da pazarlık kabiliyetinin yoksunluğu,

⁹¹⁸ Lokiec, s. 79.

tecrübesizlik, tedbirsizlik gibi kişisel özelliklerden dolayı zayıf taraf kabul edilmesi ve bu şekilde bir koruma getirilmesine engel bulunmadığı belirtilmektedir.⁹¹⁹

Buna ek olarak, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin ticari faaliyetleri sırasında girdikleri sözleşme ilişkilerinde zayıf taraf olarak hukuki korumaya muhtaç olup olmadıkları da söz konusu kavramın boyutu bakımından önemlidir. Özellikle tüketici sözleşmeleri dışında tacirler arası sözleşmelerdeki (*Business to Business, B2B*) zayıf taraf için tüketiciye tanınan korumanın getirilmesi meselesi, AB Hukukunda ve üye ülke hukuk sistemlerinde⁹²⁰ giderek daha fazla tartışılmaya başlanmıştır. AB hukuku kapsamında tacirler arası sözleşmeye ilişkin bu yöndeki düzenlemeler, bir tarafın pazarlık gücünün yokluğu halinde buna karşı piyasanın düzgün işleyişini sağlama amacıyla koruyucu önlemler getirilebilmesi için yürürlüğe girmiştir⁹²¹. 1986 tarihli Ticari Acentalara İlişkin Yönerge'nin⁹²² gerekçesinde ticari hayattaki hukuki işlemlerin ve ticari acentaların karşı tarafa karşı korunmasından bahsedilmesi, AB hukukundaki kanun koyucunun tüketiciler dışında ticari faaliyette bulunan kişilerin de sözleşmedeki karşı tarafa nazaran daha zayıf konumda olabileceğini ve bu yönde yasal koruma ihtiyacının

⁹¹⁹ Jacques DU PLESSIS (2009). “Chapter 3: Validity”, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), Ed.: Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp, Oxford: Oxford University Press, s. 449, Marcel FONTAINE (2007). “Les Principes d’Unidroit et la Protection de la Partie Faible”, The Future of European Contract Law, Ed.: Katharina Boele-Woelki, Willem Grosheide, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, s. 186. Ek olarak, PECL md. 4: 110 hükmünde de aynı yönde düzenleme olduğuna ilişkin bkz. Kötz, s. 138.

⁹²⁰ Karşılaştırmalı hukuk kapsamında örneğin, Fin hukukunda zayıf tarafın korunması ilkesinin Borçlar hukukundaki genel ilkeler arasında yer alması nedeniyle küçük işletmelerin herhangi bir özel düzenlemeye gerek olmaksızın söz konusu ilke çerçevesinde korunması gerektiğine ilişkin bkz. Bårlund/ Moeglvang-Hansen, s. 122. Başka bir örnek olarak, Fransız hukukunda Ticaret Kanunu md. 442-1/ f. 1/ b. 2 hükmünde tacirler arası sözleşmelerde tarafların hak ve borçları arasında önemli bir dengesizlik yaratan yükümlülükler öngören kişinin karşı tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Söz konusu hükmün Anayasa’ya aykırı olup olmadığını inceleyen Fransız Anayasa Mahkemesi, 13 Ocak 2011 tarihli kararında “önemli dengesizlik” kavramının kanunilik ilkesine aykırı olmadığını, önceki tarihli içtihatlarda kullanılageldiğini ve çalışmamız açısından dikkat çekici şekilde tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların denetimi için öngörülen Tüketici Kanunu md. 212-1/ f. 1 hükmüne benzer bir düzenleme olması nedeniyle hakimin “önemli dengesizlik” kavramını somutlaştırma faaliyeti sırasında bu hükümden kıyasen yararlanabileceğini karara bağlamıştır. Konuyla ilgili bilgi için bkz. Choné- Grimaldi, s. 199. Ayrıca söz konusu Fransız Anayasa Mahkemesi kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Commentaire de la Décision n° 2010-85 QPC – 13 janvier 2011 Établissements DARTY et Fils, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier N. 32, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/201085qpc/ccc_85qpc.pdf (Son Erişim Tarihi: 05.07.2019)

⁹²¹ Marco B.M. LOOS, Ilse SAMOY (2014). “The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law: an Introduction”, The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law, Ed.: Marco B.M. Loos, Ilse Samoy, Cambridge: Intersentia Publishing, s. 2, Lurger, s. 355. Ayrıca sigorta tüketicisi kavramının kapsam alanına küçük ve orta ölçekli işlemler ve profesyonellerin de girdiğine ilişkin bkz. Ünán, (2016a), s. 5.

⁹²² Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, OJ L 1986, 382/ 17.

varlığını tanınması anlamına gelmektedir⁹²³. 1990 tarihli Paket Tatil ve Turlara İlişkin Yönerge⁹²⁴ md. 2/ f. 4 hükmünde ise, tüketici kavramının tanımı iş seyahati yapan kişileri de yönergenin koruyucu kapsamına alacak şekilde geniş yapılmıştır. 2000 yılında ilk kez düzenlenen, 2011 yılında ise revize edilen Ticari İlişkilerde Geç Ödemeye Karşı Mücadaleye İlişkin Yönerge⁹²⁵, AB içindeki hukuki işlemlerde para akışının piyasa işleyişini aksatmayacak düzeyde sağlanabilmesini ve kamu sektöründe kobilerin ticari faaliyetleri sırasında diğer piyasa aktörleri ile yaptığı sözleşmelerde taraflar arasında bozulan güç dengesinin düzeltilebilmesini amaçlamaktadır. Kamu sektörünün kendi kuralları doğrultusunda yalnızca bu sektörde ticari faaliyetlerini sürdüren kobilerin alacaklı olarak vadeyi ya da ödeme planını belirlemede pazarlık gücünün varlığından söz edilemeyecektir. Bu nedenle söz konusu yönergede para borcunun ifasında temerrüde düşülmesi durumunda alacaklı kobi lehine faiz isteme hakkını tanıyan, faiz oranını belirleyen hükümlerin yanı sıra, temerrüt faizi oranı ve gecikme tazminatı talebini ortadan kaldırmaya yönelik sözleşme hükümlerinin ya da uygulamaların alacaklı için ağır bir şekilde haksızlık oluşturduğunu düzenleyen hükümler yer almaktadır.⁹²⁶

Tacirlerin tüketiciye ilişkin korunmanın kapsamında olup olmadığı konusunda tüzel kişilerin tüketici olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu da gündeme gelmektedir. Bu bakımdan Türk hukukunda 6502 sayılı TKHK md. 3 hükmünün (k) bendinde açıkça tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin ticari amaç gütmeyen dernek ve vakıfların girdiği sözleşme ilişkilerinde tüketici korumasından yararlanması bakımından isabetli olduğunun belirtilmesinin⁹²⁷ yanı sıra zayıf taraf kavramının özellikle küçük işletmeler lehine genişletilmesinin yasal olarak önünü açmaktadır.

Tüketicilere ilişkin korunmanın tüketici olmayan kişileri de kapsayacak şekilde tanınması, tacir ile tüketici arasındaki sınırın belirlenmesinin zorluğu bakımından eleştirilmiştir⁹²⁸. Buna karşılık küçük ve orta büyüklükteki işletmeler açısından hukuki korunmanın sağlanması için AB hukuku ve üye ülkelerin hukuk sistemleri özelinde iki

⁹²³ Loos/ Samoy, s. 4.

⁹²⁴ AB Yönerge No. 90/ 314/EEC, T. 13.06.1990, OJ L 1990, 158/59.

⁹²⁵ AB Yönerge No. 2011/ 7/ EU, T. 16.02.2011, OJ L 2011, 48/1.

⁹²⁶ Loos/ Samoy, s. 6.

⁹²⁷ Çağlar ÖZEL (2019). *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 5. Baskı, Ankara: Seçkim Yayıncılık, s. 41, Ömer ÇINAR (2009). *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 35-36, Aydoğdu, s. 60. Belçika hukukunda ise tüzel kişilerin tüketici tanımı dışında kalmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Claeys/ Steennot, s. 10.

⁹²⁸ Bu eleştiriler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Lehmann, s. 17, Loos/ Samoy, s. 2.

farklı noktaya dikkat çekilmiştir. Bunlardan ilki, tüketicinin korunması amacının özellikle sözleşme hukukunun geliştirilmesi ve revize edilmesi için bir araç ve kolaylaştırıcı niteliğinde olmasıdır. Böylelikle ticari faaliyetlerde bulunan tarafların sözleşme ilişkisinde korunmasının önü açılabilen, nitekim Paket Tatil ve Turlara İlişkin AB Yönergesi örneğinde tüketiciler kadar ticari veya mesleki faaliyetleri sırasında seyahat eden kişilerin de korunduğu belirtilmektedir. İkinci olarak ise, tüketicinin korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerde tacir veya tacir gibi sorumlu olanların da yararlanabileceği genel, çerçeve hükümlerin yer almasıdır. Bu açıdan söz konusu hükümlerin yorumlanmasında mahkemelerin tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümlerden yararlanması ve kıyasa başvurusu mümkündür⁹²⁹.

Aynı zamanda bütün bu bilgilerin yanı sıra belirtmek gerekir ki, sözleşmede zayıf taraf kavramının her zaman ve her halükarda aynı sözleşme tarafı hakkında ya da sözleşmenin yalnızca belirli bir aşamasında söz konusu olacağını düşünmek yanıltıcı olacaktır⁹³⁰. İlk olarak, tüketici ile tacir arasındaki sözleşme ilişkisinde çoğunlukla korunan tüketicinin sözleşme konusu üzerinde tacirin sahip olduğundan daha fazla bilgi, donanım ve tecrübeye sahip olması imkân dâhilindedir. Bu olasılık, tüketicinin öncelikli olarak korunmaya muhtaç taraf olduğu, karşı tarafın ise hukuken korunma ihtiyacı içinde görülmeyen veya nispeten daha az korunan taraf olduğu öngörüsünü sarsmaktadır. Dahası, tüketicilerin sözleşme konusu mal veya hizmeti kişisel, özel ihtiyaçlarına yönelik olarak elde etme amacının karşı tarafın kar elde etme amacı ile kıyaslandığında kendiliğinden zayıf taraf niteliğini kazandırmadığı ileri sürülmektedir. Tüketicinin karşı tarafa nazaran daha az bilinçli olması ya da ekonomik açıdan zayıf olması, hayatın olağan akışında daha sık görülse de hukuk düzeni içerisinde bu durumu genelleştirmenin sakıncalı olduğu belirtilmektedir⁹³¹. Diğer taraftan ise, nisbi emredici hukuk kurallarının tüketicileri koruması açısından yerindeliği, tüketicinin karşı taraf olan tacire kıyasen daha fazla bilgiye sahip olması halinde dahi tartışılmayacağı savunulmaktadır. Zira bireysel bir olayda tüketicinin güçlü konumda olması, makro ölçekte sosyo-ekonomik anlamda

⁹²⁹ Hondius, s. 96, Loos/ Samoy, s. 3.

⁹³⁰ Cherednychenko (2007b), s. 251, Gomez/ Artigot, s. 324.

⁹³¹ Fontaine, s. 620, Gomez/ Artigot, s. 323. Tüketicinin kendi hukuki işlemlerinin sonuçlarını üstlenemeyen, zavallı bir figür olarak ele alınmasının artık mümkün olmayacağı yönündeki görüş için bkz. Hartlief, s. 265. Aksi yönde tüketicinin gücü veya zayıflığına bakılmaksızın tüketiciyi koruyucu hükümlerin uygulanacağına ilişkin bkz. Bårlund/ Moeglvang-Hansen, s. 124.

tüketicinin olağan zayıflığına karşı düzenlenen nisbi emredici, koruyucu hukuk kurallarının amacını değerlendirmede ilgisiz bir veri niteliğindedir⁹³².

Bu noktada yaptığı her sözleşmede ekonomik açıdan güçlü konumda olduğu varsayılan tarafın somut olayda hakkındaki ön kabule uygun bir durumda olup olmadığının tespiti önem kazanmaktadır. Deneyimi ve uzmanlığı bulunan ticari veya mesleki faaliyeti ile ilgili olmakla beraber, bilgisinin olmadığı bir alanda, konuda yaptığı sözleşmelerde, örneğin müteahhidin şantiye malzemelerini sigorta ettirmesi gibi, tacir sıfatına sahip tarafın her zaman güçlü taraf olmadığına dikkat çekilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren kişi ticari veya mesleki faaliyetlerini sürdürme amacına sahip olsa da ayrı bir uzmanlık alanı olan sigortacılıkta sigorta ettiren tarafın tacir sıfatı taşıması, tüketiciye ilişkin korumadan yararlanmasını engellemeyecektir⁹³³. Bu durumda sahip olunan tacir sıfatının kişiye sözleşme ilişkisinde her zaman ve her halükarda güçlü, korunmaya muhtaç olmayan taraf niteliği kazandırdığına şüpheyle yaklaşılmaktadır⁹³⁴. Konuya ilişkin Türk hukukunda 6102 sayılı TTK md. 19'da düzenlenen ticari iş karinesi gereği tacirin sözleşme yapma amacının ticari nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak aynı maddenin ilk fıkrasında da belirtildiği üzere, gerçek kişi tacirin sözleşmeyi yaptığı anda karşı tarafa ticari veya mesleki bir amaç taşımadığını açıkça beyan etmesi ya da dürüstlük kuralı gereği hukuki işlemin ticari iş kapsamında sayılmaması halinde, tacirin üstlendiği borç, adi borç sayılmaktadır. Bu durumda sözleşme tarafının tüketici niteliği gereği TKHK md. 1 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁹³⁵.

Zayıf taraf kavramına ilişkin *a priori* yaklaşıma karşın bir diğer husus, sözleşmenin çeşitli aşamalarında ekonomik veya sosyal açıdan taraflar arasındaki güç dengesinin ve buna bağlı rollerin değişebilmesinin mümkün olmasıdır. Sözleşme öncesi pazarlık aşamasında zayıflık oluşturan bir etkene sahip taraf, sözleşme kurulduktan sonraki dönemde bu durumdan kurtulabilir. Örneğin, sözleşmede taahhüt ettiği yükümlülüğe ilişkin pazarlık gücünden yoksun taraf, uyuşmazlığın doğması halinde tahkim yolunu seçip seçmeme yetkisine sahip olabilir. Söz konusu dönüşümde zayıf tarafı koruyucu hukuk kurallarının payı doğal olarak büyüktür. Sözleşme öncesi zayıf taraf olan kiracı, kendisini koruyucu kanun hükümleri kapsamında kiraya verene nazaran daha

⁹³² Rösler, s. 739.

⁹³³ Ünal, s. 11.

⁹³⁴ Fontaine, s. 621, Lurger, s. 374.

⁹³⁵ Aydoğdu, s. 61-62, Özel, s. 45. Karş. Çınar, s. 39.

güçlü duruma gelebilmektedir. Bahsedilen durumun tam aksi de mümkündür. Örneğin, sigorta sözleşmesinde sigortacının sigorta ettirene oranla daha güçlü konumda olduğu kabul edilse de riskin tanımlanması ve oluşabilecek zararın çevresel faktörleri hakkında sigorta ettiren, sözleşmenin karşı tarafına oranla daha bilinçli ve güçlü bir konumda olabilmektedir⁹³⁶. Diğer yandan sözleşme tarafına atfedilen zayıflık halinin ekonomik, informatik, psikolojik, sosyal vb. birçok açıdan ortaya çıkabilme ihtimali, hukuk düzeninde korumaya muhtaç tarafın hangisi olduğuna dair kesin, istikrarlı bir hukuk düzenlemesinin varlığını zorlaştırmaktadır⁹³⁷. Pazarlık gücü bakımından tarafların sözleşmedeki konumunu dengelemek için önlemler getirmek kolay değildir. Zayıf tarafın korunması ilkesini uygulamada tek başına sözleşmedeki asimetric ilişkinin varlığına değil, ayrıca piyasadaki konumları, ekonomik güçleri veya piyasa bilgileri dışında tarafların farklı özelliklerinin sözleşmenin içeriğine etkisine bakılması gerektiği öne sürülmektedir⁹³⁸.

Bu konuda zayıf taraf açısından *a priori* koruma yerine somut olayda mevcut sözleşmeye uyarlanabilir bir koruma getirilmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Zayıf tarafın korunması ilkesinin genel, esnek bir şekilde uygulanması gerektiğini savunan bu görüş, sözleşmede taraflar arasındaki dengesizliğin koruyucu hukuk kuralının düzenlendiği sözleşme tipiyle ya da o sözleşme türü içerisinde ilgili durumla benzer boyutta olmayabileceğini savunmaktadır. Buna göre örneğin, rekabet etmeme yükümlülüğü getiren sözleşme hükümlerine karşı alınması gereken hukuki önlemler, temel olarak birbirinden farklı olmayacaktır. Yaygın şekilde hizmet sözleşmesinde işçiye karşı getirilen bu yükümlülüğün temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediği örneğin, franchise sözleşmesinde de dikkate alınması gereken bir husustur. Temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı sözleşme hükümleri taşıdıkları amaç doğrultusunda ölçülü olmalıdır⁹³⁹. Söz konusu görüşe benzer şekilde özel hukuk alanında somut olaydaki sözleşmenin kendi özelliklerine uyarlanabilir ve yorumu için elverişli olan yönlendirici, genel ilkeler ile kavramların var olduğu ve bunlar aracılığıyla ekonomik etkinliğin

⁹³⁶ Fontaine, s. 617-618.

⁹³⁷ Choné- Grimaldi, s. 194. Zayıf taraf olarak korunan belirli bir sosyal gruptan daha da zayıf konumdaki kişilerden bahsedilebileceğine ilişkin bkz. Marella, s. 268.

⁹³⁸ Gomez/ Artigot, s. 323.

⁹³⁹ Sözleşmeye karşı bir tarafın korunması bakımından ölçülülük ilkesine önem atfeden bu görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Lokiec, s. 79-80.

sağlanabilmesi için gerekli olan, mevcut sözleşmeye özgülenmiş hukuki çözüme ulaşma amacının gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir⁹⁴⁰.

Bu bilgiler ve tespitler ışığında zayıf tarafın *a priori* şekilde veya her somut olaya bakılarak belirlenmesine ilişkin meselenin kamu düzeni açısından nasıl ele alınması gerektiğine değinilmelidir. Kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti sırasında ele alınması gereken unsurlar ile zayıf tarafın korunması ilkesinin hukuki temellerine ilişkin kavramların bir arada değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki, sözleşme ilişkisi zayıf taraf kavramına verilen tüketici, işçi, kiracı gibi klasik örneklerde hukuk düzenindeki yerleşik uygulama sonucunda *a priori* şekilde zayıf tarafın belirlenmesi mümkündür. Söz edilen klasikleşmiş durumlar dışında teknolojik gelişmeler veya toplumsal ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının sürekli değişim içinde olması gibi zamana bağlı, belirlenmesi zor etkenler nedeniyle sözleşmenin zayıf tarafı kavramının tespiti konusunda klasik örneklerin sahip olduğu belirlilik, kesinlik ölçüsüne ulaşılp ulaşılamayacağı bir soru işareti niteliğindedir.

Sözleşmelerde zayıf tarafın kim olduğunun önceden belirli olmasına karşı birçok eleştiri de karşılaştırmalı hukuk öğretisinde getirilmiş bulunmaktadır. Örneğin, bazı sözleşme türleri çerçevesinde belirli bir tarafın merkezinde koruma çemberinin oluşturulması, farklı sözleşmelerde meydana gelebilecek zayıflık hallerinin tespitinde mutlaka klasik örneklerin taşıdığı özelliklerin aranması ile birlikte somut olaydaki sözleşmenin özelliklerinin dikkate alınmaması sonucuna yol açacaktır. Aksine uyumsuzluğa konu sözleşmenin taşıdığı amaç esas alınarak bir tarafın temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasının ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken hâkimin zayıf taraf niteliğine ilişkin bir ön kabule varması sözleşme hukukunun iradiliği ve esnekliği ile uyumadığı belirtilmektedir. Ayrıca zayıflık durumunun ekonomik, sosyal, psikolojik, informatik vb. gibi birçok farklı şekilde ortaya çıkabilmesi karşısında hukuken korunması gereken sözleşme tarafının istikrarlı ve kesin şekilde belirlenmesi zorlaşmaktadır. Zayıf tarafın korunması ilkesinin somut olayda belirli bir taraf lehine devreye girebilmesi için yalnızca taraflar arasındaki dengesizliğin varlığı ile yetinilmemeli, aynı zamanda sözleşmenin yapıldığı sektör içerisinde tarafların ekonomik güçleri, piyasaya dair bilgileri gibi taşıdığı birçok niteliğin sözleşme içeriğine etkisinin tartışılması gerekmektedir.

⁹⁴⁰ Gomez/ Artigot, s. 323-324.

Aynı zamanda kamu düzeni kavramı ve zayıf tarafın korunması ilkesi başlıkları altında incelenmesi gereken ilke, değer ve kavramların hâkim tarafından somut olaydaki uyumsuzluğun çözümü için değerlendirilmesi gereklidir. Örneğin, maddi sözleşme özgürlüğünün varlığı bakımından hâkimin sözleşme içeriğinin temelini oluşturan tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını araştırma ödevi⁹⁴¹, her somut olayda zayıf tarafın önceden belirlenmesini güçleştiren bir etken olup, söz konusu eğilimle örtüşmemektedir. Hâkimin araştırma ödevinin hukuk ve işlem güvenliğini tehlikeye atma olasılığını göz ardı etmemekle beraber mahkemede söz konusu araştırmanın uyumsuzluğu adil şekilde çözebilmek adına ancak istisnai hallerde ve dikkatle yapılması gerektiğini belirtmeliyiz. Nihayetinde hâkim, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını araştırarak sözleşmede ileri sürülen bir dengesizlik hali karşısında hangi tarafın korunması gerektiğine karar vermelidir. *A priori* belirlemeye karşı başka bir nokta, kamu düzeni gereği sözleşmede taraflar arasında yapısal eşitsizlik hali oluşturan, ekonomik düzendeki bir piyasa aksaklığının giderilmesi için bazı şartların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesidir⁹⁴². Sözleşme tarafının ekonomik hak ve özgürlüklerinin yok edilip edilmediği ve toplumsal ekonomik barışı sarsacak derecede yaygın görülen bir eşitsizliğin varlığı, hâkim tarafından kamu düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, çalışmanın konusu kavramın özelliği gereği istisnai durumlarda, her somut olayda hâkimin değerlendirmesine bağlı olarak kamu düzeni adına sözleşmede korunması gereken zayıf tarafın tespit edilmesinin daha adil bir hukuki çözüme katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

2.1.2. Düzeltici adalet ve dağıtıcı adalet kavramları

Zayıf tarafın korunması ilkesinin nasıl bir adalet anlayışı doğrultusunda hukuk kurallarına yansıtılması gerektiğini açıklığa kavuşturmanın hukuki temellendirme için aydınlatıcı olacağı düşüncesindeyiz. Sözleşmede yer alan hükümlerin adil olduğu varsayımının sözleşme taraflarının eşit konumda olduğu ön kabulüne bağlı olduğunu çalışmamızın bu bölümünde daha önce belirtmiştik⁹⁴³. Devletin özel hukuk ilişkilerine müdahalesine tereddütle yaklaşan, aynı zamanda özel hukukun temelini oluşturan

⁹⁴¹ Söz konusu ödevle ilişkin ayrıntılı bilgi için yuk. bkz. III, 1.3.2.1.2., s. 194.

⁹⁴² Daha ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. III, 2.2.3., s. 246 vd.

⁹⁴³ Bkz. yuk. III, 1.3.2.1.1., s. 192.

düzeltilici adalet anlayışına göre, tarafların yaptıkları hukuki işlemlerde arzuladıkları öznel hedeflere ulaşma amacı taşıdıkları ve eşitler arasında rekabete dayalı piyasada doğacak olası sonuçları kabul ettikleri varsayımı sonucu ortaya çıkan sözleşmeler, kural olarak adildir⁹⁴⁴. Adil nitelikte olduğu kabul edilen sözleşme ilişkilerinde yine de bir eşitsizlik hali ortaya çıkabilir. Pazarlık gücü bakımından aynı ağırlığa sahip olmayan taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hükümleri taraflardan birinin reddetme imkânı olmaması, özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelecektir. Sosyal veya ekonomik açıdan korunması gereken taraf lehine getirilecek hukuk kuralları, eşitsizlikleri düzeltmek ve rekabete dayalı piyasa içerisinde taraflar arasındaki eşitliği yeniden sağlamak amacını taşıyacaktır⁹⁴⁵. Bu bakımdan düzeltilici adalet, sözleşme tarafını gerçek anlamda özgür ve güçlü kılma, diğer bir ifadeyle karşı tarafın önerisiyle bağlı kılmamayı hedeflemektedir. Düzeltilici adalet kapsamında söz konusu amacı gerçekleştirme adına hukuk kuralları düzenlenirken kişilerin herhangi bir ayırt edici özelliğinin, örneğin, sosyal konumu, ahlaki karakteri, refah seviyesi ya da maddi ihtiyaçları, göz önünde bulundurulmaması esas olmalıdır. Bu anlayışın arka planında doğal olarak mutlak eşitlik algısı yatmaktadır⁹⁴⁶.

Güçlü tarafa karşı zayıf tarafın korunması ihtiyacı, düzeltilici adalet anlayışı tarafından kabul edilirken, devletin sözleşmeler yoluyla malvarlığı değerlerinin dağıtımını ve tüketilmesi üzerinde genel nitelikteki bir müdahalesine ise şüpheyle yaklaşmaktadır. Herkesin ülke refahından eşit paya sahip olmasını öngören dağıtıcı adalet anlayışına göre, devlet, sözleşme adaletini ve malvarlığı dağılımında geniş ölçüde eşitliği sağlama, sözleşmede güçlü tarafın baskısı karşısında lehine haklar tanıyan hukuk kuralları yoluyla direnmesini sağlama hedefi ile zayıf tarafı güçlendirme görevine sahiptir. Ancak düzeltilici adalet anlayışı doğrultusunda hukuki düzenlemelere sahip özel hukuk alanında devletin sözleşmeye müdahalesini başta sözleşme özgürlüğü olmak üzere özgürlüklere karşı kısıtlayıcı ve soyut değil, olumlu ve somut nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir⁹⁴⁷. Düzeltilici ve dağıtıcı adalet anlayışı arasındaki temel fark, ilkinin doğrudan bir hukuki

⁹⁴⁴ Jean- Fabien SPITZ (2007). “*Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée*”, RTD Civ., Avril/ Juin 2007, s. 283, Le Roy/ Schöenberg, s. 38, Cherednychenko (2007b), s. 33.

⁹⁴⁵ Aynı zamanda malların serbest dolaşımının sağlanması amacının da düzeltilici adalet fikrinin temel sacayaklarından biri olduğu ilişkin bkz. Spitz, s. 282.

⁹⁴⁶ Ayrıca konuya ilişkin bir tarafın hukuken sahip olduğu bir malvarlığı değerinin hukuka aykırı şekilde karşı tarafa geçtiği kabulü ve bu anlamda sözleşmede hukuka aykırı kazanım ile oluşan zararın eşit olduğu algısına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Cherednychenko (2007b), s. 34.

⁹⁴⁷ Spitz, s. 284-285.

işlem kapsamında iki taraf arasındaki, ikincisinin ise dolaylı olarak tüm kişileri kapsayacak bir sistemle adaletin sağlanacağını öngörmesidir⁹⁴⁸. Düzeltici adaletten farklı olarak, dağıtıcı adalet anlayışına göre ancak kişilerin sahip olduğu özellikleri dikkate alarak eşit bir paylaşımın yapılması mümkündür. Düzeltici adalet, genel olarak tarafların eşit olduğu düşüncesiyle kişisel özelliklerini dikkate almaksızın hukuki işlem özelinde yarar-zarar dengesinin düzenlenmesinde adil bir sonucu amaçlamaktadır⁹⁴⁹.

Önemle belirtmek gerekir ki, özel hukuk alanında düzeltici adalet anlayışının yeterince adil hukuki sonuçlar doğurup doğurmadığı, dağıtıcı adaletin özel hukuk içindeki rolü tartışılmaya başlanmıştır. Sözleşme özgürlüğü gereğince kişilerin kendi özel menfaatleri doğrultusunda hareket etmesi esas olup, dağıtıcı adalet anlayışı gereği sözleşmede tarafların toplumun genel menfaatini dikkate alması kabulünün sözleşme özgürlüğünü kısıtlayacağı aşikârdır. Düzeltici adalet, sözleşmenin öz değerlerini taşıırken; dağıtıcı adalet sözleşme hukukuna yabancı bir ölçüt olarak devletin hukuk düzenini temsil etmektedir⁹⁵⁰. Diğer taraftan ise düzeltici adalet anlayışı ile düzenlenen özel hukuk kurallarının dağıtıcı adalet kavramına tamamıyla yabancı olmadığı belirtilmektedir. Tarafların nesnel amaçları, ihtiyaçları ve taşıdığı avantajlar-dezavantajlar arasında bir farklılık gözetilmemesi, maddi kaynakların adil dağıtılması amacı ile örtüşmemektedir⁹⁵¹. Fakat dağıtıcı adalet ile özel hukuk kurallarının taban tabana zıt olmadığı, özel hukuk kurallarının bu yönde etkiler gösterebildiği ileri sürülmektedir. Bu açıdan piyasa koşullarına hakim olan tarafın bilgisini, yeteneğini ya da pazarlık gücünü daha lehe sözleşme hükümlerinin düzenlenmesi için kullanılmasını kontrol altına alabilme amacını taşıyan özel hukuk kurallarının dağıtıcı adaletin etkisinde olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca esas olarak ekonomik veya sosyal açıdan zayıf tarafın daha güçlü olan karşı taraf ile girdiği sözleşme ilişkisinde o işlemin belirli özellikleri ve taşıdığı riskler hakkında bilgilendirici veya uyarıcı nitelikteki birçok özel hukuk kuralının dağıtıcı adalet anlayışından etkilendiği kabul edilmektedir. Tüm bu tespitlerle beraber dikkat edilmelidir ki, düzeltici adalet sisteminin asıl kabul edildiği özel hukuk ilişkileri kapsamında dağıtıcı

⁹⁴⁸ Ernest J. WEINRIB (2012). *The Idea of Private Law*, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, s. 70-71, Wilhelmsson, s. 717, Le Roy/ Schöenberg, s. 39, Cherednychenko (2007b), s. 35.

⁹⁴⁹ Weinrib, s. 71, Cherednychenko (2007b), s. 36.

⁹⁵⁰ Canaris, *Die Bedeutung der Iustitia Distributiva*, s. 13 (Cherednychenko (2007b), s. 39'dan naklen).

⁹⁵¹ Peter BENSON (2001). "*The Unity of Contract Law*", *The Theory of Contract Law*, Ed. Peter Benson, Cambridge: Cambridge University Press, s. 192.

adalet anlayışının söz konusu hallerde uyuşmazlığın çözümünde bir ölçüt olarak değil, dolaylı şekilde taraflar arasında adalet dağılımında göz önüne alınması esastır⁹⁵².

Malvarlığı değerlerinin sözleşme yoluyla el değiştirmesinde hukuk kurallarının başta ekonomik özgürlükler olmak üzere temel hak ve özgürlükleri korumada yetersiz kalabildiği ve gelişmekte olan ülke veya piyasa koşullarında ekonomik bağımlılıkların ya da sosyal açıdan zayıflıkların karşı tarafça kötüye kullanılması karşısında zayıf tarafın korunması ilkesinin önem kazanması, doğal bir sonuçtur. Bu bağlamda “*bırakınız yapsınlar*” şeklinde özetlenebilecek klasik liberal anlayış, kişinin bir başkası, çoğunlukla sözleşmenin karşı tarafı, lehine köle haline gelme özgürlüğünü tanıyacak şekilde genişletilmemelidir⁹⁵³. Toplumun genelinde ulaşılması hedeflenen amaçları gerçekleştirme, kamu düzeni kuralları yoluyla genel menfaati koruma gibi dağıtıcı adalet unsurları özel hukukun bazı alanlarında görülebilmektedir⁹⁵⁴. Zayıf tarafın korunması ilkesinin, söz konusu açıklamalar ışığında, sözleşme tarafının bazı özelliklerinin ön planda tutulması ve piyasanın düzgün işleyebilmesi adına dolaylı olarak genel menfaate de hizmet etmesi gibi nitelikleri bakımından düzeltici adaletin baskın olduğu özel hukuk kurallarının biraz da olsa dağıtıcı adalet anlayışına yakınlaşmasının bir örneği olduğu kanaatindeyiz.

2.1.3. Zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde maddi sözleşme özgürlüğü

Farklı hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda birbiriyle benzer nitelikte, çeşitli ihtiyaçların karşılanması söz konusudur. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebeplerinin getirilmesinin arka planında yer alan ihtiyaçlar arasında tarafların menfaatleri ile örtüşüp örtüşmediğine bakılmaksızın hakkaniyetin, ahlakiliğin veya piyasa etkinliğinin sağlanmasındaki genel menfaatin ya da lehe hukuki koruma getirilen belirli bir sosyal grup içinde yer alan sözleşme tarafının veya üçüncü kişilerin menfaatinin korunması bulunmaktadır⁹⁵⁵.

⁹⁵² Guido ALPA (2009). “*Party Autonomy and Freedom of Contract Today*”, The Politics of the Draft Common Frame of Reference, Ed. Alessandro Somma, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, s. 88-89, Cherednychenko (2007b), s. 40.

⁹⁵³ Spitz, s. 285. Aynı şekilde ahlak kuralları adına irade özerkliğine getirilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ripert (1949), s. 38- 40, Ghestin (2013), s. 154-155.

⁹⁵⁴ Cherednychenko (2007b), s. 44, Marella, s. 266.

⁹⁵⁵ Marella, s. 258.

Bahsedilen genel çerçeve içerisinde zayıf taraf, sözleşme ilişkisinde karşı tarafa oranla, özel bir hukuki koruma olmaksızın, irade özerkliğini genişleten ve sorunsuz şekilde kullanmasını sağlamasından ziyade kişisel özgürlüklerini tehdit eden bir sözleşmesel düzenle karşılaşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, zayıf konumda sözleşmeye giren taraf, ekonomik yaşamı üzerinde temel hak ve özgürlüklerle koruma altına alınmış değerli bir kontrol mekanizmasını kullanmak veya buna kavuşmak yerine bundan feragat etmek zorunda kalmaktadır⁹⁵⁶. Bu nedenle zayıf tarafın korunması ilkesi doğrultusunda düzenlenen hukuk kurallarının toplumsal niteliği göz ardı edilemeyecek düzeydedir. Mevzuat İsviçre hukukunda söz konusu ilke ışığında hareket eden kanun koyucunun taşıdığı amacın sosyal niteliğinin örneğin, tüketici sözleşmeleri açısından öneren ve kabul eden arasında eşitliğin sağlanması hedefi ile bağlantılı olduğu belirtilmektedir. Örneğin, tüketicinin sözleşme konusu mal hakkında kendisine doğru ve kapsamlı bilgi verilmesi, taahhüt ettiği yükümlülüğün kapsamı hakkında fikir sahibi olması, karşı edime ilişkin ifa engellerine karşı etkin korunması amacı söz konusudur⁹⁵⁷. Piyasa ekonomisi içerisinde tüketicinin sözleşmede zayıf niteliğini suiistimaline karşı hukuk kuralları ile korunması ihtiyacı giderek artmaktadır. Sözleşmenin mutlak eşitlik taşıdığı dogmasının hem içsel hem de dışsal etkenlere karşı sözleşme tarafının koruma ihtiyacı karşısında gerilediği, İBK md. 19/ f. 1’de birbirleriyle karşı karşıya gelmesi muhtemel iki ilkenin, sözleşmeye objektif ve düzeltici nitelikte müdahaleleri öngören zayıf tarafın korunması ile sözleşme özgürlüğü ilkesinin, bir arada okunması gerektiği belirtilmektedir⁹⁵⁸.

Zayıf tarafın korunması ilkesi ışığında düzenlenen hukuk kurallarının sözleşmenin belirli bir tarafı lehine sosyal koruma sağlama amacının sözleşme özgürlüğü ilkesine etkisi ve sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı niteliğini ele almak yararlı olacaktır. Sözleşme özgürlüğü ilkesine dair geleneksel, klasik anlamda değerlendirmelerin dışına çıkabilmek ve Borçlar hukukunun sacayaklarından biri olan söz konusu ilkenin değişen ekonomik ve sosyal koşullar karşısında işlevini korumak için şekli ve maddi sözleşme özgürlüğü ayrımı öğretide ileri sürülmüştür. Bu çerçevede sözleşme özgürlüğü, zayıf tarafın gerçek iradesinin sözleşme hükümlerine ne kadar yansıtıldığı, sözleşmenin kurulması aşamasında irade beyanının gerçekten bağımsız ve özgürce oluşup

⁹⁵⁶ Dori KIMMEL (2017). ‘*Personal Freedom and the Protection of the Weak through the Lens of Contract: Jurisprudential Overview*’, General Principles of Law European and Comparative Perspectives, Ed. Stefan Vogenauer, Stephen Weatherhill, Oxford: Hart Publishing, s. 305, Möllers, s. 127, Özel, s. 26.

⁹⁵⁷ Giger, s. 22. Buna paralel olarak gerek adalet gerek hakkaniyet gereği zayıf tarafın korunması gerektiğine ilişkin bkz. Özdamar, s. 182.

⁹⁵⁸ Tercier (2004), s. 214, Giger, s. 21.

oluşmadığının incelenmesi noktasında yeniden tanımlanması gereken bir ilkedir. Yalın anlamıyla irade özerkliği, şekli sözleşme özgürlüğünü korumakta, tarafların özgür iradeleriyle kendi menfaatleri doğrultusunda yaptıkları sözleşmeye müdahale edilmeyeceğini garanti altına almaktadır. Şekli sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşmenin doğurduğu hüküm ve sonuçların hakkaniyet açısından değerlendirilmesi devre dışıdır⁹⁵⁹. Ancak sözleşme ilişkisinde güçsüz tarafın güçlü tarafa karşı korunması amacı, şekli sözleşme özgürlüğü olarak nitelendirilen eşit varsayılan tarafların özgür irade beyanları ile kurulacak olan sözleşmenin adil olacağı çıkarımına karşı giderek önem kazanmış ve sözleşme özgürlüğünün maddi açıdan somut olayda var olup olmadığının araştırılması gerektiği fikrini doğurmuştur⁹⁶⁰. Hâkimin sözleşmeye müdahalesi konusunda önemli bir yapı taşı niteliğindeki maddi sözleşme özgürlüğü anlayışı, kural olarak sözleşme özgürlüğüne sahip ancak ekonomik veya sosyal açıdan zayıf konumundaki kişinin fiilen bu özgürlüğünü kullanamadığını, bu nedenle de hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğünün gerçek anlamda kullanılması adına birtakım önlemlerin alınması gerektiğini savunmaktadır⁹⁶¹. Öyle ki, zayıf tarafın ve dolayısıyla sözleşme adaletinin korunması ilkesinin sözleşme özgürlüğü ilkesi ile eşit derece ve önemde Borçlar hukuku ilkeleri arasında yer alması gerektiği öne sürülmüştür. Bu bağlamda sözleşme hukukunun pratik uygulamaya ilişkin büyük kısmının zayıf tarafın menfaatini korumaya yönelik olduğu ve bu menfaatlerin çoğu ulusal hukuk açısından anayasal temel hak ve değerler ile sıkı sıkıya bağlı olduğu dikkat çekilmesi gereken noktalardır⁹⁶².

Zayıf tarafın girdiği sözleşme ilişkisinde sözleşme özgürlüğüne gerçek anlamda sahip olamaması, esasında tarafların kendi menfaatlerine en yakın hükümlerin sözleşmede yer aldığını düşünmesine rağmen hukuk düzeninde bireysel olarak ya da belirli kategori çerçevesinde zayıf tarafın içinde bulunduğu ekonomik veya sosyal durumun suiistimalinin önüne geçilmesi amacını⁹⁶³ doğurmuştur. Güçlü tarafın

⁹⁵⁹ Cherednychenko (2007b), s. 217. Bu noktada hukuki eşitliğin maddi eşitsizliğinin söz konusu olduğu tespitine ilişkin bkz. Özel, s. 27.

⁹⁶⁰ Guillod/ Steffen, s. 187, Cherednychenko (2007b), s. 218, Mehren, s. 66, Alpa, s. 89, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 77, Başalp (2011b), s. 229, Kaşak, s. 32.

⁹⁶¹ Aurelia COLOMBI CIACCHI (2010). “Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union”, ERCL, Vol. 6, S. 3, s. 303, Kimel, s. 298, Guillod/ Steffen, s. 187, Başalp (2011b), s. 228.

⁹⁶² Lurger, s. 363-364, Wilhelmsson, s. 723-724. Karş. Möllers, s. 121-122.

⁹⁶³ Aynı yönde bkz. Johan BÅRLUND, Peter MOEGELVANG-HANSEN (2019). “Contracting with a Social Dimension”, Nordic Law in European Context, Ed. P. Letto-Vanamo D. Tamm, B. O. Gram Mortensen, Cham: Springer, s. 120. Bu düşüncüyü desteklemeye yönelik olarak temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğü olduğuna ilişkin bkz. Nesa ZIMMERMANN (2016).

sözleşmeyi her daim kendi menfaati lehine olabilecek en iyi şekilde düzenlenmesi için pazarlık gücünü kullanması, zayıf tarafa çeşitli şekillerde ve araçlarla baskı yapılması, sözleşme özgürlüğünün maddi açıdan varlığının sorgulanmasına yol açmaktadır. Bu açıdan ticari faaliyetler sırasında hukuki işlemler yoluyla malvarlığı değerlerinin eşit paylaşılmasına yönelik olan düzeltici adalet anlayışının maddi sözleşme özgürlüğü kavramı ile örtüştüğü kabul edilmelidir⁹⁶⁴.

İrade özerkliğinin mutlak olduğu özel hukuk kuralları çerçevesinde özgürlüklerin kimi zaman tek taraflı ekonomik ya da sosyal gücün varlığı ile kullanılamaz hale gelebilmesi, kimi zamansa somut olayda karşı tarafça kısıtlanması tehlikesi her zaman ortaya çıkabilecek bir sorundur. Kişisel özgürlüklerin tam manasıyla kullanılması adına sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasının yanı sıra bunun talebi de gündeme gelmektedir. Bu açıdan zayıf tarafın sözleşme özgürlüğünü korumak için alınması gereken hukuki önlemler, sözleşme hukukun temellerinden biri olmalıdır⁹⁶⁵. Sözleşme özgürlüğünün toplumun genelinde olumlu etkisini gösterebilmesi için kimi durumlarda tarafların irade özerkliğine ilişkin yasal müdahalelerde bulunulması gerekmektedir⁹⁶⁶. Bu nedenle sosyal koruma amacı doğrultusunda yapılan düzenlemelerin zayıf tarafın özgürlüğünü korumak için Özel hukukun temel ilkelerine sınırlandırmalar getirmesi kanun koyucunun dikkatinden kaçmaması gereken bir noktadır. Kanun koyucu, ülkedeki mevcut hukuk politikası doğrultusunda günümüzdeki neo-liberal anlayışın hâkimiyeti ile birlikte sosyal koruma amacı taşıyan hukuk kurallarını istisnai ve özellik taşıyan durumlarda hüküm ve sonuçlarını doğuracak şekilde düzenlemelidir. Bu doğrultuda dar bir alanda sınırlı olmak üzere sözleşme ilişkisinde tarafların arasındaki eşitsizliği giderme amacıyla daha katı kurallar aracılığı ile sözleşme özgürlüklerini emredici şekilde sınırlayan, istisnai nitelikte hukuk kuralları bütünü yaratılmalıdır⁹⁶⁷. Söz konusu hukuk kuralları, taraflar arasında

'Personnes vulnérables et obligations positives: quelles limites à l'activité économique?', Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis?, Ed. Oliver Hari, Cenevre : Schulthess Editions, s. 237, Marella, s. 266-267.

⁹⁶⁴ Mehren, s. 66, Cherednychenko (2007b), s. 37-38.

⁹⁶⁵ Kimel, s. 299, Başalp (2011a), s. 27.

⁹⁶⁶ Jürgen BASEDOW (2008). *'Freedom of Contract in the European Union'*, ERPL, C. 16, S. 6, s. 905, Rösler, s. 750.

⁹⁶⁷ Karşı tarafın sözleşme özgürlüğü pahasına zayıf tarafın kısıtlanan ekonomik özgürlüklerinin dengelenmesi adına öngörülen koruyucu emredici hukuk kurallarından bahsedildiği takdirde sözleşme özgürlüğü ile zayıf tarafın korunması ilkesi arasında doğrudan bir çatışma olduğuna ilişkin bkz. Lurger, s. 365. Ayrıca bu çatışma hakkında zayıf tarafın sözleşme hukuku alanındaki özerkliğini sınırlayıcı sözleşmelerin veya hükümlerin geçersiz kılınmasının son çare olarak uygulandığı, zayıf tarafı koruyucu kuralların korunmaya en muhtaç kişilerin maruz kaldığı en kötü, korkunç suiistimallere karşı getirildiği, bu nedenle de söz konusu çatışmanın geniş kapsamlı olmadığı fikrine ilişkin bkz. Kimel, s. 304.

somut bir şekilde eşitsizlik oluşturan güç dengesizliklerine karşı adil çözüm getirme hedefi taşır⁹⁶⁸. Türk hukukunda bunun en önemli örneğini 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri oluşturmaktadır. Bir adım daha öteye gidildiğinde Türk öğretisinde yapılan bir tespite göre Sözleşme hukuku çerçevesinde bireyi aşırı derecede ön planda tutan bir yaklaşımın yerine sosyal, toplumcu bir bakış açısı hakim bulunmaktadır⁹⁶⁹.

Bahse konu hukuk kurallarının uygulama alanının nasıl sınırlandırılacağı sorusu, örneğin, mehz İsviçre hukukunda mutlak bir ihtiyaç, gereklilik halinin tespiti ile açıklanmıştır. Buna göre, sözleşme tarafları arasındaki güç dengesizliğinin zayıf tarafın sözleşmenin kurulması anından itibaren özgür irade beyanını açıklama hususunda açık bir aksaklık, sorun nedeniyle gerçek bir kabulün varlığını engelleyici nitelikte olması yeterlidir. Söz konusu eşitsizliğin taraflardan birinin davranışı sonucu oluşması, sosyal koruma amacının kapsamı dışındadır. Hukuk düzeninde sosyal koruma ihtiyacının önemli derecede ortaya çıkmasına neden olan eşitsizliği oluşturan dışsal ya da taraflardan biri nezdinde oluşan içsel bir sebep tespit edilmelidir⁹⁷⁰.

Zayıf tarafın sözleşme özgürlüğünü maddi açıdan kullanıp kullanmadığının tespiti ve gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünün tesisi adına hukuki önlemler getirilmesi sırasında dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, hukuk ve işlem güvenliğinin tehlikeye atılmamasıdır. Dahası, zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde maddi sözleşme özgürlüğüne ilişkin, sosyal koruma amacı ile düzenlenecek hukuk kurallarının kapsamının belirlenmesi hukuk güvenliği açısından önem taşımaktadır⁹⁷¹. Söz konusu hukuk kurallarında sosyal koruma ihtiyacının belirli ölçütlere bağlanarak belirginleştirilmesi konusunda İsviçreli kanun koyucunun bireysel korumadan ziyade toplu, kolektif bir koruma ihtiyacına yönelik hükümler düzenleme tercihi ortaya çıkmıştır. Belirli kategoriler içerisindeki kişilerin yasal düzenlemelerle korunması, sözleşme adaleti kavramının zarar görebileceğinin öne sürülmesine rağmen, hukuk ve işlem güvenliği açısından daha yararlı olması, ispat yükünü hafifletmesi gibi sebeplerin ağır basmasıyla İsviçre hukuku başta olmak üzere diğer ulusal hukuk sistemlerinde genellikle tercih edilmiştir⁹⁷². Hukuk ve işlem güvenliğinin korunması amacıyla büyük

⁹⁶⁸ Giger, s. 25.

⁹⁶⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, s. 61.

⁹⁷⁰ Giger, s. 29-30.

⁹⁷¹ Ghestin (2013), s. 449.

⁹⁷² Giger, s. 32.

ölçüde kabul edilen bu eğilim, getirilen hukuki korumanın kapsamını hem hukuki işlemler hem de taraf olan kişiler açısından sınırlanması ve herhangi bir şüpheye yer bırakmaması yönündedir. Genellikle standart sözleşmelerin sosyal koruma amacı kapsamına alınması, belirli bir özelliğe sahip, sınıflandırılabilir hukuki işlemlerin incelenmesine olanak sağladığı için kabul edilebilir niteliktedir. Bunun yanı sıra, belirli bir grubun özelliklerinin dikkate alınması sonucu girdiği sözleşme ilişkisinde herhangi bir nedenle kendi menfaati lehine adil bir kazanım elde edebilmek için yeterli pazarlık gücüne sahip olmayan tarafın koruyucu hukuk kurallarının kapsamına girmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁷³.

Maddi sözleşme özgürlüğü kavramının doğmasıyla birlikte zayıf tarafın iradesinin özgürce oluşup oluşmadığı noktasında önüne gelen uyuşmazlıklarda hâkimin sözleşmeye müdahale etme yetkisi, hukuk düzeninde etkili bir yol olarak önem kazanmıştır. Diğer bir ifadeyle, hâkim tarafından her somut olayda sözleşmenin arka planında yatan ekonomik ve sosyal durumun araştırılması, güçlü tarafa karşı güçsüzün hukuken koruma altına alınması amacını taşıyan zayıf tarafın korunması ilkesi ışığında geliştirilen bir hukuki önlemdir. Öyle ki, Alman hukuku öğretisinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, sözleşme özgürlüğünün ön şartının tarafın iradesinin özgür olmasından yola çıkılarak, sözleşmenin geçerliliği için tarafların “ekonomik fiil ehliyeti”ne sahip olması aranmalıdır. Sözleşme özgürlüğünün bu yolla teminat altına alınabilmesi için güçlü konumdaki tarafın tek taraflı düzenlediği sözleşme hükümlerini kabule ilişkin zayıf tarafın irade beyanını özgürce öne sürüp sürmediği ve bu şekilde sözleşme ilişkisinin geçerli olup olmadığı araştırılmalıdır⁹⁷⁴. Alman hukukundaki bir diğer görüşe göre⁹⁷⁵, irade özerkliğinin iyileştirilmesi, her ne kadar Anayasa hükümlerine dayanarak hukuki işlemlere sosyal açıdan yaklaşılması ile sağlanmaya çalışılsa da sözleşme özgürlüğünün diğer hak ve ilkelerle orantılı ve uyum içerisinde kullanılması göz önünde tutulmalıdır. Dolaylı yatay etki prensibi ışığında tam bir sosyal adaletin gerçekleştirilmesinden ziyade sözleşmede meydana gelebilecek aşırı ölçüdeki adaletsizlikleri önleme amacından bahsedilmelidir. Anayasal temellendirmeye eleştirel yaklaşan bu görüşe göre, zayıf tarafın sözleşme özgürlüğünün güçlendirilmesi için sözleşmenin arka planındaki ekonomik ve sosyal etkilerin araştırılması noktasında anayasal ilkelerin ön plana

⁹⁷³ Ghestin (2013), s. 452, Mehren, s. 67, Özel, s. 24-25.

⁹⁷⁴ Manfred WOLF (1970). *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, s. 133 vd. (Başalp (2011b), s. 228, dn. 25’ten naklen).

⁹⁷⁵ Möllers, s. 122.

çıkarılması yerine doğrudan özel hukukun temel ilkelerinin ele alınması daha yerinde olacaktır⁹⁷⁶.

Karşılaştırmalı hukuk kapsamında öğretilen öne sürülen söz konusu görüşlerin yanı sıra İsviçre- Türk hukuku içtihadında maddi sözleşme özgürlüğü ve hâkimin sözleşmeye müdahale etme yetkisine dair ipuçlarını elde etmek mümkündür. 1997 yılında verilen İsviçre Federal Mahkemesi kararında sözleşme özgürlüğünün maddi anlamda ele alınması eğiliminin kira, iş, tüketici sözleşmelerinin yanı sıra genel işlem şartları alanında giderek arttığını, sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla hâkimin sözleşmeye müdahalesinin günümüz hukuk düzeninde olağan olması gerektiğini, sözleşme içeriğinin yeniden gözden geçirilmesinin bu amaç doğrultusunda mümkün olduğunu belirtmiştir⁹⁷⁷. Buna ek olarak 1996 yılında Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin verdiği abonman sözleşmesine ilişkin bir kararda kamu düzenine aykırılığın sözleşme özgürlüğünün bağımsız bir sınırı olduğunun vurgulanması ile birlikte ekonomik açıdan zayıf tarafın korunmasının gerekçelendirilmesinde sosyal hukuk devleti ve sosyal adalet kavramlarına yer verilmiştir⁹⁷⁸. Bununla birlikte, katımlı (iltihaki) sözleşmelere ilişkin “*Genel koşulları önceden tespit eden taraf, ... Ekonomik bakımdan güçlü olduğu için karşı tarafın ileri sürebileceği değişiklikleri kabule yanaşmaz. Bu durumda taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesine yol açan bir sözleşme özgürlüğü; özgürlük olmaktan çıkıp bir ayrıcalık halini kazanır*” tespitinde bulunan Yargıtay, güçlü ve güçsüz taraf arasında sözleşme adaletinin bozulabileceğini ortaya koymuştur. Söz konusu kararın zayıf tarafın korunması ilkesinin hukuki temellendirilmesine ilişkin dikkat çeken nokta, 1961 Anayasası md. 41 hükmünde yer alan “İktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi ilkesi” doğrultusunda sosyal adalet⁹⁷⁹ kavramının kullanılmasıdır. Bu şekilde sözleşmenin iç ekonomik dengesini oluşturan, hukuki işlemin ötesindeki ekonomik ve sosyal durumu hâkimin araştırma ödevinin gerekliliğini ortaya konulmaktadır. Ayrıca 1982 Anayasasında yer almayan söz konusu ilkeye başvurulması, özel hukukta baskın olan düzeltici adalet anlayışının birtakım eksikliklerinin ortaya

⁹⁷⁶ Ekonomik hak ve özgürlüklerin korunması için insanlık onuru veya refah devlet ilkesi gibi anayasal kavramların kullanılması fikri, MÖLLERS tarafından ceviz kırmak için balyoz kullanmaya benzetilmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Möllers, s. 123. Özellikle insanlık onuru kavramı açısından tam aksi yönde görüş için bkz. Marella, s. 269 vd.

⁹⁷⁷ BGE 123 III 292, s. 298, www.swisslex.com (Son Erişim Tarihi: 12.06.2019), Başalp (2011b), s. 231.

⁹⁷⁸ Y. 13. HD, E. 1996/ 1734, K. 1996/ 2495, T. 18.03.1996, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 12.06.2019).

⁹⁷⁹ Haluk TANDOĞAN (1977). *Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 12 vd.

çıkabileceğini ve zayıf tarafın korunması amacının tespitinde ölçüt teşkil edebilecek, dağıtıcı adalet anlayışına dayanan kavramların hukuk düzeninde etkin şekilde kullanılması gerektiğini kanaatimizce göstermektedir.

2.2. Sözleşmede Yapısal Eşitsizlik Hali ve Kamu Düzenine Aykırılık

Zayıf tarafın korunması ilkesinin hukuk düzenindeki varlığına dair temel kavramlar ve amaçlar ekseninde koruyucu ekonomik kamu düzeni kavramı ile ilişkisinin değerlendirilmesi ve ortak unsurlarının saptanması çalışmamız kapsamında önem arz etmektedir. Esasen, söz konusu ilke ile kamu düzeni kavramı arasında sözleşme adaleti kavramı ve temel anayasal değerler aracılığıyla hukuki bir bağ kurulabilmesi mümkündür⁹⁸⁰. Bunların yanı sıra örneğin, tarafların sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri arasındaki dengenin yapısal boyutta bozulması halinde zayıf tarafı koruyucu hukuk kurallarının kamu düzeni kuralı niteliğinde olup olmadığı sorusu kanaatimizce dikkate değer niteliktedir. Zira yapısal eşitsizlik halinin hem ele alınış biçimi ve somutlaştırılması hem de zayıf tarafın korunması ilkesi ile ilişkisi, sözleşme özgürlüğünün kamu düzenine aykırılık sınırını gündeme getirmelidir. Bundan dolayı karşılaştırmalı hukuk kapsamında yapısal eşitsizlik hali kavramının incelenmesinden sonra söz konusu kavramın hukukun ekonomik analizi yöntemi ile nasıl ele alınabileceğine değinilecektir. Bu başlık altında son olarak, kamu düzenine aykırılık ile zayıf tarafın korunması ilkesinin bir arada değerlendirilmesinde söz konusu kavramın rolü irdelenecektir.

2.2.1. Karşılaştırmalı hukukta yapısal eşitsizlik hali

Sözleşmede edimler arası dengenin yapısal boyutta bozulması halinin zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde ele alınmasına dair en bilinen örneklerden biri, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 tarihli, oldukça ünlü ve yakın akrabalar arasında akdedilmiş kefalet sözleşmesinin geçerliliğini inceleyen *Bürgschaft* kararıdır⁹⁸¹. Alman

⁹⁸⁰ Zayıf tarafın korunması ilkesi ile kamu düzeni kavramının bir araya gelmesi gerektiği görüşüne paralel olarak bkz. Lorenz KAEHLER (2014). “*Policy Interventions via Contract Interpretation*”, ERPL, C. 22, S. 5, s. 642.

⁹⁸¹ Söz konusu meşhur karara dair ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim M. ATAMER (1997). “*Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 Tarihli Kararı*”, İÜHFİM, C. 55, S. 3, s. 419- 428, Cherednychenko (2007b), s. 272 vd.

hukukunda Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı dolayısıyla önem kazanan bu kararda teminat sözleşmeleri kapsamında sözleşme adaletinin sağlanması meselesi ele alınmıştır. Söz konusu karar, borçlunun yakın akrabalarının alacaklı konumundaki banka ile akdettikleri kefalet sözleşmelerinin herhangi bir geliri olmayan, tecrübesiz ve bilinçsiz kişilerin kefil olmaları ile birlikte girdiği yükümlülüklerin büyüklüğünü ortaya koymaktadır. Somut olayda akdedilen kefalet sözleşmesinde babasının bankaya olan borcuna yönelik henüz 21 yaşında olan sözleşme tarafının kefil sıfatıyla herhangi bir kişisel menfaati bulunmaksızın ekonomik gücünü aşırı ölçüde aşan bir yükümlülüğü taahhüt ettiğine mahkeme tarafından dikkat çekilmiştir⁹⁸². Ayrıca mutlak zayıflık hali içinde bulunan, kefil sıfatına sahip kişi ile karşı taraf olan banka arasında yapısal boyutta bir eşitsizlik olduğu belirtilmiştir⁹⁸³. Bu açıdan mahkeme, tarafların pazarlık güçleri arasında yapısal eşitsizlik halinin taraflardan biri için olağan dışı, aşırı bir yükümlülük meydana getirmesi halinde özel hukuk kapsamında hâkimlerin zayıf tarafın korunması için sözleşmeye müdahale etmesi gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme ilişkisinde yapısal boyuttaki eşitsizliğin varlığı, zayıf tarafın üstlendiği yükümlülüğün kapsamına dair dikkatli bir inceleme yapılmasını gerektirir⁹⁸⁴. Hemen belirtmek gerekir ki, mahkemelerce yapılması beklenen incelemenin somut temellere oturtulması için sözleşme adaletini bozan, yapısal boyuttaki eşitsizliğin tanımlanması şarttır; fakat özel hukuk açısından tartışmalı ve hukuk politikasını ilgilendiren bu meseleye açık ve kesin bir çözüm bulmak kolay değildir.

Alman hukukunda söz konusu kararla ilgili farklı bir görüşe göre⁹⁸⁵, somut olayda uyuşmazlığın nedeni, taraflar arasındaki pazarlık gücünün eşitsizliği ya da temel hak ve özgürlüklerin ihlali sorunu değildir. Karara konu olan uyuşmazlık, banka ve kefil arasındaki sözleşmesel ilişkinin yapısından ziyade sözleşme hukuku kuralları ve piyasadaki temel ilkeler ile aile içi ilişkilerin kötüye kullanılmasına dayanmaktadır.

⁹⁸² Padémon, s. 86. Ayrıca bu durumda kefil olan aile bireyinin tüketici olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. Aurelia COLOMBI CIACCHI (2006). “*Non- Legislative Harmonisation: Protection from Unfair Suretyships*”, The Harmonisation of European Contract Law, Ed. Stefan Vogenauer, Stephan Weatherhill, Oxford: Hart Publishing, s. 204, Lehmann, s. 12.

⁹⁸³ Pédamon, s. 86, Marella, s. 264, Möllers, s. 125, Colombi Ciacchi (2006), s. 202.

⁹⁸⁴ Cherednychenko (2007b), s. 250. Karşılaştırmalı hukuk kapsamında Fransız Tüketici Kanunu md. 332-1 hükmünde benzer şekilde malvarlığıyla açıkça orantısız ölçüde büyük bir borç için kefil olan gerçek kişiye karşı alacaklının başvuramayacağına ilişkin bkz. Kötz, s. 115, Colombi Ciacchi (2006), s. 199, <http://codes.droit.org/CodV3/consommation.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.08.2019).

⁹⁸⁵ Gunther TEUBNER (2000). “*Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unvertraglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.)*”, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Vol. 83, S. 3-4, s. 388 vd. (Marella, s. 264-265’ten naklen), Cherednychenko (2007b), s. 236.

Kefalet sözleşmesinde kefilin aynı anda hem yakın akrabası olan borçlu ile ailevi ilişkiler gereği dayanışma içinde olması hem de piyasa aktörü olarak kendi menfaatine uygun davranmasının imkânsızlığı üzerinde durulmalıdır. Bu noktada ekonomik piyasaya ait bireysel yaklaşım ve gerekçelendirmeler dışındaki temel anayasal değerler esas alınmalı ve piyasa dışındaki sosyal ilişkilerin ekonomik piyasa kuralları altında suiistimal edilmesinin önüne geçilmelidir. Buna karşın bir diğer görüş ise⁹⁸⁶, karara konu olayda olduğu gibi sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlar getirirken piyasa ilişkilerini taraflar arası dayanışmayı sağlayarak değiştirme amacının varlığını, bu değişimin piyasanın içerisinden başlaması gerektiğini savunmaktadır. Buna bağlı olarak, yapısal eşitsizlik halinin önlenmesi adına sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir diğer işlevi, sözleşme özgürlüğünün doğasında olması gereken dayanışmaya ve ölçülülüğe dair özgün bir eksikliğin giderilmesi olmalıdır⁹⁸⁷.

Modern piyasa ekonomisinin yapısı gereği akdedilen sözleşmelerde çoğunlukla şirketlerin karşısındaki sözleşme tarafının zayıf konumda olduğu, sözleşme özgürlüğünün suiistimal edildiği savunulmaktadır⁹⁸⁸. Sözleşmede oluşabilecek eşitsizlikleri yapısal boyuta taşıyan bu durum karşısında tarafların üstlendiği edimler arasında ortaya çıkabilecek yapısal boyuttaki dengesizlik, ekonomik anlamda yıkıcı sonuçlar doğurabilecek ölçüde yükümlülüklerin zayıf tarafça üstlenilmesini önleme amacıyla sözleşme içeriğinin kontrolünü gündeme getirmelidir⁹⁸⁹. Buna karşılık, Alman hukuku doktrininde yapısal eşitsizlik kavramının belirsiz, anlaşılması güç olması ve sözleşme özgürlüğünün sınırları açısından taraflar arasında bu denli keskin bir ayrımın gerçekçi bulunmaması nedeniyle Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında böyle bir ölçüt kullanılması eleştirilmiştir⁹⁹⁰. Bu kapsamda somut olayda bir tarafın ekonomik hak ve özgürlükleri ile diğer tarafın sözleşme özgürlüğü arasında bir denge kurulması için hâkimin ekonomik veya sosyal eşitsizliklerin yalnızca güçlü taraf lehine düzenlenen

⁹⁸⁶ Marella, s. 266.

⁹⁸⁷ Alman Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme özgürlüğüne bakış açısının dağıtıcı adalet kavramını destekleyici olduğu, sözleşmedeki güçlü- zayıf taraf ilişkisinde güçlü tarafın zayıf taraf yararına ödünler vermesi gerektiği, böylelikle devletin toplum içerisindeki dayanışmayı artırma amacını gerçekleştirmede sözleşme özgürlüğünün bir araç haline geldiğine yönelik tespitlere ilişkin bkz. Marella, s. 267. Ek olarak, karşılaştırmalı hukuk kapsamında Fransız hukukundaki sözleşmesel dayanışma ilkesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Sefton-Green, s. 245 vd.

⁹⁸⁸ Aynı yönde bkz. Marella, s. 267.

⁹⁸⁹ Möllers, s. 128, Cherednychenko (2007b), s. 251-252, Meli, s. 164.

⁹⁹⁰ Claus-Wilhelm CANARIS, *Wegen und Verfahren des Verfassungslebens*, s. 873. (Cherednychenko (2007b), s. 252'den naklen)

sözleşmelere neden olup olmadığı gibi son derece çetrefilli politik, ekonomik ve sosyal sorunlara cevap bulabilmesi mümkün görünmemektedir⁹⁹¹.

Fransız hukukunda sözleşme tarafları arasındaki yapısal eşitsizlik hali karşısında zayıf tarafın korunması amacı kapsamında getirilen düzenlemelerden biri olan CC md. 1143 hükmü, zayıf tarafın ekonomik bağımlılık halinin karşı tarafça suiistimalini ve bundan aşırı bir menfaat elde etmesini önlemeye yöneliktir. Söz konusu hükme ilişkin değinilmesi gereken husus, Fransız doktrininde tarafın ekonomik bağımlılığının bir irade sakatlığı hali olmasından öte ekonomik düzende oluşan bir durum niteliğinde olduğunun ileri sürülmesidir. Bu açıdan karşı tarafa ekonomik anlamada bağlı olma halinin sözleşmede karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin davranışı sonucu olmadığı, zayıf tarafın irade beyanından ziyade sözleşmenin kendisinde bir aksaklık, geçersizlik halinin meydana geldiği belirtilmiştir⁹⁹². Öğretide sözleşmenin akdedildiği ekonomik piyasa koşulları çerçevesinde oluşturduğu ileri sürülen bu durum, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2002 yılında verdiği bir kararda hukuk düzenince korunan menfaatini doğrudan tehdit eden bir zarara uğrama korkusu ile iç ekonomik dengesi aleyhine olan bir sözleşmeyi zayıf tarafın kabul etmesi ve karşı tarafın bu bağımlılık halini kötüye kullanarak menfaat elde etmesi anlamında irade sakatlığı hali olarak tanımlanmıştır⁹⁹³. Ekonomik bağımlılığın irade sakatlığı hali olarak tanımlanmasının ve bu yönde yasal düzenlemenin önünü açan bu karar karşısında söz konusu çözümün zayıf tarafın etkin şekilde korunması bakımından yeterliliği tartışma konusu olmuştur⁹⁹⁴. Değinildiği üzere, zayıf tarafın yapılan sözleşmeye ihtiyaç duyması, onu kalsik anlamda bir tehdit, korkutma altında irade beyanını yöneltmesine yol açmamakta, duyulan korkunun kaynağı olan ekonomik bağımlılığın karşı taraftan veya üçüncü bir kişiden gelen bir davranışla oluşmadığı, ekonomik piyasa şartlarının burada rol oynadığı belirtilmektedir. Sözleşmede önemli derecedeki eşitsizliğin oluşması, söz konusu bağımlılığın karşı tarafça suiistimal ederek

⁹⁹¹ Cherednychenko (2007b), s. 255.

⁹⁹² Thierry REVET (2017). “*La “violence économique” dans la jurisprudence*”, La Violence Économique À l’aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées Nationales Association Henri Capitant, C. XXI, Düzenleyenler: Yves Picod, Denis Mazeaud, Paris: Editions Dalloz, s. 13, Denis MAZEAUD (2017). “*La violence économique à l’aune de la réforme du droit des contrats*”, La Violence Économique À l’aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées Nationales Association Henri Capitant, C. XXI, Düzenleyenler: Yves Picod, Denis Mazeaud, Paris: Editions Dalloz, s. 29-30, Kötz, s. 113.

⁹⁹³ Fransız Yargıtayı, Chambre civil 1, N. 00-12.932, T. 3 Nisan 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046814> (Son Erişim Tarihi: 20.07.2019).

⁹⁹⁴ Revet (2016), s. 73.

aşırı bir menfaat elde etmeye yönelik sözleşme hükümlerinin düzenlenmesi ile mümkündür. Bu nedenle ekonomik bağımlılığın suiistimalini kendine özgü bir geçersizlik türü olarak ele alınması ve karşı tarafın zayıflık halinden yararlanan, güçlü tarafın bunu kötüye kullanmasının yaptırıma bağlanması gerektiği belirtilmiştir⁹⁹⁵.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL) md. 4: 109/ f. 1 hükmünde ise, sözleşmede taraflar arası eşitsizliğin önemli derecede olması, iç ekonomik dengenin bozulması bakımından bir tarafın ekonomik açıdan bağımlı olması ya da zorluk içinde bulunması ile karşı tarafın bu zayıflığı bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde zayıf tarafın ekonomik durumundan yararlanarak aşırı ölçüde menfaat ya da kazanım elde etmesi şartıyla zayıf tarafa iptal hakkı tanınmıştır⁹⁹⁶. Söz konusu düzenleme ile sözleşme adaletini sağlama amacına ulaşmak için herhangi bir zayıf taraf kategorisine ihtiyaç duymaksızın sözleşmeye ilişkin pazarlık aşamasında varolan şartlar çerçevesinde zayıf durumda olan tarafın bireysel korunması ön plana çıkarılmıştır. Taraflar arasında açık dengesizlikler barındıran sözleşmenin zayıf tarafça iptali ya da mahkemece uyarlanmasını düzenleyen hüküm, açıkça tüketiciler veya başka bir grup sözleşeni koruma altına almamıştır. Bu noktada ortaya çıkan ekonomik zayıflık halinin esas alınması, belirli bir sözleşme tarafı olmaya bağlı korumadan ziyade söz konusu kişi lehine içinde bulunduğu duruma bağlı hukuki koruma getirilmesi sonucunu doğurmuştur. Söz konusu ilkeler içerisinde bu hüküm, sözleşme tarafının belirli sıfatlara sahip olmasına bakılmaksızın genel bir çerçevede korunması amacını taşımaktadır. Ek olarak, PECL md. 4: 109 hükmü, her ne kadar Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Bürgschaft* kararını öncü olarak kabul etmiş gözükse de madde metninde herhangi bir şekilde "yapısal eşitsizlik" kavramından bahsedilmemiştir⁹⁹⁷.

Mehaz İsviçre hukukunda ise, Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun (LCD) md. 8 hükmü⁹⁹⁸ uyarınca tüketici aleyhine getirilen genel işlem şartlarının geçersiz

⁹⁹⁵ Revet (2017), s. 23, Mazeaud (2017), s. 30.

⁹⁹⁶ Madde metni için bkz. https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_71 (Son Erişim Tarihi: 20.07.2019).

⁹⁹⁷ PECL md. 4: 109 hükmüne ilişkin genel bilgi için bkz. Rémy CABRILLAC (2017). "La violence économique: perspectives de droit comparé", La Violence Économique À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées Nationales Association Henri Capitant, C. XXI, Düzenleyenler: Yves Picod, Denis Mazeaud, Paris: Editions Dalloz, s. 36-37, Hans-W. MICKLITZ (2004). "The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party", JCP, Vol. 27, s. 345, Kötz, s. 110, Meli, s. 166.

⁹⁹⁸ "Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.", RO 1988 223,

kabul edilmesi için sözleşmenin iç ekonomik dengesinde oluşturacağı eşitsizliğin fark edilebilir derecede ve haksız olması aranmaktadır. Sözleşme hükümlerinde tarafların hak ve borçları arasında oluşabilecek dengesizlik halinin, örneğin hakkaniyet ilkesi gibi, pozitif hukuk dışındaki temel değer ve ilkeler çerçevesinde ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, taraflar arasındaki dengesizliğin tespitinde yasanın özü ve ruhuna uygun ilke ve değerlerin esas alınması gerekmektedir. Diğer taraftan madde metninde öngörülen ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ ölçütünün hâkimin genel işlem şartlarının geçerliliği ile ilgili değerlendirmesini nesnel kıldığı da ileri sürülmüştür. Zira sözleşme ilişkisinde taraflar arasındaki eşitsizliğin değerlendirilmesinde yalnızca hak ve borçların dengesizliği ölçütünün dikkate alınması olasılığında birçok farklı şekilde yorumlamanın mümkün olacağı ve söz konusu durumun da hukuk güvenliğine zarar vereceği belirtilmiştir⁹⁹⁹.

2.2.2. Yapısal eşitsizlik halinin hukukun ekonomik analizi yöntemi ile ilişkisi

Karşılaştırmalı hukuk alanında sözleşmenin iç ekonomik dengesine ilişkin taraflar arasındaki eşitsizlik halinin yaptırıma bağlanması ile zayıf tarafın daha etkin şekilde korunması amacının sağlanması için getirilecek hukuki düzenlemeler objektif¹⁰⁰⁰ nitelikte olmalıdır. Bu noktada zayıf tarafın piyasa koşulları nedeniyle ekonomik bağımlılığının oluştuğu¹⁰⁰¹, sözleşmede bu bağımlılığın suiistimal edilmesiyle zayıf tarafın sahip olması gereken ekonomik hak ve özgürlüklerin büyük oranda kısıtlandığı

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19860391/201607010000/241.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20.06.2019).

⁹⁹⁹ Söz konusu yasal düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Julien DELAYE, Dario HUG (2016). ‘L’art. 8 LCD: entre protectionnisme et libéralisme économique’, Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis?, Ed. Oliver Hari, Cenevre : Schulthess Editions, s. 382-383, Anne- Sylvie DUPONT (2012). ‘Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d’assurance’, Le Nouveau Droit des Conditions Générales et Pratiques Commerciales Déloyales, Ed. François Bohnet, Neuchatel : Helbing Lichtenhahn, s. 117 vd., Laurent BIERI (2012). ‘Le controle judiciaire des conditions générales- Réflexions sur le nouvel article 8 LCD’, Le Nouveau Droit des Conditions Générales et Pratiques Commerciales Déloyales, Ed. François Bohnet, Neuchatel: Helbing Lichtenhahn, s. 54-55, Tamer İNAL (2018). *İnternet Sözleşmelerinde Haksız Şartlar*, İstanbul : Aristo Yayinevi, s. 60 vd., Atamer (2001), s. 192 vd.

¹⁰⁰⁰ Bu açıdan CC md. 1143 hükmünün karşılaştırmalı hukuktaki benzer hükümlere kıyasla daha kısıtlı, dar ve etkisiz olduğuna dair eleştiriler için bkz. Cabrillac (2017), s. 38.

¹⁰⁰¹ Sözleşmelerde oluşabilecek yapısal eşitsizlik halinin önlenmesi için ekonomik düzendeki aksaklıkların düzeltilmesi gerektiğini savunan görüş hakkında yuk. bkz. II, 3.3.4.3.2., s. 131-132.

durumlarda kamu düzenine aykırılık nedeniyle sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması gündeme gelmelidir¹⁰⁰².

Sözleşmenin akdedildiği sıradaki piyasa koşullarının zayıf tarafın korunma ihtiyacını aydınlatmak ve ekonomik düzen içerisindeki belirli sorunların sözleşmeyi ne şekilde etkileyebileceğini irdelemek açısından Borçlar hukuku öğretisinde yer alan hukukun ekonomik analizi görüşüne değinmek yararlı olacaktır. Sözleşme hukukunun ekonomik analizi yöntemi ışığında yapılan tespitler doğrultusunda temel olarak benimsenmesi gereken amaç, ekonomik etkinliğin sağlanmasıdır¹⁰⁰³. Ekonomik etkinlik açısından ise ön koşul olarak kabul edilmesi gereken ilkeler, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleridir. Taraflardan en azından biri ekonomik anlamda menfaatini gerçekleştireceği, diğerinin ise zarar görmeyeceği ya da daha olası şekilde tarafların kazancı paylaşacaklarına dair bir öngörü ile sözleşme kurulmaktadır¹⁰⁰⁴. Dolayısıyla bu görüş kapsamında kişilerin özgür iradeleri doğrultusunda kendi menfaatlerine yönelik sözleşmeler kurması, doğal olarak sosyal refahı da arttıracaktır¹⁰⁰⁵. Bu kapsamda ancak sözleşme özgürlüğünün her anlamda uygulandığı bir piyasada mal ve hizmetlerin etkin şekilde el değiştirmesi gerçekleştirilebilir. Ne var ki, söz konusu iddianın gerçekçi

¹⁰⁰² Fransız hukukunda kendisi için dezavantajlı sözleşmelere girmek zorunda kalan ve iptal edilebilir bir sözleşme söz konusu olmasına rağmen iptal hakkını kullanamayan zayıf tarafı korumak için ahlak kavramının çerçevesinde çözüme ulaşılabileceğine ilişkin bkz. Revet (2017), s. 15-16. Ancak kanaatimizce, Türk- İsviçre hukukunda TBK md. 27/ f. 1 hükmünün varlığı ve ahlaka aykırılık ile kamu düzenine aykırılık sınırı arasındaki gri alan nedeniyle söz edilen durumda koruyucu kamu düzenine aykırılıktan bahsedilmesi daha isabetli olacaktır.

¹⁰⁰³ Alan SCHWARZ/ Robert E. SCOTT (2018). “*Contract Theory and the Limits of Contract Law*”, Economic Approaches to Legal Reasoning and Interpretation, Ed. Brian H. Bix, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, s. 519, Hanneke LUTH (2010). *Behavioural Economics in Consumer Policy, The Economics Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited*, Oxford: Intersentia, s. 15, Hans-Bernd SCHAFER/ Claus OTT (2006). *The Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 277, Steven SHAVELL (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, s. 293, Jacques GHESTIN (2002). “*The Contract as Economic Trade*”, The Economics of Contracts, Ed. Eric Brousseau/ Jean-Michel Glachant, Cambridge: Cambridge University Press, s. 101, Richard O. ZERBE JR. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 3, Susan ROSE-ACKERMAN (1996). “*Economics, Public Policy, and Law*”, Victoria University of Wellington Law Review, Vol. 26, S. 1, s. 2. Sanlı, s. 15.

¹⁰⁰⁴ Maxwell L. STEARNS/ Megan J. MCGINNIS (2017). “*A social choice view of law and economics*”, Methodologies of Law and Economics, Ed. Thomas Ulen, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, s. 80, Fernando GOMEZ/ Mireia ARTIGOT (2017). “*Private Autonomy, Weak Parties and Private Law: Views from Law and Economics*”, General Principles of Law European and Comparative Perspectives, Ed.: Stefan Vogenauer, Stephan Weatherhill, Oxford: Hart Publishing, s. 311, Shavell, s. 296 vd.

¹⁰⁰⁵ Ariel POLAT (2017). “*Economics of Remedies*”, The Oxford Handbook of Law and Economics Private and Commercial Law, Ed. Francesco Parisi, New York: Oxford University Press, s. 308-309, Stearns/ McGinnis, s. 82, Sanlı, s. 71. Ayrıca bununla ilgili olarak, sözleşme hukukunun ekonomik analizi bakımından bir dayanak noktası teşkil eden tam sözleşme kavramının tam bilgiye sahip olan tarafların tüm olasılıkları öngörmesi, pazarlık konusu yapması ve sözleşmede her türlü durumu etkin şekilde düzenledikleri ütopyik bir sözleşme olduğuna ilişkin bkz. Shavell, s. 292, Schafer/ Ott, s. 279-280, Sanlı, s. 46, Gomez/ Artigot, s. 312.

olmadığını kabul ederek sözleşme hukukunun ekonomik işlevinin piyasa aksaklıkları çerçevesinde belirlenebileceği öne sürülmektedir. Sözleşme hukuku bu açıdan işlem maliyetini azaltmaktadır¹⁰⁰⁶. Sözleşme hukukunun varlığını mevcut piyasa aksaklıklarına ve bunlara ilişkin birtakım kuralların konması gerekliliğine bağlayan ekonomik analiz yönteminde, fırsatçı davranışlar, işlem maliyeti, dışsallık, bilgi problemi ve tek el sorunu gibi temel piyasa aksaklığı türlerinden bahsedilmektedir¹⁰⁰⁷. Bu bağlamda ekonomik etkinliğin yalnızca geniş bir sözleşme özgürlüğü algısı ile gerçekleştirilemeyeceği, 2008 yılında dünya çapında görülen ekonomik krizin (Amerika Birleşik Devletleri’nde çıkış sebebi nedeniyle anılan adıyla “*mortgage krizi*”nin) gösterdiği gibi sözleşme özgürlüğünün etkin şekilde kısıtlanması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüş bakımından ekonomik etkinlik, ekonomi düzeninin düzgün işlemesi için tek araç olmamalı, genel menfaat kavramı tüm görünümüleri ile sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirlemede ve bu sınırların denetlenmesinde kullanılmalıdır¹⁰⁰⁸.

Kamu düzeni kavramı çerçevesinde hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile sözleşme hukukunun ekonomik analizi yönteminin karşılaştırılması açısından önemli bir nokta, söz konusu yöntemin emredici hükümlere ve bunların özelinde TBK md. 27 hükmüne karşı yaklaşımıdır. Öncelikle ekonomik analiz yöntemi açısından kamu düzenine aykırılığın nasıl ele alındığını anlayabilmek adına dışsallık halinde müdahaleye değinilmelidir. Hukukun ekonomik analizi yönteminde dışsallık, sözleşmeden dolayı üçüncü bir kişinin rızası olmaksızın doğrudan etkilenmesi, faydasının azalmasıdır¹⁰⁰⁹. Dışsallığa müdahale konusunda TBK md. 27 hükmü, Borçlar hukukundaki genel hüküm niteliğindedir. Bu madde kapsamında toplum nezdindeki genel menfaate aykırı sözleşmeler, kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz kılınırken, aynı zamanda olumsuz dışsallık yaratan bir hukuki işlemin toplumsal refahı azaltması önlenmektedir¹⁰¹⁰. Bunun yanı sıra esasen kabul edilen

¹⁰⁰⁶ İşlem maliyeti kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eric MALIN/ David MARTIMORT (2002). “*Transaction costs and incentive theory*”, The Economics of Contracts, Ed. Eric Brousseau/ Jean-Michel Glachant, Cambridge: Cambridge University Press, s. 160, Ian AYRES/ Robert GERTNER (2018). “*Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*”, Economic Approaches to Legal Reasoning and Interpretation, Ed. Brian H. Bix, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, s. 398, Schafer/ Ott, s. 299, Sanlı, s. 31.

¹⁰⁰⁷ Douglas BAIRD (2017). “*Economics of Contract Law*”, The Oxford Handbook of Law and Economics Private and Commercial Law, Ed. Francesco Parisi, New York: Oxford University Press, s. 8, Gomez/ Artigot, s. 313, Zerbe Jr, s. 165 vd, Sanlı, s. 24 vd., Rose- Ackerman, s. 5.

¹⁰⁰⁸ Ghestin (2013), s. 371.

¹⁰⁰⁹ Shavell, s. 320, Malin/ Martimort, s. 169, Sanlı, s. 41.

¹⁰¹⁰ Matthew BENNETT/ Catherine WADDAMS PRICE (2002). “*Incentive contracts in utility regulation*”, The Economics of Contracts, Ed.: Eric Brousseau/ Jean-Michel Glachant, Cambridge: Cambridge University Press, s. 417, Zerbe Jr, s. 169, Sanlı, s. 42-43.

tarafların sözleşme ilişkisinde ortak faydada buluştukları ve ekonomik etkinliğin sağlandığı tezi bağlamında sözleşme hukukundaki emredici hükümlerin varlığına şüpheyile yaklaşılmasına karşın sözleşme hukukunda piyasa aksaklıklarına müdahale amacıyla emredici hükümlerin sınırlı şekilde düzenlenmesi ekonomik analiz yöntemi açısından kabul edilebilir niteliktedir¹⁰¹¹. Sözleşme hukukunun ekonomik analizi yaklaşımında büyük bir şüphe uyandıran bu durum gereği emredici hükümlerin hangi şartlar altında ve nasıl sözleşmeye müdahale edeceği önemli bir sorundur. Taraflar arasında düzenlenmeyen bir piyasa aksaklığının çıkması halinde yedek hukuk kuralları ile ekonomik etkinliğin gerçekleştirileceği savunulan bu görüşte emredici hukuk kuralları toplumsal düzeyde refahı sağlama adına son çare niteliğindedir¹⁰¹². Bunun nedeni ise taraf iradelerinin hiçbir suretle dikkate alınmamasıdır. Ek olarak, bu görüş uyarınca emredici hukuk kurallarıyla müdahale edilen piyasa aksaklığının sosyal maliyetinin büyük olması ve söz konusu kuralın ekonomik etkinliği tekrar sağlayacak özellikte olması aranmaktadır¹⁰¹³.

Bu noktada kamu düzenine ilişkin hâkimin takdir yetkisinin içeriği ile söz konusu yöntem arasında benzerlikler dikkat çekmektedir. Kamu düzenine aykırılık oluşturan durumların yapısal boyutta olmasının yanı sıra toplumun ekonomik barışını tehdit edecek düzeyde sık görülmesi ve büyük etkilerinin olması hâkimin takdir yetkisi kapsamında aranması gereken şartlardır. Hukukun ekonomik analizi yöntemi uyarınca sözleşmenin üçüncü kişi nezdinde yol açtığı dışsallığın müdahaleyi meşru hale getirmesi, sosyal maliyetinin yüksek olmasına, diğer bir ifadeyle toplumda yaygın bir etki göstermesine bağlıdır¹⁰¹⁴. Bunlara ek olarak, hukukun ekonomik analizi yönteminde olumsuz dışsallık kavramı kapsamında kişilerin girdiği riskli sözleşme ilişkilerinin toplumsal maliyetinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir. Yüksek risk taşıyan bir sözleşme yapıldığı takdirde kamu düzeni doktrininin amaçlarından dağıtıcı adaletin sağlanması adına toplumsal menfaate olası yararları ve maliyetlerinin dengelenmesi gerekmektedir.

¹⁰¹¹ Schwarz/ Scott, s. 578, Ayres/ Gertner, s. 393, Baird, s. 9, Sanlı, s. 65.

¹⁰¹² Schafer/ Ott, s. 300, Ghodoosi, s. 709, Sanlı, s. 66. Bunun yerine tamamlayıcı hükümlerin kanun koyucu tarafından düzenlenmesi veya hakimlerce belirlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. Stearns/ McGinnis, s. 81, Ayres/ Gertner, s. 396-397. Tarafların emredici hukuk kuralları doğrultusunda sözleşme hükümlerini düzenlemesi fikrinin ideal şartlar altında kanunda yasaklanan klotun taraf menfaatleri doğrultusunda düzenleme iradesinin doğabilmesi ve bu nedenle de yasağın dayanağının olmaması gibi nedenler ile isabetli olmadığına ilişkin bkz. Schwarz/ Scott, s. 580.

¹⁰¹³ Schwarz/ Scott, s. 579, Ayres/ Gertner, s. 394, Sanlı, s. 68.

¹⁰¹⁴ Aynı zamanda birtakım olayları kategorik biçimde kamu düzenine veya ahlaka aykırı olarak kabul edilmesinin yeterli olmayacağı, sözleşmenin üçüncü kişide oluşturduğu dışsal maliyetin varlığının ortaya konulması gerektiğine ilişkin bkz. Sanlı, s. 41, dn. 95.

Eğer belirli türde bir riskli sözleşmenin yapılması devletin başta vergi ve refah politikalarıyla sağlamaya çalıştığı varlıkların dağılımı sistemine katlanılmayacak düzeyde yüksek maliyetler getiriyorsa, mahkemelerce kamu düzeni adına sözleşmenin geçersiz kılınması gündeme gelebilecektir. Tek bir riskli sözleşmenin bahsedilen türde bir etki yaratması olası değilse de bu tip sözleşmelerin hüküm doğurması, hukuki sonuçlarının gelecekte bir çığ etkisine sahip olabileceği, bu nedenle de kamu düzenine aykırılığın mümkün olduğu savunulmuştur¹⁰¹⁵. Söz konusu görüş ışığında koruyucu kamu düzeni kavramının içeriğinde dikkate alınması gereken genel- özel menfaat dengesine benzer şekilde ekonomik analiz yönteminde olumsuz dışsallık başlığı altında kamu düzeni gereğince sözleşme taraflarının ekonomik menfaatleri karşısında işlemin toplumsal maliyetinin gözetilmesi ve dengelenmesinden bahsedilebilmektedir. Sonuç olarak, koruyucu kamu düzeninin nihai amacını oluşturan korunmaya muhtaç tarafın sözleşme ilişkisinde korunması, söz konusu yaklaşımın piyasa aksaklıklarına müdahale anlamında bir karşılık bulmaktadır. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında emredici hukuk kurallarının zayıf tarafın korunmasına ilişkin olması, piyasa aksaklıkları türlerinden bilgi sorunu ve dışsallık ile bağlantı kurulabilecek uygun bir hukuki zemine sahiptir¹⁰¹⁶.

Sonuç olarak, sözleşme hukukunun ekonomik analizi yöntemi, özgür ve bağımsız taraf iradelerinden meydana gelen sözleşmelere müdahale konusunda sahip olduğu bakış açısı ve buna bağlı olarak hedeflediği amaçlar, hâkimin kamu düzenine aykırılık sebebine ilişkin sahip olduğu takdir yetkisi kapsamında göz önünde tutması gereken unsurlardan büyük oranda farklılık göstermektedir. Sözleşme hukukunun ekonomik analizi yönteminde TBK md. 27 başta olmak üzere emredici hükümlerle sözleşmeye müdahale ve sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması meselesi, somut olayda tarafları sözleşme ilişkisine girmeye sevk eden menfaatleri ve bunları gerçekleştirme ihtimali ile yakından ilişkilidir. Bu açıdan sözleşmede özgür iradeyle belirlenen sorumsuzluk anlaşması veya ceza şartı gibi yaptırımların tarafların menfaatine olduğu durumlardan bahsedilebiliyorsa, bu durum emredici hükmün sosyal maliyetinin yüksek olması anlamına gelir ve dar yorumlanması gerekir¹⁰¹⁷. Aynı zamanda doktrinde ekonomik alanda devletin müdahaleciliğine karşı çıkan ekonomik analiz yöntemine göre, Türk Borçlar Kanunu'ndaki emredici hukuk kurallarının ekonominin etkinliğini sağlamaktan çok

¹⁰¹⁵ Ghodoosi, s. 716.

¹⁰¹⁶ Ghodoosi, s. 717, Sanlı, s. 68, dn. 191.

¹⁰¹⁷ Söz konusu yaklaşımın hukuk kurallarına dair ekonomik yorum yönteminin bir görünümü olduğuna ilişkin bkz. Sanlı, s. 320, dn. 1049.

paternalist bir bakış açısıyla kişiler için neyin daha iyi olacağını göstererek, taraf iradelerine ve sözleşmeye müdahale etme yönünde düzenlendiği savunulmaktadır¹⁰¹⁸.

Genel hatlarıyla değinmeye çalıştığımız teori, söz konusu özellikleri nedeniyle sözleşme adaleti başta olmak üzere hakkaniyet ilkesi ve toplumsal ekonomik barış gibi kavramlar aracılığıyla kamu düzenine aykırılığın içeriğini doldurma faaliyeti ile zıtlıklar taşımaktadır. Başta ekonomik etkinlik ve sosyal maliyet kavramları ile hedeflenen amaçlar ile koruyucu kamu düzeni kapsamındaki amaç farklıdır. Öncelikle sosyal adaletin sağlanması amacının temelinde anayasal temel ilke ve değerler bulunmakta, modern sosyal devlet anlayışının hukuk kurallarına yansıtılması esas alınmaktadır. Sözleşme tarafları arasındaki ekonomik güç ve piyasaya dair bilgi kapasitelerinin farklılığı bu noktada da önem taşımaktadır. Menfaat hukukçuluğunda yer alan tümevarım yöntemiyle her somut olaya menfaat dengesini gözeterek, örneğin kamu düzeni kapsamında zayıfın korunması gibi, birtakım değer yargıları ön planda tutulmalıdır¹⁰¹⁹.

Sözleşme hukukunun ekonomik analizi yöntemi kapsamında değinilmesi gereken bir başka nokta ise, zayıf tarafın korunması ile işlem maliyetleri arasındaki ilişkidir. Bu çerçevede “tam sözleşme”ye¹⁰²⁰ olabildiğince yaklaşılması bakımından önemli olan husus, tarafların iradelerini bir bütün olarak sözleşmeye yansıtılabilmeleridir. Bu açıdan zayıf tarafın maksimum ekonomik fayda ile sözleşme kurması, başta bilgilendirme yükümlülüğü veya sahip olunan ekonomik güç aracılığıyla irade özerkliğinin sınırlanmasının engellenmesi olmak üzere birtakım hukuki koruma önlemlerinin alınmasına bağlıdır¹⁰²¹. Örneğin, piyasada sunulan katılamalı sözleşmeler arasından kendi menfaatine en yakın olanı seçecek olan tüketicinin gerekli bilgiye ulaşmada makul derecede bir çaba göstererek bilgi maliyetini en aza indirmesine yönelik koruyucu hukuki önlemlerin alınması mümkündür. Bu bakımdan ancak bilgi maliyetinin fahiş nitelikte olduğu durumlarda sözleşmelere ilişkin bir içerik kontrolü yasal olarak düzenlenmelidir¹⁰²². Ancak sözleşme hukukunun piyasa maliyetlerini azaltma, sözleşme kurmayı kolaylaştırma gibi temel işlevleri gereği zayıf tarafı koruma kapsamının geniş tutulmaması gerektiği savunulmaktadır. Sözleşmede taraflar arasındaki risk dağılımının

¹⁰¹⁸ Bu görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Duncan KENNEDY (1998). “*Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*”, Foundations of the Economic Approach to Law, Ed. Avery Wiener Katz, New York/ Oxford: Oxford University Press, s. 320, Malin/ Martimort, s. 175, Sanlı, s. 69.

¹⁰¹⁹ Ghestin (2002), s. 106, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 130, Başalp (2011b), s. 225.

¹⁰²⁰ Yuk. bkz. III, 1.3.2.2., s. 194, dn. 850.

¹⁰²¹ Schafer/ Ott, s. 298, Kötz, s. 113. Hukukun ekonomik analizi yöntemi açısından bilgilendirme yükümlülüğüne dair ayrıntılı bilgi için bkz. Shavell, s. 331 vd.

¹⁰²² Schafer/ Ott, s. 373, Hartlief, s. 261.

olabilecek en az maliyetle yapılması esas unsur iken; zayıf tarafın, çoğunlukla tüketicinin, haklarını koruyucu hukuk kurallarıyla genişletmenin işlem maliyetini artıracacağı gibi, sözleşme konusunun fiyatını da yükselteceği savunulmaktadır¹⁰²³. Hukukun ekonomik analizi yöntemi, tüketicilerin yararlandıkları hukuki koruma düzeyi yükseltildikçe bu durumun işlem maliyetine yansımalarının kaçınılmaz olduğunu, bilgi düzeyi yüksek tüketicilerin daha az korunduğu sözleşmelerde düşük kalitede ve dolayısıyla daha düşük fiyata mal veya hizmet satın alabileceğini, fakat zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamındaki emredici hukuk kurallarının bunu imkânsızlaştırdığını belirtmektedir¹⁰²⁴. Sözleşmenin taraflarından biri için zayıf taraf niteliğinin saptanması ve koruyucu hukuk kuralları ile sözleşmeye müdahale edilebilmesi için bir piyasa aksaklığının varlığı, öncelikli olarak aranması gereken koşuldur. Bu doğrultuda tamamen düzgün işleyen bir piyasada bilgi düzeyi yüksek tüketicinin kendi yaptığı hukuki işlemlerin sonuçlarına katlanması gereklidir. Zira herhangi bir piyasa aksaklığı hali olmaksızın, sözleşme taraflarından birinin sözleşme hükümlerini pazarlık etmeden kabul etmesi, taraflar arasındaki pazarlık gücünün dengesizliğinden değil, bilgi maliyetini artırmamaya yönelik ekonomik tercihlerinden kaynaklanabilmektedir¹⁰²⁵.

Ek olarak, bu iki teorik yaklaşımın sözleşme özgürlüğüne bakışı ciddi farklılıklar taşımaktadır. Sözleşme hukukunun ekonomik etkinlik bakımından yalnızca piyasa aksaklıklarının giderilmesi için kullanılması gereken bir araç olduğunu düşünen ekonomik analiz yöntemi, emredici hukuk kurallarının sosyal maliyeti yüksekse dar yorumlanması, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan, geçersizliğe ilişkin yaptırımların sözleşmeye müdahalesinin yalnızca piyasanın etkin işlemesi amacını taşıması gerektiğini savunur. Sözleşme özgürlüğünün sınırlanması konusunda altürüst¹⁰²⁶ bir yaklaşıma sahip, sözleşme adaletinin ve eşitliğinin sağlanması amacını ön plana koyan görüş ise, ekonomik analiz yaklaşımının nihai hedefi olan sosyal refahın temininin sosyal devlet ve sosyal adalet anlayışı ile mümkün olduğu ve hukuk kurallarının bu anlayışla ele alınmasını savunmaktadır. Sonuç olarak, kamu düzeninin hâkim tarafından

¹⁰²³ Schafer/ Ott, s. 371-372, Hartlief, s. 258-259. Buna karşılık emredici hukuk kuralları aracılığıyla getirilen bilgilendirme yükümlülüklerinin tarafların bilgi elde etme isteklerini körelttiği, dolayısıyla sosyal açıdan istenmeyen bir sonucun oluştuğuna dair bkz. Shavell, s. 296.

¹⁰²⁴ Shavell, s. 327.

¹⁰²⁵ Kötz, s. 133, Hartlief, s. 263.

¹⁰²⁶ Bu noktada hukukun sadece kurallara uygun olanı değil, kuralların uygulandığı zaman başkalarına haksızlık yaratmayanı veya zarar vermeyeni de desteklemesi gerektiğine ve yalnızca doğru olmakla kalmayıp aynı zamanda adil olması gerektiğine ilişkin bkz. Şener AKYOL (2006). *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 2.

somutlaştırılması gerektiği yönünde sahip olduğumuz yaklaşım ile sözleşmeye müdahale niteliği taşıyan emredici hukuk kurallarına şüpheci, dar yorum çerçevesinde ve piyasa aksaklıklarını engellemek yerine çoğu zaman devlet müdahaleciliğini yansıtan kurallar olarak bakan ekonomik analiz yönteminin sadece birtakım benzerlikler dışında birbiriyle bağdaşmayacağı açıktır¹⁰²⁷.

İlk bakışta kamu düzenine aykırılığı önleme amacıyla zayıf tarafın korunması ilkesi gereği koruyucu hukuk kurallarının düzenlenmesi eğilimi ile hukukun ekonomik analizi yöntemi ile piyasanın işlerliğinin devamını sağlamaya yönelik önlemler alma eğilimi arasındaki yaklaşım farklılıklarının aynı çerçevede ele alınması zor gözükmemektedir. Zayıf tarafın korunması ilkesinin dogmatik şekilde ele alınarak yaratılacak, yalnızca tek taraflı bir hukuki koruma düzeninin irade özerkliği ve sözleşmesel denge üzerinde yaratacağı tehlikeye dair öğretilerde oluşan endişeler göz ardı edilmemelidir¹⁰²⁸. Sözleşmenin her iki tarafının da etkin bir ekonomik piyasa içerisinde ekonomik faaliyetlerini sürdürmeleri, sosyo-ekonomik ihtiyaçlarını sağlamaları toplumun her kesimine yarar sağlayacağından birincil amaç olmalıdır. Buradan yola çıkarak sözleşmede oluşabilecek yapısal eşitsizlik kavramının somutlaştırılması konusunda kamu düzeni kavramının emredici ve koruyucu niteliği ile ekonomik piyasanın işlevsel olarak sürdürülebilirliğine yönelik engelleri önleyici hukuk kurallarının geniş kapsamdaki etkisi ve tarafların özgür iradelerini esas alarak hukuki işlemleri mutlak dengeye getirme amacı bir arada ele alınması gerektiği kanısındayız. Sözleşme özgürlüğünü piyasa aksaklıklarını önleme amacıyla sınırlandırmasını ön plana alan sözleşme hukukunun ekonomik analizi içerisinde taraflar arasındaki bilgi asimetrisi, işlem ve bilgiye ulaşma maliyetlerinin artması, dışsallık, fırsatçı davranışlar gibi durumları irade özerkliği ile kaynakların dağıtılmasında tarafların karşılaştığı yapısal zorluklar şeklinde tanımlanmıştır¹⁰²⁹. Ek olarak, piyasa yapısının ve tarafların buradaki konumunun sözleşme içeriğini etkileyebileceği, bu yüzden koruyucu hukuk kurallarının

¹⁰²⁷ Türk hukuku doktrininde aynı yöndeki görüşlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 504, dn. 11, Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 130, Başalp (2011b), s. 236.

¹⁰²⁸ Öğretilerde söz konusu bakış açısının dikkat çekmeye çalıştığı tehlikelere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal (2015), s. 279-280.

¹⁰²⁹ Gomez/ Artigot, s. 315. İskandinav hukukunda (Danimarka, İsveç ve Norveç'te yürürlükte olan) Sözleşme Kanunu md. 36, sözleşme içeriğinin sosyal açıdan kontrolüne ilişkin genel bir hüküm olmakla birlikte, tüketici sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanımının engellenmesinin yanı sıra piyasa aksaklıklarının etkisini azaltmak ve ekonomideki kötü gelişmeleri engelleme amacıyla düzenlenmiştir. Bu hüküm kapsamında yalnızca sözleşmenin kurulması anında değil, uyumsuzluğun çıktığı anda da zayıf tarafın içinde bulunduğu durum ve koşulların hakim tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Söz konusu kanun maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schüller, s. 395.

kimi zaman hukuki işlemlere özgü koşullar dışında piyasa yapısına göre de şekillenmesinin yararlı olacağı öne sürülmüştür¹⁰³⁰. Dolayısıyla her ne kadar kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti bakımından ortaya koyduğumuz kavramlar ve ilkelerle farklılıklar barındırır da sözleşmede taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik hali hakkında hukukun ekonomik analizi yönteminin bakış açısından yararlanmanın aydınlatıcı olacağı düşüncesindeyiz.

Zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde zayıf taraf kavramına bakışı değiştirecek düzeyde yeni bir sözleşme adaleti anlayışı doğrultusunda hukuki koruma ihtiyacının taraflar arasındaki sosyal eşitsizliklerden doğan zayıflığın yerine tarafların sahip oldukları piyasa gücüne dayalı bir zayıflıktan ileri geldiği belirtilmektedir. Bu bakımdan sözleşme adaletinin piyasa etkinliği ile birlikte gözetilmesi ve zayıf konumdaki tüketiciye veya işletmelere karşı güçlü konumlarını kötüye kullanmayan piyasa aktörlerinin piyasada hakim konumda olması gerekmektedir. Sözleşme taraflarının pazarlık güçleri arasında sistematik olarak bir dengesizliğin sözleşme adaleti adına önlenmesi, yalnızca bilgi asimetrisinden doğan haksız şartlara değil, aynı zamanda zayıf taraf aleyhine getirilen, kabul edilemez derecede ağır yükümlülükler öngören sözleşme hükümlerine karşı da hukuki koruma getirilmesi anlamına gelmektedir¹⁰³¹.

Sözleşme hukukunun ekonomik analizi yöntemi kapsamında kamu düzenine aykırılık ile piyasa aksaklığı türlerinden dışsallık arasında kurulan bağlantı önemlidir. Bu doğrultuda kamu düzenine aykırılığın ekonomik analiz açısından temellendirilmesi sözleşme taraflarının yanı sıra üçüncü kişilerin sözleşmeden olumsuz etkilenmesini önleme bağlamında ele alınmaktadır. Toplumsal refahın sağlanmasına yönelik menfaati aşacak düzeyde maliyet yaratan bir sözleşme, dışsallık problemi ile karşı karşıya kalmaktadır¹⁰³². Bu nitelikteki sözleşmelerin geçersiz kılınması ve gelecekte kişilerin bu tür sözleşmesel ilişkilere girdiklerinde hukuki korumadan yararlanamayacağını bilmeleri

¹⁰³⁰ Gomez/ Artigot, s. 322, Ghodoosi, s. 711. Bu noktada bir sözleşme hükmünün ne zaman geçersiz olacağına ilişkin yeterli derecede objektif bir düzenlenmenin karşılaştırmalı hukukta bulunmadığı, sözleşmenin içeriğine dair haksız, orantısız, makul olmayan düzenlemenin tespiti ve geçersizliğine dair tarafların ekonomik gücünün veya pazarlık kabiliyetinin dengesiz olmasından ziyade bir tarafın işlem maliyetinin artması ve karşı tarafın bu durumu kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılması gerektiği, sözleşmede risk dağılımının en az maliyeti gerektirecek şekilde yapılmadığı takdirde hukuki işlemin geçersiz olacağına ilişkin bkz. Kötz, s. 141 vd.

¹⁰³¹ Meli, s. 164-165. Ayrıca sözleşme tarafları arasında bilgi asimetrisinden bahsedilmesi halinde zayıf tarafın kamu düzeni gereğince (*doctrine of public policy*) korunduğuna ilişkin bkz. Ghodoosi, s. 712.

¹⁰³² Ghodoosi, s. 713.

ile birlikte sözleşme yapmaktan kaçınmaları toplumsal refahın lehine bir durumdur¹⁰³³. Ekonomik analiz yönteminde kamu düzenine aykırılık sebebiyle sözleşmelerin geçersizliği, yaratılan dışsalık halinin saptanmasına ve sözleşmenin hüküm doğurmasının toplumsal refahı olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceğine karar verilmesine bağlıdır¹⁰³⁴.

Anglo-Amerikan hukukunda kamu düzenine aykırılığa yaklaşımı büyük ölçüde şekillendiren ekonomik analiz yöntemi çerçevesinde sözleşmelerin toplumsal, genel menfaate yönelik olup olmadığının incelendiği, bu inceleme sırasında toplum yararına erişebilecek en üst yararın en az maliyetle elde edilmesinin birincil amaç olduğu belirtilmektedir. Bir sözleşmenin geçerliliğinin toplumsal maliyet üzerindeki ağırlığının tarafların ekonomik menfaatleri ve toplumun elde edeceği yararı geçmesi halinde kesin hükümsüzlük yaptırımı gündeme gelir¹⁰³⁵. Bu açıdan kamu düzenine aykırılığın tespitinde özel-genel menfaat dengesine benzer şekilde piyasa aksaklıklarının önlenmesi için sözleşmenin toplumsal maliyeti ile tarafların ekonomik çıkarlarının dengesinin incelenmesi önemlidir. Zira taraflar arasında yapısal eşitsizliğin tespiti bakımından ekonomik düzene hakim koşulların ve piyasa aksaklıklarının incelenmesi fikri, kamu düzeni kavramı ile sözleşmeye müdahaleyi olası kılmaktadır. Dolayısıyla zayıf tarafın sözleşmedeki yapısal eşitsizlikten doğan ekonomik bağımlılık halinin ekonomik düzenin koşulları altında oluştuğu tespitine¹⁰³⁶ katılmakla beraber, bu doğrultuda piyasa aksaklığının etkilediği bir sözleşmede kamu düzenine aykırılıktan bahsedebileceği kanaatindeyiz.

2.2.3. Kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korumasında yapısal eşitsizlik halinin rolü

Çalışmamız kapsamında daha önce incelediğimiz ekonomik kamu düzeni kavramı içinde yer alan koruyucu kamu düzeni kuralları ile zayıf tarafın korunması ilkesinin aynı amaca hizmet ettiği açıktır. Ekonomik veya sosyal açıdan güçsüz konumdaki sözleşme tarafının içinde bulunduğu durumun karşı tarafça suiistimalini

¹⁰³³ NOTES (2006). "A Law and Economics Look at Contracts against Public Policy", HLR, Vol. 119, S. 5, s. 1446.

¹⁰³⁴ Notes, s. 1448.

¹⁰³⁵ Ghodoosi, s. 725- 726, Notes, s. 1453 vd.

¹⁰³⁶ Revet (2017), s. 18.

önleme amacı, hem Borçlar hukuku alanında kanaatimizce TBK md. 27/ f. 1 uyarınca kullanılması gereken kamu düzeni kavramı hem de zayıf tarafın korunması ilkesi için önceliklidir¹⁰³⁷. Bu noktada Türk hukukunda zayıf tarafın koruma amacının kamu düzeni niteliğini ortaya koyan mahkeme kararlarına rastlamak da mümkündür. Örneğin, Yargıtay'ın 2012 yılında verdiği bir kararda¹⁰³⁸ ilk derece mahkemesi, somut olaydaki sözleşmenin cezai şart hükümlerinin denetimine ilişkin değinilmesi gereken TBK md. 20-25 hükümlerinin zayıf tarafın korunması amacı ve kamu düzeni amacı ile kabul edildiğini belirtmiştir. Ayrıca zayıf tarafın korunması ilkesinin gözetildiği durumlarda anayasal temel hak ve özgürlüklerin taşıdığı hukuki değerlerin dikkate alınması¹⁰³⁹ ve Medeni hukuk alanındaki çerçeve hükümlerin yorumunda etkili olması¹⁰⁴⁰, TBK md. 27/ f. 1'de çerçeve kavram olarak nitelendirilebilecek kamu düzeninin içeriğinin doldurulması ve kavramın somutlaştırılması faaliyeti açısından söz konusu hukuki bağın kurulmasını mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte, Borçlar hukuku alanında sözleşme özgürlüğünün yanı sıra bir başka temel ilke olan sözleşmenin bağlayıcılığının etkisi, taraflardan birinin zayıflığının suiistimali ve aşırı boyutta ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması karşısında zayıflamakta ve hâkimin çerçeve hükümler aracılığıyla sözleşmeye müdahale etme yetkisi doğmaktadır¹⁰⁴¹. Kanaatimizce, 'koruyucu' kamu düzeni kavramının hâkim tarafından somutlaştırılması faaliyetinin bu aşamada devreye girmesi gerekmektedir.

Bu açıdan sosyal kamu düzeni kavramını zayıf tarafın korunması ilkesi ile ilişkilendiren bir somut olay örneği, 2010 yılında verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yer almaktadır¹⁰⁴². Karara konu uyuşmazlıkta üyelik aidat alacağı tahsili hakkındaki davaya ilişkin görev ve yetki kuralı incelenmiş, sözleşme ile yetki kuralının değiştirilip değiştirilemeyeceği ele alınmıştır. Somut olaydaki eda davasının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu md. 63/ f. 2 gereği iş davalarına bakmakla görevli mahkemelerde

¹⁰³⁷ Bu hususta Türk hukuku içtihadından örnek vermek gerekirse, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.01.1962 tarihli kararında hizmet sözleşmesi çerçevesinde işyerine ulaşım ve işyerinden dönüş için geçen zamanların iş süresinden düşülmesi ve böylece işçiye eksik ücret ödenebilmesi için işçiye bu düşülen zaman için ücret istemeyeceğini beyan eden belge imzalatılması kamu düzenine aykırı kabul edilirken ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması ilkesi ile kamu düzeninin ilişkisini tespit etmiştir. Bu karar için bkz. Y. HGK. E. 1962/ 4-33, K. 1962/ 2, T. 10.01.1962, Hatemi, s. 54, dn. 23.

¹⁰³⁸ Y. 19. HD, E. 2012/1907, K. 13488, T. 25.09.2012, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 13.09.2016).

¹⁰³⁹ Romain, s. 32. Ayrıca kamu düzeni kavramının içeriğinin doldurulmasında temel insan haklarının esasında yatan genel ilke ve değerlere atıfta bulunulduğuna ilişkin bkz. Van Gysel/ Romain, s. 314.

¹⁰⁴⁰ Marella, s. 262, Atamer (1997), s. 425.

¹⁰⁴¹ Atamer (1997), s. 427.

¹⁰⁴² Y. HGK, E. 2010/9-52, K. 2010/89, T. 17.02.2010, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 10.12.2016).

görülmesi gerektiği, iş mahkemelerine dair yetki kuralları hakkında ise karar tarihinde yürürlükte olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md. 5 hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir. 2017 yılında yürürlüğe giren yeni İş Mahkemeleri Kanunu¹⁰⁴³ md. 6/ f. 1 ve f. son hükümlerinin kamu düzenine aykırılık ve zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde ele alınması gerektiğini açıkça ortaya çıkaran söz konusu karar uyarınca iş davalarının çabuk ve kolay görülmesi adına davalının yerleşim yeri veya işin ya da işlemin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili kılınması bir kesin yetki kuralıdır. Çalışma konumuz açısından önemli olan husus, kamu düzeni gereği zayıf taraf niteliğindeki işçinin korunması adına alınan hukuki bir önlemin söz konusu olmasıdır. Ele alınan kararda kesin yetki kurallarının kamu düzeninden doğan hukuk kuralları olduğu belirtilerek işçinin korunma amacından da bahsedilmiştir. 7036 sayılı kanun md. 6 hükmünün gerekçesinde ilgili kesin yetki kuralının “*iş hukukunun genel prensipleri itibarıyla*” getirilmesi, kanaatimizce sosyal kamu düzeni kavramı ile yakından ilişkilidir. Yargıtay da benzer olarak söz konusu kararda ekonomik açıdan zayıf taraf olan işçinin çalıştığı yerden davayı takip edebilmesinin amaçlandığını belirtmiştir. 7036 sayılı kanun md. 6/ f. son hükmü ise, kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunması amacının varlığına örnek teşkil etmektedir. Söz konusu yetki kuralına aykırı sözleşme hükümleri zayıf taraf olan işçinin korunması amacıyla kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir.

Kamu düzeni kavramının içeriği ve TBK md. 27’deki konumu açısından sözleşme tarafları arasındaki yapısal eşitsizlik halinin incelenmesine geçecek olursak, öncelikle koruyucu ekonomik kamu düzeni kurallarının sözleşmenin iç ekonomik dengesinin sarsılmaması amacını taşıdığı hatırlatılmalıdır. Daha geniş bir çerçevede ekonomik kamu düzeni kavramı, özel hukuk alanında büyük çoğunlukla sözleşmelerle oluşturulan ulusal ekonomik yapının oluşturulması ve korunması konusunda devletin pozitif ve düzenleyici müdahalesinin kapsam ve içeriğini oluşturmaktadır¹⁰⁴⁴. Bu kapsamda sözleşme ilişkisinde zayıf taraf ile karşı taraf arasında oluşan ekonomik veya sosyal güç eşitsizliklerinin iç ekonomik dengeyi bozduğu, kimi zaman ise söz konusu durumun yapısal boyutta gerçekleştiği gözlemlenmektedir. Güçlü taraf- zayıf taraf arasında oluşan sözleşmesel eşitsizlik hali için öngörülen yapısal boyutta olma niteliğinin ne anlam ifade

¹⁰⁴³ Kanun N. 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG N. 30221, Yayın Tarihi: 25.10.2017.

¹⁰⁴⁴ Yuk. bkz. I, 4.2.1., s. 28-29.

ettiği ve ne şekilde somutlaştırılması gerektiğinin ortaya konması, hukuk güvenliği açısından önem taşımaktadır.

Yapısal eşitsizlik halinin somutlaştırılmasından önce söz konusu durumun kamu düzeni ile zayıf tarafın korunması ilkesini bir araya getirme özelliğini vurgulayan bir hususa değinmek gerekmektedir. Kamu düzeni kavramı ile zayıf tarafın korunması ilkesinin arasındaki hukuki bağın, kamu düzenine aykırılık çerçevesinde zayıf tarafı koruma amacının varlığının ortaya konulması açısından önemli bir ayırım bulunmaktadır. Bahse konu farklılık, zayıf tarafı koruma amacının hangi temel gerekçeye dayandığı konusundadır. Hukuk kurallarının zayıf tarafın sözleşmede korunması amacı taşımasının piyasanın etkin işleyişini sürdürebilmek için piyasa aksaklıklarının bertaraf edilmesi veya kişinin temel hak ve özgürlüklerinin anayasal korunması bağlamında ele alınması şeklinde farklı yaklaşımlar söz konusudur.

İlk olarak, hukukun ekonomik analizi yönteminde esas role sahip piyasa aksaklıklarını giderme amacı doğrultusunda sözleşmedeki zayıf tarafın bir piyasa aktörü olarak korunmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Zayıf tarafın piyasa aktörü olarak dolaylı şekilde korunması, ortak bir menfaat doğrultusunda makro ekonomik boyuttaki işlevi göz önüne alınarak sözleşmenin bir tarafı lehine hukuk kurallarının düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Bu açıdan örneğin, tüketiciler piyasadaki talep unsurunu oluşturan bir etken olduğundan getirilecek hukuki koruma, daha az bilgi veya tecrübeye sahip, bilinçli olmayan taraf olması gibi kişisel özelliklerinden ziyade bahse konu ekonomik işlevi sebebiyle getirilmelidir. Piyasa aksaklıklarının giderilmesi bakımından başvurulacak yollardan biri, zayıf tarafın korunması ilkesinin benimsenmesidir. Dolayısıyla serbest piyasanın etkin işlemeye devam edebilmesi için emredici nitelikte bir hukuki önlem olarak, sözleşmedeki zayıf tarafı koruyucu hukuk kurallarının düzenlenmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁵. Bu bakımdan sözleşmede sosyal ve ekonomik açıdan farklı menfaatleri ortak bir paydada buluşturmak amacıyla içerik kontrolünün emredici nitelikte olmasının yanı sıra sözleşme özgürlüğüne müdahalenin sosyal gerekçeleriyle birlikte ekonomik piyasanın sorunsuz işlemesi, piyasa aksaklıklarının bertaraf edilmesi gibi hedefleri de barındırdığı savunulmaktadır¹⁰⁴⁶. Sözleşme hukukundaki bu sosyal

¹⁰⁴⁵ Guy CANIVENT, Carole CHAMPALAUNE (2004). *'Le comportement du consommateur dans la définition du marché'*, Liber Amicorum Jean Calais- Auloy Études de droit de la consommation, Paris: Dalloz, s. 230, Rochfeld, s. 843- 844.

¹⁰⁴⁶ Alessandro SOMMA (2013). *"Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economy and The Public Dimension of Contract"*, Law and Contemporary Problems, Vol. 76, N. 2, s. 110, Bårlund/ Moegelang-Hansen, s. 119, Tercier (2004), s. 220.

koruma eğiliminin ekonomik piyasadaki serbest rekabeti koruma ve sözleşme adaletini sağlama amaçları çerçevesinde ele alınması, dolayısıyla özgürlüğe ilişkin temellerin düzenlenmiş piyasa sistemi kapsamında korunması için açıkça belirlenmiş istisnai durumlarla sınırlı olarak koruyucu hukuk kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴⁷.

İkinci olarak ise, temel anayasal hak ve özgürlükler ışığında birtakım hukuki değerlerin korunması yaklaşımı, zayıf tarafın korunması ilkesinin hukuken temellendirilmesinde yaygın şekilde kullanılmıştır. Bu açıdan zayıf tarafın temel hak ve özgürlüklerinin korunması, sözleşme içeriğinin hukuken geçerli olup olmadığına ilişkin bir kontrol yöntemi olarak ele alınmalıdır. Taraflardan birinin sözleşme kurulurken pazarlık gücünün olmaması halinde kabul edilen sözleşme hükümlerinin sözleşme hukukunda taraflar arasında bilinen, klasik anlamdaki bağlayıcı özelliği günümüzde değişiklik göstermektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünde gelişen eğilim, sözleşmeden doğan hakların geleneksel şekilde uygulanmasının önünde hukuki bir engel oluşturmaktadır. Sözleşme içeriğini anayasal temel değerler doğrultusunda yeniden gözden geçirme, kontrol faaliyeti, karşı tarafça belirlenen sözleşme hükümleri ile zayıf tarafın içinde bulunduğu nesnel durumlar göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Kişinin temel hak ve özgürlükleri ışığında yapılacak içerik kontrolünün emredici nitelikte olması gerektiği vurgulanmaktadır. Zira sözleşmenin zayıf tarafı, anayasa hükümlerinde tanınan temel haklarından feragat edemeyecektir, ancak pozitif hukukta örneğin, rekabet etmeme yükümlülüğü gibi birtakım sözleşmesel taahhütlerin geçerli olduğu ve kişinin bu şekilde kendi ekonomik özgürlüğünü kısıtlayabileceğine ilişkin hükümler¹⁰⁴⁸ mevcuttur. Zayıf tarafı koruyucu hukuk kuralları, Sözleşme hukuku kurallarının geleneksel çerçevesi dışında kişilik hakkının korunması ile bağlantılıdır. Ekonomik faaliyetler sırasında temel hak ve özgürlükler aracılığıyla kişiliğin korunması eğilimi, zayıf tarafı koruma ilkesinin hukuken temellendirilmesinde ön plana çıkmıştır.

¹⁰⁴⁷ Rösler, s. 751.

¹⁰⁴⁸ Türk hukukunda rekabet etmeme yükümlülüğünün geçerliliğine ilişkin birtakım yasal düzenlemeler mevcuttur. Örnek vermek gerekirse, TBK md. 444/ f. 1'e göre; '*Fil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.*' Aynı hükmün ikinci fıkrasında ve 445. maddede ise rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin, md. 444/ f.1'de getirilen yazılı şekil şartı dışında, hizmet sözleşmesinin zayıf tarafı konumundaki işçinin ekonomik özgürlüğünü koruyucu nitelikte geçerlilik şartları ve kapsam ile süre bakımından sınırlandırılması için hâkime takdir yetkisi öngörülmüştür.

Dahası, özel hukuktaki bu temel dönüşümde kamu hukuku ile olan sınırların giderek silikleşmeye başlamasının yanı sıra genel menfaatin ve sosyal adaletin sağlanması ihtiyacının ağırlık kazanmasının birer etken olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁹.

Hukuk kurallarında zayıf tarafı koruma amacının varlığına ilişkin öne sürülen farklı görüşler karşısında yapısal eşitsizlik hali özelinde karma nitelikte bir görüşü benimsemekteyiz. Ekonomik düzen içerisinde bir piyasa aktörü olarak zayıf tarafın korunması, piyasadaki çeşitli aksaklıkların giderilmesine de yönelik olacaktır. Ancak geniş kapsamlı şekilde bakıldığında hukuki işlemleri esasen maliyet- fayda ekseninde değerlendiren hukukun ekonomik analizi yönteminden farklı olarak, Kıta Avrupası hukukunda kamu düzenine aykırı bir sözleşmedeki özel- genel menfaat dengesi, ekonomik ihtiyaçların da içinde bulunduğu temel hak ve özgürlükleri koruma amacı ile gözetilmelidir¹⁰⁵⁰. Kamu düzenine aykırılığın sözleşmedeki yapısal eşitsizlik hali bakımından somutlaştırılmasında hukukun ekonomik analizi yönteminden yararlanmakla birlikte, diğer yandan zayıf tarafın korunması ilkesinin basit bir maliyet-fayda, yarar-zarar hesaplamasına indirgenemeyeceği kanaatindeyiz. Sözleşmede genel menfaati ihlal eden bir özel menfaatin varlığı halinde kamu düzeni adına sözleşme özgürlüğünü sınırlamak için zayıf tarafın ekonomik ihtiyaçları esas alınarak temel hak ve özgürlükler ekseninde sözleşme içeriği incelenmelidir.

Temel olarak zayıf tarafın korunması ilkesi ile kamu düzeni kavramı arasında sözleşme adaleti ve temel anayasal değerler aracılığıyla hukuki bir bağ kurulabilmesi mümkündür¹⁰⁵¹. Bu nedenle sözleşme ilişkisinde zayıf tarafın korunması amacıyla taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik halinin önlenmesi için sözleşme özgürlüğüne ilişkin kamu düzenine aykırılık sınırının ve zayıf tarafın temel anayasal hak ve özgürlüklerinin birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Zayıf tarafın korunması ilkesinin anayasal temel hak ve özgürlükler bağlamında ele alınmasında kilit noktalardan biri, Anayasa hükümlerine ilişkin yatay uygulanma prensibidir¹⁰⁵². Buna ek olarak, sözleşme ilişkisinde zayıf tarafın hukuki konumunu başta ekonomik özgürlükler olmak üzere temel

¹⁰⁴⁹ Rochfeld, s. 855- 856, Patti, s. 617.

¹⁰⁵⁰ Buna ek olarak, Anglo-Amerikan hukukunda kamu düzeni doktrinin yalnızca ekonomik menfaatleri dengelemeye indirgenemeyeceği ve toplumsal yaşamın tüm unsurlarının maliyet- fayda hesabı ile değerlendirilemeyeceğine ilişkin bkz. Ghodoosi, s. 719.

¹⁰⁵¹ Zayıf tarafın korunması ilkesi ile kamu düzeni kavramının bir araya gelmesi gerektiği görüşüne paralel olarak bkz. Lorenz KAEHLER (2014). "Policy Interventions via Contract Interpretation", ERPL, C. 22, S. 5, s. 642.

¹⁰⁵² Sözleşme tarafları arasında anayasal temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümlerinin uygulama alanı bulmasına ilişkin yatay uygulanma prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için yuk. bkz. I, 4.3.2.3., s. 52 vd.

hak ve özgürlükler bağlamında ele alma eğilimi giderek artmaktadır. Sözleşme hukuku kapsamında 1982 Anayasası md. 48’de düzenlenen, kişinin her zaman sözleşmeye ilişkin her konuda özgürce, kendi iradesiyle karar verebilmesi ile sahip olduğu sözleşme özgürlüğünün ihlal edilmesi, zayıf tarafın korunmasını gerektiren hususlardan biridir¹⁰⁵³. Anayasada ekonomik hak ve özgürlükler kapsamında yer alan sözleşme özgürlüğünün zayıf taraf açısından korunması ve bu yönde içerik kontrolünün yapılması, ekonomik hayatta kişinin kişiliğini geliştirme hakkının bir parçası niteliğindedir¹⁰⁵⁴. Günümüzde sözleşme hukuku alanında mutlak özgürlük ve özerkliğin eşitliği sağlayacağı anlayışı terk edilirken bunun yerine sözleşmede oluşan güçlü taraf- zayıf taraf arasındaki eşitsizliklere karşı anayasal korumanın sağlanması esas alınmıştır¹⁰⁵⁵. Nitekim sözleşmesel ilişkilerde temel anayasal hakların korunması ile birlikte taraflar arasında sosyal açıdan bir dengeden bahsedilebileceği belirtmektedir¹⁰⁵⁶. Zayıf tarafın irade özerkliğine yeniden kavuşabilmesi adına sözleşme tarafını düşünmeye sevk eden veya bilgilendirme yükümlülüğü gibi zayıf tarafın lehine bir takım yükümlülüklerin düzenlenmesi ya da edim- karşı edim değişiminde zayıf tarafın avantajını korumak için sözleşme içeriğinin kontrolüne ilişkin hukuki önlemler alınması söz konusu korumaya örnek teşkil etmektedir¹⁰⁵⁷. Bu doğrultuda zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, kişiliğini geliştirme hakkı, ekonomik temel hak ve özgürlükler gibi temel anayasal değerler, söz konusu ilkenin varlığı açısından esas unsurlardan biri olarak kabul edilmelidir.

Diğer yandan ise, temel anayasal değerlerin özel hukuk ilişkilerinde uygulanmasına dair farklı bir görüş, sözleşme tarafları arasında ekonomik veya sosyal güç ilişkilerinin önemi ön plana çıkartılarak devlet ile birey arasındaki dikey uygulamanın zayıf taraf ile güçlü taraf arasındaki sözleşme ilişkisinde de söz konusu olması ve zayıf tarafın korunmasında daha sıkı bir yöntem izlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹⁰⁵⁸. Ancak hemen belirtilmelidir ki, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü gibi temel özel hukuk ilkeleri çerçevesinde sözleşmede zayıf tarafın ekonomik hak ve özgürlüklerinin aşırı ölçüde sınırlandırılması sorunu ve bunun önüne geçilmesini sağlayacak hukuki

¹⁰⁵³ Guillod/ Steffen, s. 184, Choné- Grimaldi, s. 192, Rochfeld, s. 851- 852.

¹⁰⁵⁴ Guillod/ Steffen, s. 183, Başalp (2011b), s. 233, dn. 40.

¹⁰⁵⁵ Guillod/ Steffen, s. 186. Alman hukukunda temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında değerlendirilmeye başlanmasının temel nedeninin zayıf olarak nitelendirilebilecek sözleşme tarafının korunması olduğuna ilişkin bkz. Cherednychenko (2007b), s. 211.

¹⁰⁵⁶ Marella, s. 268.

¹⁰⁵⁷ Rochfeld, s. 841.

¹⁰⁵⁸ Lenaerts, s. 87.

çözümler irdelenmelidir. Bu noktada özel hukuk kuralları aracılığıyla temel anayasal değerlerin yatay uygulanması prensibinin istisnai özelliğine vurgu yapılmalıdır¹⁰⁵⁹.

Ek olarak, sözleşme özgürlüğü başta olmak üzere ekonomik hak ve özgürlüklerinin korunması gereken tarafın lehine önlemler alma gerekliliği açısından ekonomik gücün ortaya konması konusunda sözleşme hukukunun kolaylaştırıcı özelliğine de değinmek gerekir. Taraflar arasında ekonomik ve sosyal açıdan olagelen, yaygın eşitsizliklerle birlikte güçlü tarafın sözleşmede karşı tarafın zayıflık halinden istifade etmesi ve sözleşme hükümleriyle zayıf tarafın bu özelliğinin pekiştirilmesi sözleşme hukukunda olağan bir durumdur¹⁰⁶⁰. Bu bakımdan hukuk düzeninde irade özerkliği kapsamında zayıf tarafın ekonomik geleceğine ilişkin özgürce karar verebilmesi için¹⁰⁶¹ etkin bir koruma sağlayacak hukuki önlemlerle sözleşmeye müdahale edilmesi gerekmektedir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasında zayıf tarafın özgür iradesinin en üst derecede yansıtılması, sözleşmesel ilişkilerin aşırı dengesizlikler yaratmak ya da zayıflık halini kötüye kullanmak için bir araç olmaktan çıkarılması amaçlanmalıdır¹⁰⁶².

Sözleşmede tarafların hak ve borçları arasında çoğunlukla zayıf taraf aleyhine ekonomik hayatının geleceğini etkileyebilecek derecede dengesizliğin oluşması mümkündür. Genellikle tek taraflı olarak düzenlenen sözleşme hükümlerinin karşı tarafın menfaatini tamamen göz ardı ederek hazırlanması durumunda tarafların ihtiyaçları, menfaatleri ve içinde bulunduğu koşullar bakımından dengesizlik halinden meydana gelen yapısal bir eşitsizlik söz konusudur¹⁰⁶³. Hukuk ve işlem güvenliği ilkesi çerçevesinde somut olayda bu durumun tespiti için tarafların karşılıklı temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin var olup olmadığına ve anayasal değerler çerçevesinde çoğu zaman, sözleşme özgürlüğü ile ekonomik özgürlüklerin çatışmasında hangi tarafın menfaatine üstünlük tanınacağına karar verilmelidir. Bu bakımdan özel hukuk ilişkilerinde temel anayasal değerler üzerinden uyuşmazlığın çözümü yoluna başvurulması ve söz konusu değerlerin dolaylı yatay etki prensibi doğrultusunda kanunda yer alan çerçeve kavramların yorumlanması yoluyla uygulama alanı bulması isabetli

¹⁰⁵⁹ Schütte, s. 229.

¹⁰⁶⁰ Kimmel, s. 303.

¹⁰⁶¹ Sözleşme tarafının kişisel veya ekonomik özerkliğini aşırı derecede sınırlayan sözleşmelerin genel ilkelere aykırılık bakımından önemli olduğuna ilişkin bkz. Meier, s. 1892.

¹⁰⁶² Kimmel, s. 304-305.

¹⁰⁶³ Revet (2016), s. 70.

olacaktır. Bu noktada temel anayasal değerlerin hâkim tarafından ele alınması imkânını TBK md. 27/ f.1 hükmü ve kamu düzeni kavramı sunmaktadır¹⁰⁶⁴.

Taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik halinin TBK md. 27/ f.1 gereğince kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna ulaşabilmek adına kamu düzenini somutlaştırmak için hâkimin incelemesi gereken unsurları bu noktada tekrar gözden geçirmek faydalı olacaktır. Sözleşme adaleti, hakkaniyet ve toplumsal ekonomik barış gibi kavramlar aracılığıyla içeriğinin somutlaştırılması gereken kamu düzenine aykırılık kapsamında sözleşmedeki yapısal eşitsizliğin zayıf tarafın ekonomik hayatı üzerindeki etkileri de değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, taraflar arasındaki eşitsizliğin yapısal boyutta olması, somut olayda zayıf tarafın ekonomik özgürlüğünün sözleşme hükümlerince elinden alınmasını ve ekonomik düzende yaygın bir şekilde, sıklıkla karşımıza çıkmasını ifade etmektedir. Bu noktada, yapısal eşitsizlik halinin ekonomik düzende süregelen bir durum niteliğini alması ve zayıf tarafın ekonomik geleceğinin tamamen karşı tarafın keyfi kararlarına bağlı olması, karşı tarafın sözleşmeden elde edeceği menfaatin genel menfaati ihlal etmesi gibi etkenler, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Söz konusu durumun ekonomik ahlaka aykırılık yerine kamu düzenine aykırılığı işaret ettiği yönündeki açıklamalarımızı burada yineliyoruz¹⁰⁶⁵.

Sosyal hukuk devleti ilkesinin Anayasa md. 2 hükmünde yer aldığı Türk hukukunda hâkim, taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünü toptan kaybına neden olacak, ekonomik faaliyetlerinin geleceğini tehlikeye düşürecek derecede bir dengesizliğin sözleşmede mevcut olduğu durumlarda sözleşme adaleti kavramını gündeme getirmelidir. Yapısal eşitsizlikten olumsuz etkilenen sözleşme tarafının korunması amacının hukuk düzeninde giderek ağırlık kazanması, sözleşmenin bağlayıcılığının yanı sıra sözleşme adaletinin de aynı ölçüde güçlü bir ilke olarak tanınmasının önünü açmıştır. Bu noktada değinilmesi gereken husus, somut olaydaki sözleşmenin ekonomik düzene ilişkin genel menfaati ihlal edici boyutta taraflar arası eşitsizliği doğuruyor olmasıdır. İstisnai hallerle sınırlı olarak belirlenecek bu durumun somutlaştırılması temel anayasal hak ve özgürlükler ışığında yapılmalıdır. Yapısal

¹⁰⁶⁴ Kamu düzenine ilişkin ilkelerin genel olarak sözleşme tarafları arasındaki dengenin önemli derece bozulması, örneğin, bir tarafın sözleşmeye bütün ağırlığını koyması ile karşı taraf için esasen irade özerkliğinden bahsedilemeyecek noktaya gelmesi halinde rol oynadığı ve temel anayasal değerlerin sosyal hukuk devleti içinde önemli bir yeri olduğu, dolayısıyla bu değer ve ilkelerin kamu düzeni kavramının baskın unsuru olduğuna ilişkin bkz. Schütte, s. 238, Romain, s. 31.

¹⁰⁶⁵ Ekonomik kamu düzeninin ekonomik ahlaka aykırılıktan bağımsız bir sınırlama sebebi olduğunun tespitine yönelik incelenmesi gereken hususlara ilişkin yuk. bkz. II, 3.3.4.3.2., s. 126, s. 129 vd.

eşitsizliğin tespitinde hiç kuşkusuz tarafların sözleşme özgürlüğü çatısı altında hukuken korunan menfaatleri ile genel menfaatin hakkaniyet ilkesi doğrultusunda gözetilmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sözleşme tarafları arasındaki yapısal eşitsizlik halinin ekonomik düzende yaygın şekilde görülmesi, kamu düzeni kavramı altında gözetilmesi gereken toplumsal ekonomik barışın korunması amacı ve sözleşme yoluyla ekonomik barışın tehlikeye sokulması ile yakından ilgilidir. Toplumsal ölçekte ekonomik huzuru ve barışı bozan sözleşmeler, TBK md. 27/ f. 1 gereği kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir. Sıklıkla aynı türde sözleşmesel eşitsizliklerin görülmesi hakkında verilebilecek en iyi örneklerden biri, yakın akrabalar arasında yapılan, ailevi bağların manevi baskısını kullanarak zayıf tarafın ekonomik özgürlüğü, kişiliğini geliştirme hakkı gibi anayasal hak ve özgürlüklerini adeta elinden aldığı teminat sözleşmeleridir. Çoğu zaman çekirdek aile bireyleri arasındaki teminat sözleşmelerinde ekonomik açıdan zayıf olan tarafın, örneğin eşin, birlikte yaşanılan kişinin veya çocukların, menfaati ve ihtiyaçları tamamen görmezden gelinerek hazırlanan hükümlerce söz konusu tarafa ezici bir mali yükümlülük getirilmektedir. Alman hukukunda özel hukukun anayasallaşması meselesini de gündeme getiren bu tür teminat sözleşmeleri¹⁰⁶⁶, bir olay grubu olarak taraflar arası yapısal eşitsizliğe örnek gösterilebilir. Söz konusu kararda dengesizlik doğuran sözleşmesel ilişkilere Medeni Hukuk kavramlarını kullanarak mahkemelerin uygun ölçüde müdahale etmesi gerektiği belirtilmiştir. Somut olayda yapısal eşitsizlik, hiçbir ekonomik menfaati olmaksızın olağandışı derece yüksek bir maddi risk altına giren zayıf tarafın sözleşmedeki borcu hiç ödeyememe ihtimalinin yüksek olmasıdır¹⁰⁶⁷. Bu bakımdan ekonomik özgürlüğü ve faaliyetlerinin geleceği tehlike altına giren kişiyi koruma amacıyla sözleşme adaleti, hakkaniyet ilkesi ve bir olay grubu niteliği kazancak derecede yaygın görülmesi nedeniyle toplumsal ekonomik barışın dikkate alınarak kamu düzenine aykırılık sınırının uygulama alanı bulmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

TBK md. 27/ f.1 uyarınca kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesi gereken sözleşmedeki yapısal eşitsizlik halinin olay gruplarıyla somutlaştırılması düşüncesi, aynı zamanda çerçeve kavramların içeriğinin doldurulması açısından da yararlı olabilecektir. Gerçekten hâkimler tarafından kamu düzeni kavramının somutlaştırılması açısından

¹⁰⁶⁶ Yuk. bkz. III, 2.3.1., s. 234.

¹⁰⁶⁷ Schütte, s. 239-240. Fransız hukuku içtihadında 1978 yılında mazbut bir hayat yaşayan, dul bir kadının borçlu konumundaki damadı için alacaklı bankayla akdettiği kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu yönündeki Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kararına ilişkin bkz. Kötz, s. 115.

kesin şekilde ortaya konmuş olay grubu doğrultusunda belirli ilkelere indirgenmesi gerekmektedir¹⁰⁶⁸. Bu açıdan soyut çerçeve kavramların içeriğini somut ihtiyaçlara uygun şekilde doldurulması önemlidir. Dolayısıyla kamu düzenine aykırılık kavramı kapsamına giren belirli olay gruplarının tespiti ile hukuk kurallarına somut olayları altlama faaliyetinin her zamanki gibi işleyebilmesi için bir dizi hukuk kurallarının belirlenmesine imkân tanınabilir¹⁰⁶⁹.

Ek olarak, taraflar arasında yapısal eşitsizlik halinin oluşup oluşmadığı belirlenirken TBK md. 27/ f. 1’de yer alan sözleşme özgürlüğü sınırları arasındaki ilişkiye de değinilmelidir. Bu açıdan söz konusu hüküm çerçevesinde kamu düzenine aykırılığın diğer sınırlama sebepleri arasında bağımsız niteliğine vurgu yapılması gerekmektedir. Zira Yargıtay’ın ekonomik kamu düzeni çerçevesinde ele alınabilecek uyuşmazlıkları ahlaka aykırılık başlığı altında değerlendirdiğine rastlamak mümkündür. Örneğin, 2007 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin verdiği bir kararda¹⁰⁷⁰ bağımlılık ilişkisinin karakteristik, asli unsur olduğu hizmet sözleşmesi gereğince işveren-işçi konumundaki kişilerin aralarında imzaladıkları tahkim sözleşmesinin geçerliliği uyuşmazlık konusu olmuştur. İşçilik alacaklarının tahsil edilebilmesi için tahkim sözleşmesi akdetme şartını getiren işveren, sahip olduğu ekonomik ve sosyal gücü kullanarak işçinin ekonomik hak ve özgürlüklerini hukuk düzeninin izin verdiği ölçüyü aşacak şekilde kısıtlamaktadır. Yargıtay, ahlaka aykırılık yönünden sözleşmenin geçersiz olup olmadığının incelenmemesi nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Ne var ki, somut olaydaki sözleşmenin ekonomik kamu düzenine aykırılığının incelenmesi gerekmektedir. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü bakımından işçi kısıtlanırken¹⁰⁷¹, aynı zamanda ekonomik hak ve özgürlüklerinin elinden alınması söz konusudur. Kıdem ve ihbar tazminatları, İş hukukunda sosyal kamu düzeni gereği korunması gereken zayıf taraf işçinin ekonomik hak ve özgürlükleri kapsamındadır. Kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde yatay uygulanma prensibinin dolaylı etkisi gereği temel hak ve özgürlüklerin Borçlar hukukunda yer alan çerçeve kavramlar aracılığıyla korunması gerekmektedir.

¹⁰⁶⁸ Konrad ZWEIGERT, Hein KÖTZ (1998). *An Introduction of Comparative Law*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Oxford: Clarendon Press, s. 382, Möllers, s. 112.

¹⁰⁶⁹ Patti, s. 615. Ek olarak, Alman hukukunda olay gruplarının belirlenmesi ile ahlaka aykırılık gibi soyut kavramlar kapsamına giren somut durumları kategorileştirme ihtiyacına ilişkin verilen örnek için yuk. bkz. II, 3.3.4.3.2., s. 122.

¹⁰⁷⁰ Y. 9. HD, E. 2007/20796, K. 2007/37365, T. 10.12.2007, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 17.09.2019).

¹⁰⁷¹ Somut olayla bağlantılı olarak zayıf taraf açısından korunması gereken maddi sözleşme özgürlüğü kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. III, 2.1.3., s. 225 vd.

Ekonomik özgürlüklerin korunmasında kullanılacak çerçeve kavramın belirlenmesi aşamasında işçi-işveren ilişkilerinin ulusal ekonomik düzende sıklıkla sözleşme adaletini sarsan, olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilme ihtimali dikkate alınmalıdır. Ekonomik düzendeki genel menfaatin işverenin özel menfaati karşısında ağır basıp basmadığı noktasında işçinin temel alacaklarını tahsil edebilmesinin başka bir sözleşmenin akdedilmesine bağlanması sonucu sözleşme adaletinin ekonomik ve sosyal güç dengesizliğine dayanarak bozulması önem arz etmektedir. Aynı zamanda taraflar arasındaki eşitsizliğin genel menfaati ihlal edici boyuta ulaşmasının bir diğer ölçütü, işçinin ekonomik hak ve özgürlüklerine ilişkin varolan tehlikenin oldukça yaygın, süregelen bir nitelikte olmasıdır. Böylece toplumsal ekonomik barışı bozma tehlikesi, somut olayda değinilmesi gereken bir husus haline gelmektedir. Somut olayda taraflar arasında tahkim sözleşmesinin yapılabilmesi adına işçinin ekonomik hak ve özgürlüklerini kaybetme riskiyle yüzleştirilmesinden bahsedilebilmektedir. Bu doğrultuda TBK md. 27/ f. 1 açısından kamu düzenine aykırılık sebebinin değerlendirilmesinin hem söz konusu kavramın sahip olduğu *ultima ratio* özelliğine, hem de ölçülülük ilkesine uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Yargıtay içtihatları içerisinde TBK md. 27/ f. 1 hükmü çerçevesinde sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri arasından hangisine dayanılarak hüküm kurulması gerektiğini tartışmaya açabilecek kayda değer bir örnek, 2014 yılında 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen karardır¹⁰⁷². Karara konu somut olayda yapımcı ile oyuncu arasında mali hakların devri ve oyunculuk sözleşmesi akdedilmiştir. Yapımcı, karşı tarafın sözleşmeyi haksız feshettiği ve bu nedenle belirlenen cezai şartın kendisine ödenmesi talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, başta cezai şarta ilişkin olmak üzere sözleşmedeki birtakım hükümlerin genel işlem şartı niteliğinde olduğu, taraf dengesi gözetilerek adil yükümlülükler getirilmediği, karşı tarafça sözleşme dengesinin dikkate alınmadığı tespitlerinde bulunmuştur. Ayrıca oyuncunun ekonomik hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasını dikkate alan ilk derece mahkemesi, somut olaya konu sözleşmenin kişilik hakkını ihlal ettiği, bu nedenle kamu düzenine de aykırı olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay ise, öncelikle kamu düzeni kurallarının zaman bakımından uygulanması konusunda derhal yürürlüğe girme istisnasını dikkate almamış, daha sonra ise ilk derece mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gerekçesinden söz

¹⁰⁷² Y. 11. HD, E. 2013/15438, K. 2014/2405, T. 12.02.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 18.09.2019).

etmeden kişilik hakkına aykırılık üzerinden hüküm kurarak kararı onamıştır. Bu karar özelinde sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebeplerinden kişilik hakkına ve kamu düzenine aykırılık arasındaki ilişkide varılan sonuçlar tekrar incelenmelidir. Kişiliğini geliştirme hakkı açısından kişinin ekonomik hak ve özgürlüklerinin, özellikle ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünün sözleşme hükümleri uyarınca yok edilmesi, bahse konu sözleşeni zayıf taraf durumuna düşürmektedir. Koruyucu kamu düzeni kavramı çerçevesinde zayıf tarafın korunması amacı gündeme geleceği ve kişinin ekonomik geleceğine karar verme özgürlüğünü korumanın toplumun temel değerlerinden biri olarak ele alınması gerektiği için MK md. 23/ f. 2 anlamında ahlaka aykırılıktan ziyade hukuka aykırılığın varlığını savunan görüş benimsenmelidir¹⁰⁷³. Somut olayda TBK md. 27/ f. 1 uyarınca sözleşmenin geçersizliği saptanırken, ilk derece mahkemesinin ortaya koyduğu hususları benimsemekle beraber, Yargıtay'ın bu noktada kamu düzenine aykırılık sebebini de değerlendirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kamu düzeni bağlamında sözleşmede oyuncu aleyhine tek taraflı taahhütlerin bulunduğu, sözleşme adaletini bozucu derecede ağır yükümlülüklerin söz konusu olduğu, sözleşmeyi sona erdirmeye hususunda fesih hakkının yapımcı lehine, ek olarak tek taraflı sözleşme süresini uzatma hakkı da tanınarak, son derece geniş bir şekilde düzenlenmesine karşılık oyuncunun fesih hakkını ancak ağır tazminat yükümlülükleri altında kullanabilmesi gibi tespitler dikkate alınmalıdır. Mali hakların devri ve oyunculuk sözleşmesinin içerdiği düzenlemeler gereği yapımcı lehine sözleşme özgürlüğünün kullanılmasını aştığı, adeta hususi bir ayrıcalık tanınması noktasına geldiği izlenimi edinilmektedir. Bahse konu olayda “*davacı lehine orantısız, adil olmayan ve sözleşme dengesini dikkate almayan*” sözleşme hükümlerinden söz edilerek, kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti bakımından ele alınması gereken unsurları inceleme alanı yaratıldığı kanısındayız. Kamu düzenine aykırılık bakımından ele alınması gereken genel-özel menfaat dengesinin genel menfaati ihlal edici boyutta bozulup bozulmadığı temel hak ve özgürlükler aracılığıyla irdelenebilir. Sözleşmede bir tarafın çalışma özgürlüğü, yasal dinlenme hakkı, sözleşme özgürlüğü gibi anayasal hakların kısıtlandığından hareketle söz konusu kişinin zayıf taraf konumuna getirildiği, sözleşmenin bütününe bakıldığında sözleşme adaletinin taraflar arasındaki ekonomik güç dengesizliği kullanılarak bozulduğu tespiti yapılabilmektedir. Ekonomik gücü

¹⁰⁷³ Yuk. bkz. II, 3.3.5.2., s. 140.

tırpanlanan tarafın adil, dengeli sözleşme hükümleri çerçevesinde ekonomik hak ve özgürlüklerini kullanabilmesi, özel menfaatin yerine getirilmesinin yanı sıra sosyal hukuk devleti ve Anayasa md. 5'te devlete yüklenen temel hak ve özgürlükleri adalet ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan ekonomik engelleri kaldırma ödevi gereği toplumsal ihtiyaçların karşılanması bakımından önemlidir. Genel menfaatin korunması bakımından somut olaydaki sözleşme hükümlerine kamu düzenine aykırılık nedeniyle müdahale edilmesi, aynı zamanda yatay uygulanma prensibinin dolaylı etkisi gereği isabetli olacaktır. Başka bir açıdan somut olaya yaklaşmak gerekirse, benzer sözleşmelerde taraflar arasında süregelen, yaygın bir eşitsizlik hali ile sözleşme adaletini bozucu hükümler söz konusu ise, yapımcıların elde ettiği menfaatler karşısında genel menfaatin ihlali ile birlikte ekonomik kamu düzenine aykırılık kapsamında yapısal eşitsizlik halinin ortaya çıkmasından bahsetme imkânı doğacaktır. Böyle bir olasılıkta kamu düzenine aykırılık sebebiyle zayıf tarafın sözleşmede korunması, tarafların hak ve yükümlülükleri arasında mevcut bir yapısal eşitsizlik halinin engellenmesi amacına dayanacaktır.

2.3. Sözleşmede Zayıf Tarafın Korunması Amacı İle Getirilen Önlemler

Türk-İsviçre hukukunda sözleşme ilişkisinde ekonomik, sosyal ya da psikolojik anlamda zayıf konumdaki tarafın korunmasına ilişkin çeşitli hukuki önlemler getirilmesi düşüncesiyle hukuk kuralları düzenlenmektedir. Çalışmamızın bu kısmında zayıf tarafın korunması ilkesi çatısı altında en yaygın şekilde düzenlenen, taraflar arasındaki pazarlık gücünü dengeleme veya sözleşme ilişkisi sürerken zayıf tarafın daha elverişli şartlarla ihtiyacı olan sözleşmeye bağlı kalabilmesi ya da sözleşmeyi sona erdirme bakımından zayıf tarafa güvence sağlama adına getirilen hukuk kuralları ele alınacaktır. Zayıf tarafın korunması ilkesi dâhilinde getirilen bazı önlemleri, sözleşmenin çeşitli aşamaları kapsamında incelenmesinin faydalı olacağı kanısındayız.

2.3.1. Sözleşmenin kurulması

2.3.1.1. Yasada belirli sözleşme unsurlarının düzenlenmesi

Sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulması aşamasında zayıf tarafın korunması ilkesi gereği öngörülen hukuki önlemlere ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda birtakım örneklere rastlamak mümkündür. Öncelikle, zayıf tarafın akdettiği

sözleşmedeki unsurların kanun koyucu tarafından yasada açıkça, teker teker belirlenmesi şeklinde koruyucu hukuki önlemler söz konusudur. Bu konuda örneğin, TBK md. 420/ f. 2 uyarınca alacaklı ve borçlu olarak işçi- işveren arasında hizmet sözleşmesinden doğan ücret borcunun ibra sözleşmesine konu edilmesi, zayıf tarafın korunması ilkesi açısından hukuki önlemin alınmasını gerektiren bir durumdur. İşverenin bağımlılık ilişkisini kullanarak işçi üzerinde hem ekonomik hem de psikolojik bir baskı kurmasının sıklıkla görülmesi sonucu getirilen yasal düzenlemedeki koruyucu amaç, ücret borcuna ilişkin ibra sözleşmesinde alacaklı işçinin sahip olduğu alacakların tamamen veya kısmen ortadan kalkmasını önlemektir. Söz konusu hüküm kapsamında işçiyi korumaya yönelik olarak ibra sözleşmesi en erken hizmet sözleşmesinin bitiminden bir ay sonra yapılabilecektir. Ayrıca işçinin ücret ve diğer maddi alacaklarını konu edinen ibra sözleşmesinde bazı unsurların yer alması geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda adi yazılı şekil şartı ile beraber ibra sözleşmesinde ibra konusu alacağın türü ve miktarının açıkça belirtilmesi aranmaktadır¹⁰⁷⁴.

Sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşme içeriğindeki unsurların kanunda düzenlenmesine ilişkin bir diğer örneğe değinecek olursak, kefalet sözleşmesi çerçevesinde kefil koruma amacı ile düzenlenen TBK md. 583 hükmü uyarınca tek taraflı bir geçerlilik şartı getirilmiştir. Buna göre, kefilin irade beyanının yazılı şekil şartına bağlı olmasının yanı sıra kefalet sözleşmesine ilişkin bazı unsurların da bu beyan içinde yer alması gerekmektedir¹⁰⁷⁵. Kanun koyucu açıkça kefilin el yazısıyla sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusuysa bu sıfatla ya da aynı anlamdaki herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiği hususunun sözleşmede düzenlenmesini aramıştır. Öğretide kefalet sözleşmesinde kefilin korunması amacıyla dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartının var olduğu belirtilmiştir¹⁰⁷⁶. Bu noktada kefilin

¹⁰⁷⁴ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2015). *Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 234 vd., Durmuş ÖZCAN, Uğur OCAK (2013). *Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (İbraname)*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 32 vd., Yavuz, s. 949-950, Eren, (2016) s. 557. Ayrıca bu düzenlemenin hizmet sözleşmesi tarafları arasında maddi eşitlik ilkesinin bir yansıması olduğuna ilişkin bkz. Gümüş, C. I, s. 499- 500.

¹⁰⁷⁵ Burak ÖZEN (2017). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 219 vd., Nami BARLAS (2012). *“Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”*, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, Editör: M. Murat İnceoğlu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 350 vd., Ece BAŞ (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*, İÜHFM, C. 70, S. 2, s. 128 vd., Yavuz, s. 1380 vd., Gümüş, C. II, s. 314, Eren, (2016) s. 772. 818 sayılı BK zamanında yazılı şekil kapsamında İBK md. 493 hükmünü göz önüne alarak yapılan tespitler ışığında kefalet sözleşmesinin içeriğine dair ayrıntılı bilgiler için bkz. Tandoğan (2010a), C. II, s. 749 vd.

¹⁰⁷⁶ Kişinin irade beyanının bir kısmının veya tamamının beyan sahibinin el yazısıyla belirtilmesi şartının dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartı olduğuna ilişkin bkz. Özen, s. 221.

üstlenmek üzere olduğu yükümlülüğün boyutları ve olası sonuçları hakkında uyarılması ve bu şekilde korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca el yazısıyla metin içinde belirtilmesi gereken sözleşme unsurlarının sonradan alacaklı tarafından tek taraflı değiştirilmesinin engellenmesi amacı da söz konusudur¹⁰⁷⁷. Ancak TBK md. 583/ f. 1 hükmünün kefil koruma amacını tam anlamıyla gerçekleştirmekten uzak olduğu yönünde eleştiriler de mevcuttur. Kefilin sorumlu olduğu en üst limitin rakamla belirtilmesi zorunluluğunun İBK md. 493/ f. 1 hükmündeki gibi açıkça kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır. İsviçre hukukunda belirli bir sorumluluk miktarını aşan kefalet sözleşmelerinde kefil bir gerçek kişi olduğu takdirde resmi şekil şartı öngören düzenleme esas alınarak, Türk hukukunda belirli bir limitin üstündeki borç için kefil olan gerçek kişilerin korunması bakımından önemli noktaların es geçildiği belirtilmektedir¹⁰⁷⁸.

2.3.1.2. Çatılı konut ve işyeri kiralarında yazılı tahliye taahhüdü

Zayıf tarafın korunması ilkesinin klasik uygulama alanlarından biri olan çatılı konut ve işyeri kiralarına ilişkin sözleşmenin kurulması aşamasında kiracının karşısına çoğunlukla sosyo-ekonomik açıdan barınma hakkı veya çalışma hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerinden yararlanabilme şartı olarak konulan yazılı tahliye taahhütnamelerinin geçersizliği diğer bir önemli örnektir. 6098 sayılı TBK dönemi öncesinde kiracıların imzaladığı yazılı tahliye taahhütnamelerinin geçerliliğine ilişkin mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun md. 7 (a) hükmünde kiracıdan kaynaklanan tahliye sebepleri arasında sayılan bu belgenin imzalanma anına ilişkin bir husus belirtilmemiştir. Zayıf tarafın korunması ilkesine ilişkin ortaya çıkan bu hukuki mesele, TBK md. 352/ f. 1'de tahliye taahhüdün yazılı olması, kiralananın tesliminden sonra ve kiracı tarafından bizzat verilmesi şartları ile taahhüt belgesinde yazılı tarihten itibaren bir aylık hak düşürücü süre getirilmesi gibi hukuki önlemler doğrultusunda ele alınmıştır. Uygulamada büyük çoğunlukla ilk kira sözleşmesi ile birlikte aynı anda imzalanan bu taahhütnameler, kiralanan henüz taşınmadan kiracıların önüne konulmaktadır. Söz konusu durum, kiracılara zayıf taraf niteliğinin tanınmasında kullanılan aynı gerekçe ile açıklanabilir. Kiracı taraf, sözleşme kurulması aşamasında bir konut veya işyeri bulma

¹⁰⁷⁷ Özen, s. 224, Baş, s. 135.

¹⁰⁷⁸ Özen, s. 227. Buna karşın kefilin en üst limitinin sözleşmede el yazısıyla belirtilmesi şartının her halükarda rakamla yazılacağı şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Baş, s. 133.

baskısı altında özgür iradesiyle karar verme imkanına sahip değildir¹⁰⁷⁹. Esasen bu konuda zayıf tarafı koruma ilkesinin temel kavramlarından maddi sözleşme özgürlüğünün kiracı bakımından mevcut olmadığından bahsedilmelidir. Zira kiracı olarak sözleşmeye muhtaç olan taraf niteliğine sahip olan kişi, bir baskı ve zorlama altında yazılı tahliye taahhüdünü imzalamak zorunda kalmaktadır. TBK'daki yasal düzenlemenin kiracının maddi sözleşme özgürlüğünü koruma altına almak için yazılı tahliye taahhütleri için getirdiği şart, kiralananı tahliye tarihini içermesi ve kiralananın tesliminden sonra verilmesidir. Bu şart doğrultusunda yalnızca sözleşmenin yapılması değil, kira konusu taşınmazın kiracıya teslim edilmesi anından sonra taahhüdün verilmesi gerekmektedir¹⁰⁸⁰. Ek olarak belirtmek gerekir ki, ilk kira yılından sonra kira sözleşmesinin kendiliğinden yenilenmesi halinde her kira yılı başında kiracının yazılı olarak tahliye taahhüdünde bulunması, kural olarak geçerlidir¹⁰⁸¹.

Çalışmamız kapsamında çatılı konut ve işyeri kirası sözleşmesinde yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliğini kamu düzenine aykırılık bağlamında değinilmesi önem arz etmektedir. Öncelikle ele alınması gereken 1944 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında¹⁰⁸² söz konusu dönemde yürürlükte olan Milli Koruma Kanunu'nun taşınmaz kiralarna ilişkin md. 30 hükmüne dayanılmıştır. 6570 sayılı kanunun kabul edilmesiyle yürürlükten kalkan bu yasal düzenlemeyi esas alan söz konusu karar, kiracının tahliye taahhüdü konusunda sahip olduğu temel, isabetli saptamaları ve görüşleri sayesinde yazılı hukuk kurallarının yanı sıra adeta bir *common law* kuralı gibi geçerliliğini sürdürmüştür. Bu karar uyarınca ilk kira sözleşmesi için yapılan tahliye taahhütleri geçerli kabul edilmeyecektir. Zira böyle bir taahhüdün geçerli kılınması halinde belirsiz süreli kira sözleşmesinin kendiliğinden yenilenmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Zayıf tarafı koruyucu hukuk kurallarının emredici niteliği, bu karar özelinde sözleşme özgürlüğünün kamu düzenine aykırılık sınırı ile bağdaştırılmıştır. Kararın dayandığı yazılı hukuk kuralı, kamu düzeninden doğmaktadır. Kiracının sözleşmeye duyduğu ihtiyaç, barınma hakkı

¹⁰⁷⁹ Tandoğan (2008), C. I/ 2, s. 196, Yavuz, s. 691, Kılıçoğlu (2019), s. 303, Eren (2016), s. 422-423.

¹⁰⁸⁰ Kılıçoğlu (2019), s. 302. Ayrıca uygulamada TBK md. 352'ye aykırı şekilde kira sözleşmesi ile birlikte aynı anda yazılı tahliye taahhüdünde boş bırakılan tarih kısmını daha sonra taşınmazın teslimi tarihinden de ileri bir tarihle doldurulması halinde ortada kanuna karşı hile olduğuna ilişkin bkz. Yavuz, s. 694.

¹⁰⁸¹ Tandoğan (2008), C. I/ 2, s. 197.

¹⁰⁸² Y. İBK, E. 1944/15-20, K. 1944/ 28, T. 04.10.1944, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi: 05.12.2019). Bir diğer Yargıtay kararında ise hem söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararının önemi ortaya konmuş, hem de çatılı konut ve işyeri kira sözleşmelerinde kiracıların korunma alanını yazılı konutlar bakımından incelenmiştir. Karar metni için bkz. Y. 12. HD, E. 1984/ 6481, K. 1984/ 9882, T. 02.10.1984, www.kazanci.com.tr (Son Erişim Tarihi : 05.12.2019).

veya çalışma hak ve özgürlüğünü kullanmasından doğmakta, böylece mevcut bir baskı altında tahliye taahhüdünde bulunma tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Sözleşmede tarafların üstlendikleri hak ve borçlar dengesini bozucu nitelikte bir taahhütte bulunması sözleşme adaleti ve hakkaniyet ilkesine de aykırı olacaktır. Sonuç olarak, kiraya verene karşı ekonomik açıdan zayıf taraf konumunda olan kiracının kira sözleşmesinin kurulması aşamasında hukuken korunması, kamu düzeni gereğidir.

2.3.1.3. Zayıf tarafı bilgilendirme yükümlülüğü

Sözleşmenin kurulmasından önceki pazarlık ve sözleşmenin imzalanması aşamasında başta tüketiciler olmak üzere zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde getirilen en önemli hukuki önlemlerden biri, karşı tarafın sözleşme konusu ve sözleşmenin olası sonuçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğüdür. Hem karşılaştırmalı hukukta hem de Türk-İsviçre hukukunda zayıf tarafın etkili biçimde korunması için büyük önem arz eden bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali, sözleşme öncesinde tarafların *culpa in contrahendo* sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Sözleşme öncesindeki görüşmeler, taraflar arasında kurulmuş kabul edilen bir güven ilişkisine dayanmaktadır. Özellikle tüketici hukukunda sözleşme öncesi yapılan pazarlıklar sırasında taraflar arasındaki güven ilişkisinin korunması adına bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşme konusu mal veya hizmet hakkında daha fazla bilgisi olan tarafın yanlış veya eksik bilgi vermesi sonucu karşı tarafın, yani bilgi asimetrisi nedeniyle zayıf taraf niteliği kazanan kişinin, elverişli olmayan koşullar altında sözleşme ilişkisine girmesi *culpa in contrahendo* sorumluluğunu doğmaktadır¹⁰⁸³.

¹⁰⁸³ Ariane MORIN, Anne Christine FORNAGE (2018). “*La Vulnérabilité Economique- Rapport Suisse*”, La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant, <http://www.henricapitant.org/evenements/journees-internationales/titre/la-vulnerabilite> (Son Erişim Tarihi: 20.06.2019), s. 2-3, Pierre- Claude LAFOND (2018). “*La Vulnérabilité Economique- Rapport Québécois*”, La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant, <http://www.henricapitant.org/evenements/journees-internationales/titre/la-vulnerabilite> (Son Erişim Tarihi: 20.06.2019), s. 6, Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE (2006). *L’information des Consommateurs en Droit Européen et en Droit Suisse de la Consommation*, Zürich : Schulthess, s. 406, Serozan (2014), s. 256, Tercier (2004), s. 222. Ayrıca bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşme adaletini sağlama amacı ile getirilmesi, zayıf tarafın eşit olmayan koşullar altında girdiği sözleşme ilişkisinde lehine getirilen bu yükümlülükle korunmasının sosyal devlet ilkesi ile bağının kurulmasına ilişkin bkz. Özdamar, s. 183.

Karşılaştırmalı hukuka bakacak olursak, Alman hukukunda iyiniyet ilkesinin bir yansıması olarak görülen BGB md. 241/ f. 2 uyarınca alacaklı, borçlunun hukuki menfaatleri, hakları ve mallarını dikkate alma yükümlülüğü altındadır. Zayıf tarafın korunması ilkesi ile sözleşme hukuku arasındaki bağın kurulması kapsamında BGB md. 241/ f. 2 hükmü, zayıf tarafın maddi anlamda karar verme özgürlüğünün sözleşme hukukunda korunan temel değerler arasında yerini alması bakımından önemlidir¹⁰⁸⁴. Sözleşme öncesi sorumluluk bakımından bilgilendirme, aydınlatma ve uyarma yükümlülüklerinin hukuki temeli iyiniyet ilkesi olarak görülürken, 1 Ocak 2003 tarihindeki BGB revizyonu ile birlikte söz konusu hüküm, bu yükümlülüklerin hukuki dayanağı haline gelmiştir. Bahse konu maddeye atıf yapan BGB md. 311/ f. 2 hükmünde ise taraflar arasındaki pazarlıkların yapılması ve sözleşmenin hazırlanması aşamalarında da sözleşmesel ilişkinin doğduğu, dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığı düzenlenmiştir¹⁰⁸⁵. Belçika hukukunda ise, tarafların genel bir bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamakta, ancak dikkatli ve tedbirli birinin somut olaydaki benzer şartlar altında mevcut bilgileri paylaşacağı kabul ediliyorsa bu yükümlülük doğmaktadır. Bu durum aynı zamanda karşı tarafın araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Bilgilendirme ve araştırma yükümlülüklerinin kapsamı, bilgi sahibi taraf ile karşı taraf arasında sahip oldukları deneyimleri ve birbirlerine duydukları güven derecesi dikkate alınarak taraf menfaatlerinin dengelenmesi ile belirlenmelidir. Sözleşmede taraflardan biri daha tecrübeli ve karşı tarafın güvenine haiz ise, bu kişinin bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünün olduğu kabul edilir¹⁰⁸⁶.

Türk hukukunda bilgilendirme yükümlülüğü¹⁰⁸⁷, çeşitli sözleşme türleri çerçevesinde özellikle karşı taraf nezdinde güçlü görünen taraf aleyhine getirilmiştir. Örneğin, kefalet sözleşmesi kapsamında alacaklının kefile karşı bilgilendirme yükümünün TBK md. 592 ve 594 hükümlerinde düzenlendiği görülmektedir. Kefalet sözleşmesinde alacaklı, kefilin korunması amacıyla getirilen bu ödev çerçevesinde md.

¹⁰⁸⁴ Lurger, s. 367.

¹⁰⁸⁵ Lehmann, s. 2.

¹⁰⁸⁶ Claeys/ Steennot, s. 3.

¹⁰⁸⁷ Borçlar ve Tüketici hukuku alanında bilgilendirme yükümlülüğünün genellikle bir külfet, ödev olarak nitelendirilmesine rağmen yasal düzenlemelere bakıldığında genellikle yükümlülük ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle her bir sözleşme türüne ilişkin bilgilendirme yükümlülüğüne değinildiğinde o alandaki genel tercihe sadık kalınmakla birlikte çalışmamızın bu kısmında yükümlülük terimini daha yoğun olarak kullanmayı tercih ediyoruz. Bu konuda külfet, ödev ya da yüküm olarak farklı şekillerde kavramların kullanıldığına ilişkin bkz. Nejat ADAY (2000). *Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 15-16.

592/ f. 3 gereği kefilin haklarını kullanmasında yararlı olabilecek bilgi ve belgeleri vermelidir. Asıl borç ilişkisine dair gerekli bilgi ve belgeler için borç senetleri, bonolar, teslim teslim belgeleri, bilirkişi raporları gibi çeşitli örnekler verilmektedir. Alacaklı söz konusu ödevi yerine getirmediği takdirde aynı maddenin son fıkrası uyarınca kefil kefalet borcundan kurtulacak, varsa ek zararlarının giderilmesini talep edebilecektir¹⁰⁸⁸. TBK md. 594/ f. 1 hükmünde ise asıl borç ilişkisinde borçlunun yasadaki öngörülen şartlar çerçevesinde ödemede gecikmesi halinde alacaklının durumu kefile bildirmesi gereklidir. Buna ek olarak kefilin talebi doğrultusunda her daim asıl borcun kapsamı konusunda alacaklı kefilin bilgilendirmek zorundadır. Aynı maddenin son fıkrasına göre bilgilendirme ödevinin yerine getirilmemesi halinde kefilin uğradığı zarar oranında sorumlu olduğu miktar azalacaktır¹⁰⁸⁹. Bahse konu bilgilendirme yükümünün yerine getirilmemesi konusunda alacaklı konumunda olan bankanın asıl borca ilişkin bilgileri banka sırrı olarak tanımlaması ve kefile bu gerekçeyle bilgi ve belgelerin vermemesi halinde banka sırrı kavramının yaratacağı engelin kefilin alacaklı bankaya karşı koruma amacıyla aşılması gerektiği isabetli şekilde ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁰.

Bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak, zayıf tarafı koruma amacının giderek belirsizleşmesi ve bununla birlikte sözleşmenin belirli aşamalarında korunması gereken tarafın değişebilmesi açısından sigorta sözleşmeleri ele alınmalıdır. Klasik anlamda kendisinde zayıf taraf niteliği öngörülebilir, önüne konulan karışık, uzun ve anlaması zor metinleri imzalaması gereken sigorta ettirene karşı sigortacının aydınlatma yükümlülüğü söz konusudur. Aydınlatma yükümlülüğü altında olan sigortacı ve acentesi, TTK md. 1423 uyarınca sözleşme kurulmadan önce yazılı; Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik md. 5'e göre sözleşme öncesi ve süresi boyunca sigorta ettireni veya sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişileri bilgilendirmelidir. Bu şekilde sözleşme hükümleri, hakları ve sözleşmesel ilişkide yeni gelişmelerle ilgili zayıf taraf konumunda, hatta çoğunlukla tüketici olarak değerlendirilen, sigorta ettireni aldığı hukuki ve soyut ürün¹⁰⁹¹ hakkında aydınlatma amacı gerçekleştirilmiş olur¹⁰⁹². Söz konusu yükümlülüğe ilişkin sözleşme hükümlerini TTK md. 1452/ f. 3 kapsamında

¹⁰⁸⁸ Özen, s. 433, Kılıçoğlu (2019), s. 679.

¹⁰⁸⁹ Kılıçoğlu (2019), s. 681.

¹⁰⁹⁰ Özen, s. 435-436.

¹⁰⁹¹ Söz konusu aydınlatma yükümlülüğü konusunda sigorta sözleşmesine konu olgunun sözleşme metni ve poliçe ile somutlaşacağı için bu özelliğin önemine dair bkz. Samim ÜNAN (2016b). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, C. I, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 187.

¹⁰⁹² İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU (2012). "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü", MÜHFHAD, C. 18, S. 1, s. 388, Özdamar, s. 191.

sigorta ettiren, sigortacı ve lehtar aleyhine değiştirme yasağının getirilmesi, sigortacılık sektörünün uzmanlık gerektirmesi nedeniyle bilgili, birikimli kişilerin dahi sigorta ettiren olarak karşı tarafla aralarında oluşan bilgi asimetrisi sonucu sözleşmesel ilişkide zayıf taraf konumunda görölmesinin bir sonucudur¹⁰⁹³.

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren tarafın da hem sözleşme kurulurken hem de sözleşmenin devamında beyanda bulunma yükümlölüğü söz konusudur. TTK md. 1435'e göre, sözleşmenin kurulması aşamasında sigorta ettiren sözleşmenin içeriğini etkileyecek düzeyde önemli bilgileri karşı tarafa beyan etmek zorundadır. Bahse konu hüküm sigorta sözleşmesinin kendine özgü özelliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim sözleşme konusu rizikoya ilişkin detaylı bilgiye sigorta ettirenin sahip olduğu kabul edilmekle beraber, sigortacının bu yöndeki bilgileri değerlendirerek primleri hesaplaması ve ortaya dengeli bir sözleşme ilişkisinin çıkması amaçlanmaktadır. Sigorta ettiren sözleşmenin devamında da rizikonun gerçekteşmesinden önce ve sonra TTK md. 1445 vd. uyarınca bilgi verme yükümlölüğü altındadır. Sigorta sözleşmelerini yapma hususunda sigortacının iradesini etkileyecek düzeyde önem arz eden bu bilgilerin sigortacı tarafından düzenlenen soru listeleri veya formları aracılığıyla güven altına alınmaya çalışılması aynı zamanda bu sözleşme türünün bir dolandırıcılık yolu olarak kullanılmasının önlenmesine iliřkindir¹⁰⁹⁴. Rizikonun özellikleri ve kapsamı karşısında primlerin orantılı şekilde belirlenebilmesi veya riziko gerçekteştiğinde sigortacının sorumluluğunun varlığı ya da kapsamının tespitinin önemine vurgu yapılması¹⁰⁹⁵, kanaatimizce sigorta sözleşmesinin iç ekonomik dengesi bakımından sözleşme adaleti kavramını akıllara getirmektedir. Karşılıklı aydınlatma ve beyanda bulunma yükümlölüklerinin getirildiği sigorta sözleşmeleri, zayıf taraf kavramından kısmen soyutlanarak hukuken korunması gereken taraf niteliğinin sözleşmenin belirli aşamalarında veya belirli şartlar ölçüsünde her iki taraf için de söz konusu olabileceğini gösteren, dolayısıyla zayıf tarafın önceden belirlenmesi eğilimine dair artan eleştiriler bakımından dikkat çekici bir örnektir.

Tüketici hukuku açısından bilgilendirme veya diğer bir ifadeyle aydınlatma yükümü, 6502 sayılı TKHK ve ilgili mevzuat kapsamında farklı türdeki tüketici sözleşmeleri için düzenlenmiş bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TKHK md.

¹⁰⁹³ Tamer BOZKURT (2018). *Sigorta Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 115, Özdamar, s. 181.

¹⁰⁹⁴ Ünan (2016b), s. 407-408, Bozkurt, s. 130 vd.

¹⁰⁹⁵ Bozkurt, s. 149. Bu konuda kural olarak sigortacının riziko hakkında araştırma yapma, verilen cevapların doğruluğunu teyit etme yükümlölüğünün bulunmadığı, bunun her sözleşme için gerçekteşirilmesinin masraflı olacağına ilişkin bkz. Ünan (2016b), s. 423.

4’de düzenlenen temel koruyucu kurallar içerisinde tüketici sözleşmesindeki karşı tarafın tüketiciyi bilgilendirme yükümü açıkça öngörülmüştür. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında sözleşme içeriğine dair ve tüketici lehine düzenlenmiş diğer bilgi verme zorunluluğu hallerinde yapılacak bilgilendirmeler yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. Aynı nitelikli şekil şartı, TKHK md. 4/ f. 4’te düzenlenen tüketiciden ücret, masraf, komisyon gibi çeşitli adlar altında aynı maddenin üçüncü fıkrasına istisnaen istenebilecek ek bedellere yönelik bilgilendirme yükümü için de aranmalıdır¹⁰⁹⁶. Sözleşmeyi düzenleyen tarafın söz konusu yasal zorunluluğa uymadığı takdirde gündeme gelecek yaptırım, sözleşmeyi ayakta tutma ilkesi uyarınca tüketici sözleşmesinin geçerliliğini etkilememekte, md. 77’de idari para cezasını kapsamaktadır¹⁰⁹⁷.

Dahası TKHK md. 4/ f. 1’de düzenlenen şekil şartı, tüketici sözleşmesi türleri kapsamında her türlü bilgilendirme formu, sözleşme nüshası ve bahse konu yükümü yerine getirmek amacıyla verilen diğer belgelerde aranması gerekmektedir. TKHK çerçevesinde tüketiciyi aydınlatma, bilinçlendirme amacıyla düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğüne dair başlıca örnekler, taksitli satış sözleşmelerinde md. 18/ f. 2; tüketici kredisi sözleşmelerinde md. 23, md. 24/ f. 2; bağlı kredi sözleşmeleri için md. 31/ f. 4; konut finansmanı sözleşmelerinde md. 33, md. 36/ f.2, md. 39/ f. 4; ön ödemeli konut satış sözleşmeleri için md. 40/ f. 2, md. 43/ f. 1; mesafeli sözleşmelerde md. 48/ f. 2 ve md. 49/ f. 2, f. 5; devre tatil sözleşmeleri için md. 50/ f. 4; paket tur sözleşmelerinde ise md. 51/ f. 4, f. 10 hükümleridir. Bütün bu örnekler dahilinde dikkat çekilmesi gereken husus, bilgilendirme yükümlülüğü ile cayma hakkı arasındaki sıkı bağlantıdır. Zira çoğunlukla tüketici sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkına ilişkin bilgilendirildiğini ispat etme yükü karşı tarafa aittir. Ek olarak, tüketiciyi koruma amacı çerçevesinde tüketicinin bilinçlendirilmesine hizmet eden bilgilendirme yükümlülüğünün yanı sıra, sözleşmeye yönelik aldığı kararı değerlendirmesi ve karşı tarafın yoğun ticari faaliyetlerinin etkilerinden kurtularak belirli bir düşünme süresi sonunda sözleşmeye dair mantıklı bir karar vermesi için cayma hakkının tanınması da elzemdir. Örneğin, tüketici kredisi sözleşmeleri açısından 6502 sayılı TKHK ile geliştirilen her iki koruyucu önlemin ortak noktası, piyasa aksaklığı niteliğindeki bilgi asimetrisinin önlenmesidir¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014). *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (madde 1-46)*, C. 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 42, Aydoğdu, s. 97.

¹⁰⁹⁷ Ece BAŞ SÜZEL (2019). *Tatil Sözleşmeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s 82, Feyza Eren SAYIN (2017). *Paket Tur Sözleşmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 144-145, Baysal (2015), s. 298, Aydoğdu, s. 98.

¹⁰⁹⁸ Baysal (2015), s. 291-292.

İçeriği sıkı biçimde yasal düzenlemeler ve ilgili yönetmeliklere bağlı şekilde tüketiciye sözleşme öncesi makul bir süre önce verilmesi gereken bilgi formları¹⁰⁹⁹, sözleşme kurulurken sözleşmenin şekil şartı ve zorunlu içeriği aracılığıyla getirilen ve kimi durumda sözleşme sonrası devam eden bilgilendirme yükümlülüğü¹¹⁰⁰ ile bilinçli, aydınlatılmış bir tüketici profili yaratılması amaçlanmaktadır. Sözleşmede taraflar arasındaki bilgi asimetrisi önlenerek rekabet piyasasının işlerliğini sürdürmek, tüketiciye sözleşme olanakları arasında menfaatine en yakın olanı seçebilme imkanı sunmak önem arz etmektedir¹¹⁰¹. Bu amaçlar doğrultusunda örneğin, tüketici kredisi sözleşmelerinde söz konusu yükümlülüğünün kapsamının diğer bankaların kredi teklifleriyle kıyaslanabilecek nitelikte masraflar, ödenmesi gereken toplam tutar, faiz oranı, teminatlar gibi belirli unsurlardan oluşması gerekir¹¹⁰². Bilgilendirme kapsamı ile ilişkili olarak tüketicinin zayıf taraf niteliğine ilişkin değinilmesi gereken temel husus, objektif nitelikte ortalama bir tüketicinin bilgilenmesini sağlama amacının varlığıdır. Bu noktada kastedilen, tüketici kavramının ölçüsü olarak günümüzde ekonomik hayatta kolayca yönlendirilemeyen, belirli düzeyde bilgi ve bilinç sahibi ortalama bir kişi olarak ele alınması gerekliliğidir¹¹⁰³. Dolayısıyla tüketicinin korunması açısından bilinçsiz, eğitimsiz kişilerden ziyade daha bilinçli bir kişinin ekonomik hayatta isabetli kararlar alabilmesinin ön planda tutulması gerektiği, bu şekilde ekonomik piyasanın daha işlevsel olacağı belirtilmektedir¹¹⁰⁴. Tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline karşı koruma düzeyinin belirlenmesi hakkında sözleşme içeriği hakkında bilgi edinmek için çaba sarf eden, içeriğe dair eleştirel yaklaşım içinde olan ortalama kişi ölçütünün soyut ve objektif niteliği¹¹⁰⁵ önemle vurgulanmalıdır.

¹⁰⁹⁹ Örneğin, tüketici kredisi ve konut finansman sözleşmesinde sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne dair ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal (2015), s. 295 vd., Gümüş (2014), s. 184, s. 225.

¹¹⁰⁰ Örneğin paket tur sözleşmeleri kapsamında sözleşmenin kurulması aşamasından sonra, yolculuktan önce getirilmiş bilgilendirme yükümlülüğüne dair ayrıntılı bilgi için bkz. Baş Sützel, s. 207, Sayın, s. 141 vd.

¹¹⁰¹ Özdamar, s. 180-181.

¹¹⁰² Atamer (2016), s. 72-73, Baysal (2015), s. 292

¹¹⁰³ Doğa Ekrem DOĞANCI (2018). *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 151, Baysal (2015), s. 293, Çınar, s. 167. Örneğin, TKHK md. 62'de ticari uygulamaların haksız niteliğini belirlemede ölçüt olarak 'ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimi'nin esas alınması yasal düzenlemelerde bu yönde eğilimin bir göstergesidir.

¹¹⁰⁴ Atamer (2016), s. 75, Baysal (2015), s. 294. Saydamlık denetimine dair rekabet ortamını destekleyici, hukuken korunan tarafın davranışlarını piyasanın daha iyi işlerliğine yönelten yaklaşımın belirlenmesi gerektiğine dair bkz. Doğancı, s. 44.

¹¹⁰⁵ Doğancı, s. 528-529, Çınar, s. 167.

Ek olarak, haksız şartların içerik denetiminde sözleşme konusu hakkında tüketicinin tecrübeli olup olmadığı, zor bir durumda kalıp kalmadığı, karşı tarafın aldatıcı davranışlarda bulunup bulunmadığı gibi hususlar sözleşme konusu mal veya hizmetin özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir¹¹⁰⁶. Sözleşme konusu ile ilgili tüketicinin özel kapsamda değil, genel, ortalama bir bilgi ve tecrübe seviyesine sahip olması¹¹⁰⁷, sözleşme içeriğine ilişkin zayıf tarafı koruyucu önlemlerin kapsamında belirleyicidir. Bu noktada tüketiciye ilişkin atfedilen mutlak zayıflık halinin değerlendirilmesinde sözleşmenin kuruluşu esnasında mevcut durum ve koşulların yan, tamamlayıcı unsurlar şeklinde¹¹⁰⁸ devreye girmesiyle nisbi zayıflık niteliğine dair unsurların da dikkate alınabileceği anlaşılmaktadır.

Zayıf tarafın belirlenmesi konusunda özellikle tüketici kavramına dair yapılan gözlem ve tespitler, koruma kapsamının birikimli, bilgiye ulaşmak için araştırmaya istekli, dikkatli bir ortalama tüketicinin esas alınarak belirlenmesi ile eğitimsiz, naif veya dikkatsiz kişilere dair hukuki kalkanın sağlamaştırılması açısından önem arz etmektedir. Tüketici sözleşmelerinde somut olayda, kural olarak, aralarında yapısal nitelikte bilgi asimetrisi olduğu varsayılan tarafla sözleşme akdeden kişinin yeterli bilgi düzeyine sahip olup olmadığına, dolayısıyla sözleşmedeki haksız şartlara karşı tüketici korumasından yararlanıp yararlanamayacağına karar verilmesi mevcut duruma ilişkin unsurların değerlendirmesine bağlıdır. Örneğin, 6502 sayılı TKHK md. 3/ (I) bendi uyarınca tüketici işlemleri kavramı altında değerlendirilen bankacılık sözleşmelerinde bankaların bilgilendirme yükümlülüğünü¹¹⁰⁹ ihlal edip etmediği yönünde farklı içtihatlarla

¹¹⁰⁶ Çınar, s. 155.

¹¹⁰⁷ Aynı zamanda TKHK md. 3/ (k) bendi gereği tacir sıfatına sahip kişilerin de mesleki faaliyetleri dışında yaptıkları sözleşmelerde tüketici olarak değerlendirilmesi bakımından haksız sözleşme hükümlerine karşı korunduğuna, ancak büyük bir düzeyde bilgi ve birikim sahibi oldukları bir konuda sözleşme yapmaları halinde zayıf taraf kavramı altında tüketici korumasından yararlanmasında dogmatik davranılmaması gerektiğine ilişkin bkz. Çınar, s. 161. Diğer yandan ise, deneyimi ve uzmanlığı olan bir alanla ilgili olmak üzere özel bir uzmanlık gerektiren, örneğin sigotacılık gibi, bir konuda sözleşme yapan tacirin tüketicilere tanınmış hukuki korumadan faydalanması gerektiğine ilişkin bkz. III, 2.1.1.3., s. 209.

¹¹⁰⁸ Çınar, s. 160. Bu bağlamda 2014 yılında yürürlüğe giren Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik md. 6/ f. 2, “*Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.*” hükmünü getirmiştir.

¹¹⁰⁹ Bankaların 6502 sayılı TKHK dönemi öncesinde de TBK md. 20 vd. hükümleri gereğince genel işlem şartları ve 4077 sayılı mülga kanun uyarınca haksız şart denetiminde karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğünün önemi vurgulanmasına ilişkin bkz. Şebnem AKİPEK (2013). *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Sözleşme Koşulları İle Türk Borçlar Kanunundaki Genel İşlem Şartlarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi*, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu - Ses Çözümleri ve Makaleleri "Tüketici Hukuku Açıklamaları", Ankara: Bilge Yayınevi, s. 59.

karşılaşılmaktadır. Kamu düzeninden doğan genel işlem şartlarının ya da Tüketici hukuku kapsamında haksız şartların denetimine ilişkin hukuk kurallarının uygulama alanı ile yakından bağlantılı olması nedeniyle konuya ilişkin farklı içtihatlar dikkate değer niteliktedir.

İlk olarak, 2017 yılında verilen bir Yargıtay kararında¹¹¹⁰ banka ile müşterisi arasında imzalanan birden fazla opsiyon sözleşmesi ve türev işlemlerine ilişkin çerçeve sözleşmede davacı müşteri sözleşmesel ilişki içerisinde zarara uğradığını ileri sürerek dava açmıştır. Söz konusu uyuşmazlık, bankanın işlemlerin taşıdığı riskler bakımından bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal edip etmediği ve sözleşme hükümlerinin haksız şart niteliğine haiz olup olmadığı hususlarındadır. İlk derece mahkemesi, davacıya sunulan sözleşmelerin standart nitelikte tek taraflı hazırlandığı, kısa zaman içerisinde okunup değerlendirilmesinin mümkün olmadığını göz önünde bulundurarak haksız şart kavramı kapsamına girdiğini belirtmiştir. Aynı zamanda her ne kadar sözleşme içerisindeki bir form metninde zarar riski olduğu belirtilmişse de söz konusu bankacılık işlemlerinin yüksek risk taşıdığı gerekçesiyle '*özen borcuna aykırılık*' ifadesini kullanarak bankanın '*davacıyı yeterince aydınlatmadığı*' tespiti doğrultusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediğine, sözleşmenin geçersizliğine karar vermiştir. Yargıtay ise, genel işlem şartlarının denetimi hakkındaki hükümlerin yürürlük hukuku açısından ele alınmasını uygun bulmamış, çerçeve sözleşme içerisinde yer alan risk uyarılarını ve bankacılıkta türev işlemlere dair dikkatlice araştırma yapma gerekliliğini belirten hükümleri esas alarak, bu hükümlerin '*genel bildirim*' olduğunu, davacının uyuşmazlık konusu sözleşmeler öncesinde de aynı tür hukuki işlemleri birçok kez yapmasını dikkate alarak ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Somut olayda bankada yapılan yatırım işlemleri ve buna yönelik çeşitli sözleşmeler taraflar arasında imzalanmıştır. Davacı müşterinin 6502 sayılı TKHK md. 3/ (1) bendi gereği bankacılık alanında yapılan her türlü sözleşme ve hukuki işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi dikkate alındığında bir tüketici işlemi yaptığı kabul edilmelidir. Bankanın bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesine geçmeden önce belirtilmelidir ki, bankacılık işlemleri ve sözleşmelerinin Tüketici hukuku kapsamına alınması nedenleri arasında bu alanda taraflar arasında oldukça yaygın şekilde görülen, yapısal boyutta bir eşitsizliğin varlığı da

¹¹¹⁰ Y. 11. HD, E. 2016/5722, K. 2017/782, T. 14.02.2017, www.karararama.yargitay.com.tr (Son Erişim Tarihi: 10.12.2019).

söz konusudur. Bu nedenle zayıf tarafı koruma ilkesinin temelini oluşturduğu bu hukuk dalında somut olayların daha dikkatli şekilde irdelenmesi gereklidir¹¹¹¹. Örneğin, söz konusu Yargıtay kararında banka tarafından bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik çerçeve sözleşmesi hükmünde risk uyarısının yapıldığı, işlemlere dair analizlerin sübjektif olduğu bilgisinin verildiği, dolayısıyla müşterinin bir nevi araştırma yapma ödevi altında olduğunu belirtmiştir. Bu noktada hukuki koruma açısından objektif nitelikteki ortalama tüketici kriterinin müşteri nezdinde oluşup oluşmadığına bakıldığında, Yargıtay tarafından bu tür sözleşmeleri önceden yapmış, tecrübeli, bilgili bir müşterinin varlığı kabul edilmiştir. Ancak somut olayda davacının çerçeve sözleşmeye sonradan imza attığı iddiası ve üst derece mahkemesinin bilgilendirmenin yapıldığını savunduğu belgenin sekiz ayrı sözleşmenin yapıldığı dönemin tam ortasında imzalandığının açıkça anlaşılması karşısında bankanın yükümlülüğünün tam anlamıyla gerçekleştirdiği noktada şüpheye düşmek mümkündür. Haksız şartların denetimi açısından sözleşmenin bütününe algılayabilme kıstası çerçevesinde yaklaşık iki aylık süreç içinde müşterinin önüne konulan opsiyon sözleşmeleri arasında en başta imzalanması gereken, bilgilendirme yükümlülüğüne dair çerçeve sözleşme hükmü şeklindeki formun öncesinde imzalanan sözleşmeler için aydınlatma fonksiyonundan söz etmek kanımızca zordur. Somut olaydaki banka işleminin taşıdığı risk düzeyi gereği, ilk derece mahkemesinin de belirttiği gibi, ortalama tüketicinin hukuken sahip olduğu koruma düzeyi, yalnızca bu sözleşme tipine dair önceki deneyimlerine bakılarak zayıflatılmamalıdır.

Ele alınan konuyla bağlantılı olarak, somut olayda önemli bir olgunun da Yargıtay kararında atlandığı düşüncesindeyiz. Davacının banka personeli tarafından hiçbir risk bulunmadığı telkinleri sonucu sözleşme yapmaya yönlendirildiği iddiası, kanaatimizce taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik hali ile yakından ilişkili olup, önceden tek taraflı hazırlanan çerçeve sözleşme hükmünün haksız şart niteliğinde olduğu iddiasını¹¹¹² kuvvetlendirmektedir. Haksız şartların içerik denetimi hakkında önemli bir nokta da

¹¹¹¹ Tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından 6502 sayılı TKHK'dan çok daha önce bankanın müşteri karşısında ekonomik açıdan çok daha güçlü konumda olduğu, müşterinin hukuken korunması gerektiği düşüncesinin Türk hukuku içtihatında da var olduğuna ilişkin bkz. Şebnem AKİPEK (1999). *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 240.

¹¹¹² Söz konusu iddia, ilgili Yargıtay kararında yürürlük hukuku kapsamında bizzet isabetsiz olarak haksız bulunmuştur; '... mahkemece taraflar arasındaki sözleşmede bulunan hükümlerin TBK'nun 20-... madde hükümlerinde düzenlenen genel işlem şartlarına aykırı bulunduğu belirtilmiş ise de, dava konusu Genel Türev İşlemler Çerçeve Sözleşmesi 07/06/2011 tarihli olup TBK'nun yürürlük tarihinden evvel akdedilmiş olmakla, somut olayda TBK hükümlerinin uygulanması doğru görülmemiştir. ...'

tüketicilerin sözleşme kurulurken karşı tarafın dürüstlük kuralına aykırı derecede etkileyici davranışlarıdır. Özellikle bilgilendirmeye ilişkin hükmün yer aldığı çerçeve sözleşmesi öncesinde akdedilen opsiyon sözleşmeleri kapsamında yapısal eşitsizlik halinin tespiti halinde haksız şartların denetiminin hukuki temeli olarak kamu düzenine aykırılık gündeme gelebilecektir¹¹¹³. Sözleşmenin kurulması aşamasında yapılan telkinlerin her ne kadar çerçeve sözleşme hükümlerinde sübjektif nitelikte görüşler olabileceği banka tarafından belirtilse de, somut olayda banka ile müşterisi arasındaki yapısal eşitsizlik hali gereği tüketici niteliğindeki davacının ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkının kısıtlanması sonucunun doğduğu kabul edilmelidir.

Bankacılık sektörü hakkında aynı tür işlemler ve sözleşmelerde bankaların bilgilendirme yükümlülüğü hakkında Yargıtay'ın yukarıda bahsedildiği üzere tüketici işlemi niteliğini tamamen göz ardı ettiği kararları olduğu gibi, diğer yandan müşterinin¹¹¹⁴ tüketici korumasına sahip olduğu hususunu dikkate alarak verdiği kararları da mevcuttur. Örneğin, 2016 yılında Yargıtay'ın verdiği bir kararda¹¹¹⁵ davacı müşterinin mesleğinin eczacılık olduğu, yapılan bankacılık işlemlerinin yatırım ve kar elde etme amaçlı olmasının TKHK md. 3/ (I) bendi gereği tüketici işlemi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Benzer bir Yargıtay kararında¹¹¹⁶ ilk derece mahkemesince opsiyon işlemleri çerçeve sözleşmesi ve özel bankacılık hizmetleri genel kredi sözleşmesinin '*ekonomik/ parasal/ yatırım amaçlı*' olduğundan bankalarla bu tür sözleşme akdeden kişilerin tüketici olarak kabul edilmeyeceği savunulmuş olsa da somut olaydaki sözleşmelerin tüketici işlemi niteliğine dikkat çekilmiştir. Banka ile yapılan tüm sözleşmeleri tüketici işlemi kavramı altında toplayan Yargıtay içtihadı, kanaatimizce banka ile müşteri arasında yaygın şekilde var olan, gözden kaçırılması neredeyse imkansız bir yapısal eşitsizlik durumuna dikkat çekmesi açısından önemlidir. Taraflar arasında hak ve yükümlülükler bakımından yapısal boyutta, sözleşme adaleti sarsacak düzeyde bir dengesizliğin meydana gelmesi, bankacılık sektöründe olası ve her daim göz

¹¹¹³ Girişimcinin dürüstlük kuralına aykırı davranışlarının tüketiciyi etkilemesi sonucu menfaatine aykırı şekilde bir orantısızlık oluşması halinde '*ahlaka ve kamu düzenine aykırılık*' gibi sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri uyarınca konunun ele alınabileceğine ilişkin bkz. Çınar, s. 162.

¹¹¹⁴ Bankaların sözleşmede önceden, tek taraflı şekilde, birden fazla kere kullanmak üzere hazırladığı hükümlerin söz konusu denetimlere tabi tutulması bakımından sözleşmenin karşı tarafının tüketici veya tacir olmasının bir farklılık yaratmayacağına dair bkz. Akipek (2013), s. 62.

¹¹¹⁵ Y. 11. HD, E. 2016/6516, K. 2016/7657, T. 03.10.2016, www.karararama.yargitay.com.tr (Son Erişim Tarihi: 10.12.2019).

¹¹¹⁶ Y. 11. HD, E. 2016/4405, K. 2016/4860, T. 02.05.2016, www.karararama.yargitay.com.tr (Son Erişim Tarihi: 10.12.2019).

önünde tutulması gereken bir durumdur. Zayıf taraf kavramının giderek belirsizleşmesi ve genişlemesi bakımından banka müşterisinin bu önemli hukuki koruma kalkanından yararlanması düşüncesi kobilerin büyük şirketlerle girdiği sözleşmesel ilişkilerde korunması eğilimi ile benzer niteliktedir. Bankaların sözleşmede taraflar arasında oluşan ve bir piyasa aksaklığı türü olan bilgi asimetrisi durumundan faydalanarak karşı tarafın ekonomik hak ve özgürlüklerini kısıtlaması, söz konusu kısıtlamanın sözleşmelerde yaygın ve sık olarak görülmesi şartları doğrultusunda hukuki korumayı güçsüz taraf lehine sağlama amacı ön planda olmalıdır. Bu konuda bankacılık işlem ve sözleşmelerine taraf olan kişilerin bilgilendirilmesi, haksız şart niteliğindeki hükümlere karşı içerik denetimi ile korunması aynı zamanda ekonomik açıdan kişiliğini geliştirme hakkının engellenmesinin önüne geçilmesi anlamına gelecektir. Özellikle banka personelinin sözleşme kurulması aşamasında sözleşmeye ilişkin telkinleri ve yönlendirmeleri dikkatlice irdelenmeli, hukuki koruma kapsamı açısından ele alınan bilgili, ortalama tüketici ölçütü, söz konusu işlemlerin taşıdığı risk ve gerektirdiği özel bilgi düzeyine bakılacak olursa somut uyuşmazlıklarda banka müşterilerinin lehine değerlendirilmelidir¹¹¹⁷.

2.3.2. Sözleşme içeriğine müdahale edilmesi

Sözleşme ilişkisinde zayıf tarafın korunmasına ilişkin alınacak hukuki önlemlerin birçoğu, sözleşme içeriğine müdahale edilmesi yolunu açmaktadır. Sözleşme içeriğinin denetlenmesi bakımından genel işlem şartlarının geçerliliğine ilişkin hukuk kuralları en

¹¹¹⁷ Örneğin, 'Tezgah Üstü Türev Araçlarına İlişkin Çerçeve Sözleşmesi' ve 'Opsiyon Teyidi'nin imzalandığı bir somut olayda bankanın aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiasıyla açılan davada ilk derece mahkemesi isabetli şekilde genel işlem şartlarına ilişkin TBK hükümlerinin kamu düzeninden doğduğu, bu nedenle yasal düzenleme öncesinde yapılmış ve sonuçlarını doğurmaya devam ettirmekte olan sözleşmeler için de uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık Yargıtay ise, kamu düzeni kurallarının zaman bakımından uygulanması konusunda isabetsiz bir kararla somut olayda uygulama alanı bulmayacağına, yanı sıra taraflarca imzalanan çerçeve sözleşmeleri ve risk bildirim formunda işlem riskleri hakkında müşterinin bilgilendirildiğine karar vermiştir. Halbuki söz konusu kararda davacının iddialarına bakılacak olursa, banka ile sözleşme imzalayan davacı, yaptığı bankacılık işleminin taraflarını dahi karıştırdığını, sözleşmenin ve onunla bağlantılı yapılan opsiyon teyidinin kendisine anlatılmadığını ileri sürmektedir. Somut olaydaki sözleşmede '*müşteri kardayken 50.000 Dolar, zarardayken 100.000 Dolar üzerinden işlem yapılması*'na dair sözleşme hükmünün davacının ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkının sözleşme tarafları arasındaki mevcut bir yapısal eşitsizlik hali nedeniyle sözleşme adaletini sarsacak düzeyde kısıtlanması sonucu kamu düzeninden doğan koruyucu hukuk kuralları uyarınca geçersiz kılınması isabetli olacaktır. Değinen Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD, E. 2016/1666, K. 2016/1229, T. 02.03.2017, www.karararama.yargitay.com.tr (Son Erişim Tarihi: 10.12.2019).

bilinen önlem olarak görünse de zayıf tarafın korunması adına sözleşme içeriğine müdahale edilmesi hususunda alınmış başka hukuki önlemler de Türk-İsviçre hukukunda mevcuttur. Bunlara ilişkin örneklerin başında aşırı yararlanmanın engellenmesi ile sözleşme içeriğinin aydınlatılmasına yönelik yorum ilkeleri gelmektedir. Aynı zamanda bu başlık altında tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların denetimine ilişkin Yargıtay içtihadının kamu düzenine aykırılık bağlamında incelenmesi çalışma bakımından aydınlatıcı olacaktır.

2.3.2.1. *Aşırı yararlanma (Gabin)*

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde tarafların edimleri arasında açık bir orantısızlık bulunması halinde aşırı yararlanma (gabin) kavramını düzenleyen TBK md. 28 hükmü devreye girmektedir. Aşırı yararlanmanın objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartı vardır. Objektif şart, sözleşmenin içeriği ile ilgili olup, edim ve karşı edim arasında sözleşmenin yapıldığı zaman ve yerdeki piyasa şartlarına, arz-talep miktarına göre açık bir orantısızlık olmasıdır¹¹¹⁸. Sübjektif şart ise, zarar gören kişinin kişisel veya ekonomik açıdan zayıflığından karşı tarafın yararlanma kastının varlığıdır. Kanun koyucu, zayıflık hallerini zor durumda kalma, düşüncesizlik veya deneyimsizlik¹¹¹⁹ olarak sıralamıştır¹¹²⁰. Örneğin, kişi finansal durumu nedeniyle çok değerli bir malını aşırı orantısızlığa yol açacak şekilde düşük bir bedelle satarsa ekonomik, kalp hastası birinin eczanenin önünde kalp krizi geçirdiği sırada eczacının ilacı fahiş fiyatla satması halinde psikolojik sebeplerle zor durumda kalma söz konusudur.

Aşırı yararlanma sonucu zarar gören tarafa sözleşmeyi iptal hakkı ve sözleşmeyi ayakta tutarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep hakkı şeklinde iki seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu seçimlik hakların kullanımı, zarar gören tarafın düşüncesizliğini ve deneyimsizliğini öğrendiği veya zor durumda kalma halinin ortadan kalktığı itibaren 1 yıllık alt süre ve sözleşme kurulduğu andan itibaren 5 yıllık üst süreye

¹¹¹⁸ Seda İrem ÇAKIRCA (2015). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 130 vd, Malaurie/ Aynés/ Stoffel-Munck, s. 301, N. 519, Buffelan-Lanore/ Larribau-Terneyre, s. 471.

¹¹¹⁹ Bu hallerin kanunda sınırlı sayı ilkesine uygun olarak sayılmadığını ve aşırı yararlanmanın bu hallerle sınırlı olmadığını, sadece örnek olarak kanunda yer aldığına ilişkin baskın görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 489-490, Çakırca, s. 166-167, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 259.

¹¹²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 483 vd., Oğuzman/ Öz, C. I, s. 138, Eren, s. 420-421, Çakırca, s. 151, Nomer H., s. 78.

tabidir¹¹²¹. Aşırı yararlanan karşısında TBK md. 28 uyarınca seçimlik hakka sahip olan taraf, sözleşmeyi iptal etme hakkını belirlenen hak düşürücü süreler içerisinde kullanması ve verdiği edimin kendisine iadesini talep edebilir. Diğer bir ihtimalde ise TBK md. 28’de korunan tarafın sözleşmeyi ayakta tutarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep etme hakkı vardır. Bu şekilde aşırı yararlanma halinde zarar gören tarafın korunmasına yönelik hukuki önlemler, seçimlik haklara bağlanmış, korunan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı tanınarak aşırı yararlanma, sözleşme özgürlüğünün hukuki işlemi ortadan kaldıran sınırlama sebeplerinden biri olmuştur¹¹²².

2.3.2.2. *Sözleşme içeriğine dair yorum kuralları*

Zayıf tarafı koruma ilkesi çerçevesinde sözleşme içeriğine müdahale yoluyla alınan hukuki önlemlerden biri de zayıf taraf lehine sözleşme hükümlerinin yorumlanmasını sağlayan hukuk ilkeleridir. Sözleşme kurulduktan sonra taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklarda içeriğe ilişkin bir anlam karmaşası, aydınlatılacak bir nokta bulunması halinde yorum kuralları ve ilkelerine başvurulmaktadır. Bu aşamada genellikle sözleşme hükümlerine ilişkin yorumlama faaliyeti zayıf taraf lehine ve sözleşmeyi düzenleyen aleyhine yorum ilkeleri doğrultusunda sürdürülmektedir. Söz konusu yorum ilkeleri uyarınca sözleşme içeriğinde dair anlaşılamayan, aydınlatılmaya muhtaç hususlar güçlü taraf aleyhine (*contra proferentem*) yorumlanmalıdır. Sözleşmeyi düzenleyen aleyhine yorum ilkesi (*in dubio contra stipulatorem*) bu konuda önem arz etmektedir¹¹²³. Daha güçlü tarafın karşı tarafa iradesini daha kolay kabul ettirmesi, sözleşmeyi düzenleyen tarafın büyük çoğunlukla güçlü taraf olduğu ön kabulünü ve güçlü tarafın kendi düzenlemese dahi hükümlerin belirlenmesinde baskın olması sonucunu doğurmuştur. Bu ilkeyle yakından ilişkili olan zayıf taraf lehine yorum ilkesi (*in dubio minus*), özellikle genel işlem şartları ve tüketici sözleşmeleri söz konusu olduğunda

¹¹²¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 493, Oğuzman/ Öz, C. I, s. 139, Eren, s. 422, Kılıçoğlu, s. 222 vd., Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu, s. 266, Çakırca, s. 177, s. 208. Fransız hukukunda da aşırı yararlanma sonucu zarar görenin benzer şekilde iki seçimlik hakkı olduğuna ilişkin bkz. Buffelan-Lanore/ Larribau-Terneyre, s. 473.

¹¹²² Aşırı yararlanmanın da sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olduğunu açıkça belirtilmesi hakkında bkz. Eren, s. 327. Kanaatimizce aşırı yararlanma, kanunda korunana tarafın seçimlik hakkını hangi doğrultuda kullanacağına bağlı olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları hakkında değindiğimiz sınıflandırma bakımından karma nitelikte bir sınırlama sebebidir. Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde buna karşıt bir örnek olarak, Fransız hukukunda aşırı yararlanmanın sözleşmeye ilişkin genel bir geçersizlik nedeni olmadığına ilişkin bkz. Malaurie/ Aynés/ Stoffel-Munck, s. 301, N. 519, Bénabent, s. 147.

¹¹²³ Söz konusu ilkenin genel işlemlerin yorum denetimi kapsamında ‘belirsizlik ilkesi’ şeklinde tanımlanmasına ilişkin bkz. Atamer (2012), s. 35.

kullanılan hukuki bir ilkedir¹¹²⁴. Örneğin, tüketici sözleşmelerinde bilgilendirme yükümünün aranana şekil şartları doğrultusunda yerine getirilmemesi halinde asıl sözleşme metni ile tüketiciye verilen nüsha arasında bir farklılık söz konusu ise, tüketici lehine olan sözleşme hükmü dikkate alınacaktır¹¹²⁵.

Düzenleyen taraf aleyhine yorum ilkesinin tanınmasında sözleşme hükümlerini tartışma imkânı bulamadan kabul etmek zorunda kalan zayıf tarafın korunması amacının varlığı tartışmasızdır. Daha tecrübesiz ve güçsüz tarafın sözleşmenin içeriğine etkisi, katkısı daha az olacağından hukuk düzeninde bu kişinin korunması amacı birincil konumdadır¹¹²⁶. Türk hukuku açısından TBK md. 23 ve 6502 sayılı TKHK md. 5/ f. 4 hükümleri, bu yorum ilkelerinin yazılı hukuk kuralı halinde düzenlenmiş örneklerindedir. TBK md. 23 uyarınca genel işlem şartlarının yorum denetimi kapsamında genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükmü birden fazla anlama geliyorsa düzenleyen aleyhine, çoğu zaman zayıf taraf olarak nitelendirilebilecek karşı tarafın lehine yorumlanmalıdır. TKHK md. 5/ f. 4 hükmünde ise aynı durumda sözleşme hükmünün tüketici lehine yorumlanacağı belirtilmiştir.

2.3.2.3. *Tüketici sözleşmelerinde haksız şartların denetimi*

Genel işlem şartlarının denetimine ilişkin TBK hükümlerinin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik kamu düzeni kuralları niteliğine sahip olmasına değinmiş bulunmaktayız¹¹²⁷. Sözleşme içeriğinin kontrolü kapsamında Türk hukukunda oldukça önem taşıyan genel işlem şartları ve tüketici sözleşmelerinde haksız şartlar konusunda bir sözleşme hükmünün bu niteliğe sahip olup olmadığının tespiti açısından dikkate değer ve tartışılması gereken somut olay örnekleri, Yargıtay içtihadında

¹¹²⁴ Olivier DESHAYES (2018). 'La Vulnérabilité Economique- Rapport Français', La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant, <http://www.henricapitant.org/evenements/journees-internationales/titre/la-vulnerabilite> (Son Erişim Tarihi: 20.06.2019), s. 8, Ahmer Cemil YILDIRIM (2015). *Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesal Hukukta Sözleşmenin Yorumu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 129, Şener AKYOL (2010). *Sözleşmenin Yorumu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 59-60, Kaehler, s. 653, Farjat, s. 172, Morin/ Fornage, s. 5, Lehmann, s. 5.

¹¹²⁵ Gümüş (2014), s. 35.

¹¹²⁶ Kaehler, s. 653, Yıldırım, s. 275.

¹¹²⁷ Yuk. bkz. II, 4.2., s. 157 vd.

mevcuttur. Örneğin, 2018 yılında verilen Hukuk Genel Kurulu kararında¹¹²⁸ tüketici kredisi sözleşmesinde tüketicinin emekli maaşının yattığı banka hesabını bloke etme yetkisini kredi veren bankaya tanıyan sözleşme hükmünün geçerliliği uyuşmazlık konusu olmuştur. Somut olayda tüketici, hesapları üzerinde bloke, hapis, mahsup, takas etme yetkisini bankaya veren sözleşme maddesinin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md. 93/ f. 1 hükmü uyarınca devir ve temlik edilemeyecek aylıklar kapsamına emekli maaşının da girmesi ve İİK md. 83/a uyarınca hacizden önce haczedilemeyecek malvarlığı değerleri hakkında borçlunun bu hakkından feragatinin geçersiz olması nedeniyle haksız şart olduğunu iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, emekli maaşına yönelik devir ve temlik yasağının kamu düzeni kuralı olduğuna, ilgili sözleşme hükmünün haksız şart niteliği taşıdığına karar vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi¹¹²⁹ ile aynı yönde karar veren Hukuk Genel Kurulu ise, davalı bankayı haklı bularak, 5510 sayılı kanunun ilgili maddesinin mutlak emredici niteliği bulunmadığından kamu düzeninden doğan koruyucu bir hüküm olmadığına, kredi alan tüketicinin yirmi ay boyunca borcun tahsili için hesaptan kesinti yapılmasına itiraz etmediği ve “*tüketici kredisi sözleşmesi ile kavuştuğu, sosyo-ekonomik ihtiyaçları doğrultusunda harcadığı meblağı yine emekli maaşı ile ödemek zorunda olduğunu bilebilecek durumda*” olduğu için iyi niyetli olmadığına karar vererek ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur.

Somut olayda 5510 sayılı kanun md. 93/ f. 1 hükmüne¹¹³⁰ de değinerek tüketici kredisi sözleşmesinde uyuşmazlık konusu düzenlemenin geçerli olup olmadığı tespitinin kamu düzeni kavramınca ele alınması isabetli olacaktır. Diğer bir ifadeyle bahse konu tüketici kredisi sözleşmesinde banka lehine emekli maaşın yattığı hesabın üzerinde tanınan yetkilerin düzenlendiği ilgili maddenin kredi verenin zayıf tarafı koruma ilkesi kapsamında haksız şartın niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gereklidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5510 sayılı kanunun md. 93/ f. 1 hükmü, nisbi emredici hukuk kuralı niteliğindedir. Zayıf taraf aleyhine bir değişiklik oluşturması halinde sözleşme ilişkisinde borçlunun bu yönde bir muvafakatine ilişkin hükmün geçerlilik

¹¹²⁸ Y. HGK, E. 2017/ 2899, K. 2018/ 420, T. 07.03.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 02.12.2019).

¹¹²⁹ Y. 13. HD, E. 2016/1550, K. 2016/13293, T. 23.05.2016, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 02.12.2019).

¹¹³⁰ Söz konusu hükümde 2009 yılında 5838 sayılı kanun md. 32 uyarınca eklenen cümle ile haciz yasağı olan gelir, aylık ve ödenekler için borçlunun önceden muvafakatinin bulunması halinde haczin gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.

kazanması koruyucu kamu düzeni kavramı açısından kabul edilemez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, söz konusu kararda haciz işlemi değil, sözleşme içerisinde borcun ifasına ilişkin alacaklıya verilmiş bir yetkinin söz konusu olduğunu isabetli şekilde belirtilmiştir. Ancak cebri icrada ‘dahi’ borçlunun muvafakatiyle hacze devam edilebiliyorsa sözleşme ilişkisinde para borcunun ifasına yönelik alacaklıya tanınan yetkinin yer aldığı düzenlemenin geçerlilik bakımından herhangi bir engel taşımadığı düşüncesinin Yargıtay tarafından ileri sürülmesi kanaatimizce isabetli olmamıştır. Zira gelir olarak yalnızca emekli maaşı ile yaşayan tüketicinin maaşının yattığı hesabı bloke etme yetkisi, ekonomik faaliyetleri çerçevesinde haciz kadar ağır etkilere sahip niteliktedir. Bu husus göz önünde bulundurularak “*tacir olmakla alacağının tahsili imkanını kuvvetlendirmek istemesi makul olan*” davalı bankanın ekonomik hak ve özgürlükleri ve sözleşme özgürlüğü ile tüketicinin ekonomik açıdan kişiliğini geliştirme hakkının sözleşmede karşı karşıya geldiği, hangisine üstünlük tanınması gerekeceği araştırılmalıdır.

Zayıf tarafı koruma ilkesi gereği emeklilerin de korunması gerektiğini Yargıtay kabul ederken, hesabı bloke etme yetkisinin bankaya tanındığı sözleşme hükmünün haksız şart olup olmadığı noktasında yapılan değerlendirmenin incelenmesi gereklidir. 6502 sayılı TKHK md. 5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik md. 5/ f. 1 hükümleri birlikte ele alındığında haksız şartın içerik denetiminde temel ölçüt, dürüstlük kuralına aykırı şekilde hak ve yükümlülükler bakımından tüketici aleyhine sözleşmede dengesizliğin oluşmasıdır. Haksız şartların denetiminde kamu düzeni kavramının rolünü göz önüne alarak zayıf tarafın kamu düzeni gereği korunmasını irdelediğimizde ise, sözleşme adaleti, toplumsal ekonomik barışın korunması amacı ve ölçülülük ilkesi üzerinden somut olayda haksız şartın varlığını araştırmanın yararlı olacağı kanısındayız.

İlk olarak, sözleşme adaleti kavramına ilişkin söz konusu kararda ‘sosyal adalet’ ve ‘adalet’ kavramları kullanılmıştır. Her uyuşmazlıkta sözleşmedeki adaleti sağlama hususunda hakimin dikkatlice değerlendirme yapması gerektiği kararda vurgulanmakla beraber, ekonomik piyasada yapısal ölçüde güçlü konumdaki banka lehine sonuca ulaşılmıştır. Sözleşme sayfalarının teker teker imzalanması, banka tarafından bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, yirmi ay boyunca maaş hesabından bankanın kesinti yapmasıyla kredi borcunu tahsil etmesine itiraz edilmemesi gibi hususlar doğrultusunda davacı tüketicinin iyiniyetli olmadığına karar verilmesi, sözleşme adaletinin gerekli şekilde irdelenmediği fikrini doğurmaktadır. Bankaya hesabı bloke

etme yetkisi veren sözleşme hükmüne ilişkin yürürlük denetimi kapsamında tüketicinin imzasının bulunması ve bilgilendirilmesi önemli kıstaslar olup, somut olay açısından önemli olan içerik denetimidir. Sözleşmede dürüstlük kuralına aykırı, tüketici aleyhine dengesizlik oluşması kıstası ise sözleşme adaletinin zayıf taraf aleyhine bozulması halinde kamu düzeninden doğan haksız şartın denetimi sonucu ilgili hükmün veya hükümlerin geçersizliği tespit edilmelidir. Banka tarafından yirmi ay gibi uzun bir süre boyunca maaş hesabından kesintilerle kredi borcunun ifası sağlanırken, cebri icra yoluyla haczedilebilir diğer malvarlığı değerlerini haczetmek yerine hesabın tamamına bloke koyma yetkisinin kullanılması, diğer kredi sözleşmeleri için de örnek teşkil edebileceğinden toplumsal düzeyde genel menfaati ihlal edici bir sözleşme hükmünün varlığını işaret etmektedir.

Banka ile tüketici arasında yapılan tüketici kredisi sözleşmesinde yapısal eşitsizlik hali kavramını da dikkate almak gerekmektedir. Yargıtay, tüketicinin kredi borcunu yine emekli maaşı ile ödemesi gerekeceğini bilebilecek durumda olduğunu ileri sürerken sözleşme tarafları arasında olası bir yapısal eşitsizlik halinin varlığını göz ardı etmektedir. Uyuşmazlık konusu sözleşme hükmü, tüketicinin ekonomik varlığının geleceğini tehlikeye düşürme tehlikesi taşımaktadır. Bu durumun genel menfaati ihlal edici nitelikte olması, bankaların önceden, tek taraflı olarak, birden fazla sözleşmede kullanmak amacıyla hazırladıkları sözleşme hükümlerinin toplumdaki diğer tüketiciler için de ekonomik bir tehdit oluşturması ile açıklanabilir. Ayrıca yapısal eşitsizlik hali kapsamında piyasa aksaklığı türlerinden olumsuz dışsallık oluştuğu, bankanın elde edeceği kazancın karşısında söz konusu sözleşme hükmünün taşıdığı ekonomik riskin yaratacağı toplumsal maliyetin de göz önünde tutulması gerektiği belirtilmelidir. Bu tespitlerle bağlantılı olarak, kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunması kapsamında anayasal temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine dolaylı yatay etki prensibi yoluyla uygulanmasına da değinilmelidir. Dolaylı yatay etki prensibi gereği bankanın sözleşme ve ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü karşısında tüketicinin ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkının ağır bastığı görüşü benimsenmelidir¹¹³¹.

¹¹³¹ Sözleşmede tüketicinin ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkının ihlali halinde irade özerkliğinin hakimiyeti yerine hakimin sözleşmeye müdahalesini tercih etmek her ne kadar klasik özel hukuk doktrinine ters düşse de Türk hukukundaki birtakım anayasal düzenlemelerle uyumludur. Örneğin, Anayasa md. 167/ f.1'de ulusal ekonomik piyasanın korunması, geliştirilmesi ve piyasadaki rekabetin korunması ile md. 172'de tüketicilerin korunması amacıyla devlete yüklenen görevlerin hakim tarafından zayıf tarafın ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkının dikkate alınması aracılığıyla yerine getirilmesi mümkün olmalıdır.

Ek olarak, genel menfaati ihlal etme konusunda değinilen hususlar çerçevesinde toplumsal ekonomik barışın korunması amacının sözleşmesel ilişkilerde gözetilmesi ile birlikte kamu düzenine aykırılıktan bahsedilmesi ölçülülük ilkesine uygundur. Sonuç olarak, isabetli bir sonuca ulaşılan karşı oy yazısında *“hüsnüniyet kavramının yaşlılık (emeklilik) aylığı alan kişilerin genel çerçevedeki sosyo-ekonomik durumları muvacehesinde ele alınması ve bu olgu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği”* tespitinin hukuki alt yapısı kanaatimizce bu yönde doldurulmalıdır.

2.3.3. Sözleşmenin sona ermesi

Sözleşmenin sona ermesi aşamasında zayıf tarafın korunmasına ilişkin önlemler, zayıf taraf ile karşı tarafın sözleşmeyi sona erdirmek için sahip olduğu dönme veya fesih hakkını kullanma şartlarının sözleşmede belirlenmesine ilişkindir. Sözleşmede güçlü taraf lehine dönme hakkının saklı tutulmasına veya zayıf tarafın dönme hakkından feragat etmesine ilişkin hükümlerin geçersizliği ya da ekonomik, sosyal veya psikolojik açıdan zayıf tarafın adeta içine çekildiği sözleşmelere ilişkin dönme hakkının tanınması gibi sözleşmenin sona ermesi aşamasında tanınması gereken hukuki önlemler bulunmaktadır.

Çoğunlukla somut olayda genel işlem şartları niteliğinde düzenlenen ve güçlü taraf lehine dönme hakkını saklı tutan ya da zayıf tarafın dönme hakkından feragatini içeren sözleşme hükümleri zayıf tarafın korunması ilkesi gereği geçersizdir. İster güçlü taraf lehine dönme hakkı saklı tutulmuş olsun¹¹³², ister Borçlar hukukunun yedek hukuk kurallarıyla tanınmış dönme hakkından zayıf taraf feragat etmiş olsun bu durumda maddi sözleşme özgürlüğünün yeniden tesis edilmesi gerekmektedir¹¹³³. Bu tarz hükümlerin sözleşmede pazarlığa konu edilmeksizin, tek yanlı şekilde düzenlenmesinden hareketle TBK md. 27 çerçevesinde taraflar arasında dengesizliğe yol açması ve bir bağımlılık ilişkisinin kurulması tehlikesi karşısında sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebeplerine çarptığı belirtilmektedir. Nitekim zayıf tarafın sözleşmeye olan ihtiyacının bu nitelikte hükümlerle suiistimali söz konusu olduğundan ekonomik anlamda zayıflığın kişinin sözleşme özgürlüğünü yok edecek derecede olması sonucu ile TBK md. 27 kapsamında kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilmektedir¹¹³⁴. Bu sonuca varmak için yedek

¹¹³² Murat AYDOĞDU (2018). *Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu madde 20-25)*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 298.

¹¹³³ Serozan (2007), s. 198, s. 411.

¹¹³⁴ Serozan (2007), s. 200.

hukuk kuralı niteliğindeki normlardan zayıf taraf aleyhine sapmanın makul olmaması veya taraflar arasındaki dengenin hakkaniyete aykırı şekilde bozulması şartlarının oluşmasının yanı sıra, tek bir ölçüt olarak taraflar arasında ekonomik güce dayalı bir bağımlılık ilişkisinin tespitinin geçersizlik için yeterli olduğu savunulmaktadır. Ek olarak kamu düzenine aykırılığın yaptırımına ilişkin değindiğimiz noktalara atıf yaparak¹¹³⁵, zayıf tarafın sözleşmeye ihtiyacının gözetilmesi ile birlikte sınırlı esnek hükümsüzlük görüşü çerçevesinde sadece bağımlı konumundaki zayıf tarafça ileri sürülebilecek bir geçersizlikten bahsedilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹³⁶.

Sözleşmede zayıf tarafın sözleşmeden dönme veya sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeyi fesih hakkı, üstlenilen yükümlülüğün ağırlığı, süresinin uzunluğu hakkında tam bilgi edinilememesi ya da idrak edilememesi veya yoğun biçimde kafa karıştırmaya, aceleyle getirmeye yönelik davranışlar sonucu sözleşmenin imzalanması halinde tanınmalıdır¹¹³⁷. Zayıf taraf lehine alınması gereken koruyucu hukuki önlemin her somut olayda uygulanabilmesi bakımından dönme veya fesih hakkının tanınması, zayıf tarafın bütüncül şekilde, etraflıca düşünseydi kurmayacağı bir sözleşme ilişkisinden kurtulması amacını taşımaktadır¹¹³⁸.

Sözleşmenin sona ermesi hakkında zayıf tarafı koruyucu hukuki önlemlere ilişkin Yargıtay içtihadından örnek vermek gerekirse, 2017 tarihli bir kararda¹¹³⁹ taraflar arasında imzalanan lisans ve reklam alan tahsis sözleşmelerinin feshedilip edilemeyeceği uyuşmazlık konusu olmuştur. Davacının iddiasına göre sözleşme ilişkisinin devamının kendisinden beklenemeyecek derecede tarafların hak ve yükümlülükler arasında dengesizlik olduğu, hakkaniyet ilkesine aykırı bir sözleşmenin var olduğu ve davacıya sözleşmede fesih hakkının tanınmadığı ileri sürülmüştür. İlk derece mahkemesi, uyuşmazlık konusu sözleşmelerin TBK md. 27'deki sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebeplerinden herhangi birinin gerçekleşmediğine karar vermiştir. Bu kararı onayan Yargıtay ise, sözleşmede genel işlem şartlarının varlığını doğrular şekilde bunların tespiti

¹¹³⁵ Yuk. bkz. II, 3.4.3., s. 147 vd.

¹¹³⁶ Serozan (2007), s. 412.

¹¹³⁷ Lurger, s. 362.

¹¹³⁸ Bu noktada zayıf tarafın dönme veya fesih hakkının hukuki temelini Anayasal değerler ve özellikle sosyal devlet ilkesinden aldığı, Türk hukuku açısından TBK md. 617 kapsamında ölünceye kadar bakma sözleşmesinde "önemli bir sebeple" önel verilmeksizin fesih hakkının zayıf tarafa tanınması gereken dönme veya fesih hakkı bakımından bir örnek teşkil edebileceği, bu bağlamda önemli sebebin Anayasal değer ve ilkeler ışığında somutlaşması gerektiğine ilişkin bkz. Serozan (2007), s. 372-373.

¹¹³⁹ Y. 11. HD, E. 2016/8702, K. 2017/ 2271, T. 19.04.2017, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 18.09.2019).

halinde söz konusu durumun sözleşmenin feshi nedeni oluşturmayacağını belirterek, sözleşmenin kesin hükümsüz kılınamayacağına hükmetmiştir.

Sözleşme taraflarından biri aleyhine genel işlem şartı niteliği taşıyan hüküm veya hükümler yoluyla sözleşmeyi fesih hakkının kullanılmasının fiilen engellenmesi, zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında üzerinde durulması gereken bir sorundur. Zira somut olayda Yargıtay tarafından da benimsendiği üzere genel işlem şartı niteliği taşıyan sözleşme hükümleri mevcuttur. Bu noktada kamu düzeninden doğan yürürlük, içerik ve yorum denetimine ilişkin TBK hükümleri gereği genel işlem şartlarının tarafların hak ve yükümlülükleri arasında sözleşmenin bütününe sirayet eden bir dengesizlik doğurup doğurmadığı araştırılmalıdır. Sözleşme hükümlerinin belirli bir tarafa önceden, tek taraflı hazırlanmış bir şekilde dayatılması sonucu kabul veya ret arasında sıkışıp kalan kişinin ekonomik hak ve özgürlüklerinin aşırı kısıtlanması, zayıf tarafın korunması ilkesini gündeme getirmelidir. Yazılmamış sayılma yaptırımını doğrultusunda bu nitelikteki her bir sözleşme hükmü dışında sözleşmenin geri kalanı geçerliliğini sürdürmekteyse de somut olayda TBK md. 27 çerçevesinde herhangi bir sınırlama sebebine çarpmadığı iddia edilen hukuki işlemlerde sözleşme adaletinin bozulup bozulmadığının, genel işlem şartlarını alan tarafın fesih hakkını engelleyen hükümlerin geçerli kılınması ile oluşabilecek diğer sözleşme örneklerinin yaygınlaşma tehlikesi dikkate alınmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kişinin ekonomik faaliyetlerinin geleceğini tehlikeye atan bir sözleşme ilişkisi ile bağlı kalmasını hukuken kendisinden beklemek hakkaniyet ilkesine aykırıdır. Bu nedenle sözleşmenin bütününde genel işlem şartları yoluyla tarafların hak ve yükümlülükleri arasında dengesizliğin oluşması halinde zayıf tarafın ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkının korunması gerekmektedir. Somut olaya dolaylı yatay etki prensibi ışığında bakıldığında sözleşmeyi fesih hakkı sözleşme hükümleri ile fiilen engellenen tarafın ekonomik hak ve özgürlüklerinin sözleşme adaletini bozucu derecede kısıtlandığı kabul edilmelidir. Genel işlem şartı taşıyan sözleşmelerin kural olarak tamamen geçersiz hale gelmeyeceği kesin ise de her somut olayda bu tür hükümlerin karşı taraf nezdinde yaratacağı ekonomik etkinin de dikkate alınması gereklidir. Sözleşmeyi sona erdirmeye ilişkin hakların kullanılmasını kısıtlayan, fiilen engelleyen hükümlerin ekonomik hak ve özgürlükler açısından yaratacağı etki dikkate alınarak, sözleşme içi ekonomik dengeyi bozucu hükümlerin geçerli kılınmasının önüne geçme amacı önem kazanmalıdır. Dönme veya fesih hakkını kullanmayı belirli bir taraf için ekonomik durumu ile bağdaşmayacak derecede ağır,

külfetli hale getiren, bir nevi fiilen engelleyen sözleşme hükümlerinin geçerli kabul edilmesiyle bu nitelikteki düzenlemelerin yaygın hale gelme tehlikesi açığa çıkmış olacaktır.

Sözleşmenin sona ermesi aşamasında zayıf tarafın korunması amacıyla alınan hukuki önlemler dahilinde kamu düzeni kavramına genel işlem şartlarının denetimi konusunda isabetli şekilde değinilen bir somut olay örneğine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2015 yılında verdiği kararda¹¹⁴⁰ rastlanılmaktadır. Somut olayda uyuşmazlık konusu olan bayilik sözleşmesi, davacı başbayı ile davalı semt bayisi arasında yapılmıştır. İlk derece mahkemesi, Yargıtay Özel Hukuk Dairesince bozulan kararında direnerek, bayilik sözleşmesinde tek taraflı olarak davacı lehine tanınan fesih hakkının her zaman kullanılabilceği, fakat davalı tarafın tek taraflı fesih hakkını kullanması halinde cezai şart olarak belirli bir bedeli ödemekle yükümlü olacağına yönelik hükmü genel işlem şartı olarak nitelendirmiştir. Yorum denetimi çerçevesinde düzenleyen aleyhine yorum ilkesi gereği söz konusu hükmün anlaşılmayan, açık olmayan ifadelerin davalı bayi lehine yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Çalışmamız açısından daha da önemli bir nokta ise, genel işlem şartlarının denetimine ilişkin ilgili TBK maddelerinin kanun koyucu tarafından düzenleme amacının zayıf tarafı koruma ve kamu düzeni olduğuna ilişkin saptamadır¹¹⁴¹. Somut olayda incelenen sözleşme maddesi, bir genel işlem şartı olarak, sözleşmeyi fesih hakkını düzenleyen lehine herhangi bir yükümlülük getirmeksizin tanırken, karşı tarafa belirli bir yükümlülüğü, cezai şartı ödeme borcunu, ifa etmesi koşuluna bağlarken sözleşmede taraflar arasındaki hak ve yükümlülük dengesinin bozulduğu aşıkardır. Bu açıdan TBK md. 20 vd. hükümlerinin kamu düzeni niteliğinin vurgulanması, kamu düzenine aykırılık bakımından somut olayı inceleme imkanını sunmaktadır. Dolayısıyla kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunması amacının bayilik sözleşmesi çerçevesinde kamu düzenini somutlaştırma faaliyetinde kullanılacak unsurlar ile ortaya konması mümkündür. Öncelikle sözleşme adaleti, taraflardan birinin sözleşme özgürlüğünü karşı tarafın ekonomik gücünün adeta elinden alınmasına varacak düzeyde kullanması sonucu

¹¹⁴⁰ Y. HGK, E. 2013/ 1611, K. 2015/1188, T. 08.04.2015, www.karararama.yargitay.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 13.09.2019).

¹¹⁴¹ İlk derece mahkemesinin direnme kararını verirken yaptığı bu tespitin 19. Hukuk Dairesi'nin bozma kararında cezai şart hükümlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğinden yola çıkarak farklı bir hukuki gerekçeyle yeni bir hüküm olarak değerlendirilmesi, bu nedenle de temyiz incelemesinin kimin yapacağına dair ön soruna ilişkin Hukuk Genel Kurulu'nca değil 19. Hukuk Dairesi'nce söz konusu incelemenin yapılması gerektiği kararı veren Hukuk Genel Kurulu, çalışmamız açısından bu önemli uyuşmazlığı usuli bir gerekçeyle 19. Hukuk Dairesi'ne geri göndermiştir.

hak ve yükümlülükler bakımından dengesizliğin oluşması ile bozulacaktır. Somut olayda genel işlem şartları yoluyla ekonomik hak ve özgürlüklerini kabul edilemez derecede sınırlayan sözleşme ilişkisine bağlı tutulmak istenen, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik hakkını kullanması için, düzenleyen tarafın aksine, birtakım yükümlülükler öngörülen kişinin zayıf tarafı koruma ilkesi uyarınca korunması gerekmektedir. Ayrıca hakkaniyet ilkesi gereği, tarafların hukuki işlemlerden bekledikleri menfaatler ile genel menfaati tehdit edecek düzeyde bu tip sözleşme hükümlerinin yaygınlaşması tehlikesi dikkate alınarak karar verilmesi gerekir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kamu düzenine aykırılık gereği zayıf tarafın korunması konusunda ekonomik faaliyetlerinin geleceğini tehlikeye atan bir sözleşme ile kişinin bağlı kılınması, sözleşmeyi fesih hakkının tek taraflı şekilde engellenmesi kabul edilemez. Bu durumda ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkı ihlal edilen davalı bayi, genel işlem şartlarına ilişkin hukuki korunmadan kamu düzeni gereği yararlanmalıdır. Zira ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü sınırlanan kişi, sözleşme ilişkisi içerisinde zayıf taraf konumuna gelme tehlikesiyle karşı karşıya gelmekle beraber, bu nitelendirmenin kendisine tanınması gerçekten olasıdır. İnceleme konusu olay çerçevesinde yazılı kamu düzeni kuralı niteliğinin ilgili TBK hükümleri için vurgulanması isabetli olup, kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti içerisinde ele alınması gereken ölçülülük ilkesi ışığında istisnai bir hukuki çare olarak uygulanması bakımından son derece uygun görünmektedir.

SONUÇ

6098 sayılı TBK md. 27/ f. 1 hükmünde sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebeplerinden biri olarak sayılan kamu düzenine aykırılık kapsamında kamu düzeni kavramının incelenmesi öncelikle ekonomik kamu düzeni kavramı üzerinden yapılmalıdır. Hukuk düzeninde özgürlüklerden yalnızca güçlülerin yararlandığı, ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz tarafın sözleşmede kendi menfaatine aykırı hükümleri kabul etmek zorunda kalması ile sözleşme özgürlüğünün tam manasıyla pratiğe dökülemediği fikri, ekonomik kamu düzeni kavramını korunması gereken değerler arasına sokmuştur. Karşı tarafa nazaran güçlü olmayan kişiye sunulan, giderek tek tipleşen sözleşmelere ve taraflar arasında ortaya çıkabilecek menfaat dengesizliklerine karşı yasal düzenlemelerle veya hâkimin takdir yetkisi aracılığıyla sözleşmelere müdahale edilerek ekonomik kamu düzenine aykırılık başlığı altında sözleşme özgürlüğü sınırlanmalıdır.

Borçlar hukuku alanında ekonomik kamu düzeninin ele alınması bakımından kamu düzeni kavramına atfedilen özelliklerin rolü büyüktür. Sahip olduğu özelliklerden dolayı tehlikeli ve suiistimale açık bir kavram olarak görülmesi nedeniyle TBK md. 27/ f. 1'de sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı sebepler arasında kamu düzeni, aydınlatılmaya en çok muhtaç olanıdır. Altın bir tanım getirmenin herhangi bir yararı olmayacağı kanısına varılan kamu düzeni kavramı ile ilişkili olan hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesi ve kamu düzeni ile olan hukuki bağın ortaya konması, hukuk ve işlem güvenliği açısından yararlı bir yöntemdir. Ancak unutulmamalıdır ki, belirli bir toplumun zamanla değişen ihtiyaçları doğrultusunda bir devinim halinde olması gereken kamu düzeni kurallarına istisnai ve *ultima ratio* olarak başvurulması gereklidir.

Hukukun değişen koşullara uyartılabilir, toplumla birlikte yaşayan kurallar bütünü olduğundan hareketle yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığı konusunda şüphe duyulmaması gerekir. Bu açıdan Borçlar hukuku alanında beyaz hükümlerde yer alan ahlak, dürüstlük kuralı, haklı sebep gibi çerçeve kavramlar içerisinde kamu düzeni de anılmalıdır. Yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığı, özel hukukun anayasallaştırılması doğrultusunda irdelenmelidir. Kamu düzeni kavramının anayasal açıdan ele alınması, hem kavramın içeriğinin somutlaştırılması hem de TBK md. 27/ f.1 hükmünün sözleşme özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa md. 48 hükmü ile bağının kurulması hususunda aydınlatıcı niteliktedir. Anayasa md. 48 tarafından devlete yüklenen

görevin milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar doğrultusunda yapılması, kanaatimizce ekonomik kamu düzeni çerçevesinde yönlendirici ve koruyucu kamu düzeni kurallarının anayasal temellerini oluşturmaktadır. Anayasa hukuku ile ilgili olarak bir diğer önemli nokta, yatay uygulama prensibidir. Yatay uygulanma prensibi çerçevesinde anayasal değerler ile temel hak ve özgürlüklerin sözleşmelere dolaylı etkisi, kamu düzenine aykırılık sınırının somutlaştırılması noktasında kritik bir role sahiptir. Bir özel hukuk uyuşmazlığında temel hak ve özgürlüklerin ihlalini değerlendirmek için çerçeve kavramların kullanılması, bu tür kavramlar aracılığıyla somut olayda anayasal değerlerin yorumlanması anlamına gelir. Yatay uygulama prensibinde anayasal değerler ve hakların dolaylı etkisi, kamu düzeni kavramı aracılığıyla özel hukuk uyuşmazlıklarında doğacaktır. Kanaatimizce kamu düzenine aykırılığın somutlaştırılması konusunda anayasal değerler ve ilkelerden yararlanılması isabetlidir.

TBK md. 27/ f.1 uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlarından kişilik hakkına aykırılık, ahlaka aykırılık, kamu düzenine aykırılık arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmamaktadır. Kamu düzenine aykırılık, diğer sınırlama sebeplerinden ayrı, bağımsız nitelikte bir geçersizlik nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk kapsamında değindiğimiz Alman ve Fransız hukukundaki baskın eğilimlerden farklı olarak, TBK md. 27'nin düzenleniş şekli ışığında, Türk hukukunda özellikle ahlaka aykırılık ile kamu düzenine aykırılık arasındaki ilişkide bu iki sınırlama sebebinin birbirine üstünlük sağlaması söz konusu değildir. Tüm ortak özellikleri ışığında ahlak ve kamu düzeni kuralları, hukuk düzeni içerisinde oldukça temkinli yaklaşılmalı ve dikkatle kullanılması gereken kavramlardan doğar. Dolayısıyla her iki kavramın da toplumsal düzeyde kabul edilmiş, objektif değerler ile somutlaştırılması ve dar yorumlanması gereklidir. Aynı zamanda ahlaka aykırılığın haksız fiil hukukunda son çare olarak getirilmesi, sözleşme hukukunda kamu düzenine aykırılık açısından da benimsenmelidir.

Çalışmamız açısından zayıf tarafın korunması amacının hukuki temellerinin belirlenmesinde ahlaka aykırılık ile kamu düzenine aykırılık sınırları arasındaki gri alanının incelenmesi hayati önemdedir. Zira zayıf tarafın ekonomik özgürlüklerinin korunması amacıyla her ne kadar Alman hukuku etkisiyle aşırı yararlanma ve ahlaka aykırılık kavramlarının bir arada kullanılması yaygın görülse de kum yığını teorisi kapsamında bir tür “toplu kıyas” yönteminin benimsenmesini isabetli bulmamaktayız. Bu duruma karşı oluşan çekinceli tavır, hukuk güvenliğini tehdit edecek düzeyde içeriği belirsiz, yer ve zamana göre değişken kavramların yenilenmesini engelleyen, eskiten bir

durumun yaratılmasından doğmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sebeplerinden birinin kapsamını bu denli genişletmenin söz konusu sonuçları açısından sakıncalı bir durum yaratacağı düşüncesindeyiz. Zayıf tarafın korunması amacının gerçekleştirilmesi ile hukuk güvenliğinin sağlanması adına TBK md. 27'de kanun koyucunun açıkça düzenlediği kamu düzeni kavramının ekonomik açıdan içeriğinin belirlenmesi ve somut olayın özellikleri ile bu kavramın içeriğinin karşılaştırılması daha yararlı bir yöntemdir.

Kamu düzenine aykırılığın yaptırımını konusunda kamu düzeni kurallarının emredici niteliği ve zayıf tarafın korunması amacı ile birlikte kesin hükümsüzlük sonucunun klasik açıdan değil, esnek hükümsüzlük kavramı çerçevesinde ele alınması yerinde olacaktır. Zira zayıf tarafı koruma amacı taşıyan hukuk kuralları tek taraflı (nispi) emredici nitelikte olup, söz konusu amacın tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için zayıf tarafın sözleşmeye ihtiyaç duyup duymaması noktasında ayrıca bir inceleme yapılmalıdır. Kamu düzenine aykırılık hakkında esnek hükümsüzlük çerçevesinde zayıf tarafa iptal hakkının tanınması, hem özel hem de genel menfaat lehinedir.

Borçlar hukukunda kamu düzeninden doğan hukuk kurallarını uygulama sorununun aydınlatılmasına yönelik yapılan incelemeler ve tespitler, çalışmamızın hukuk pratiğine yönelik kısmını oluşturmaktadır. Yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığı kabul edildiğinde yasal düzenlemelerin sessiz kaldığı durumlarda gündeme gelen hâkimin kamu düzenine ilişkin takdir yetkisi hakkında kamu düzeni kavramına yönelik şüphe bulutlarının dağıtılabilmesi için söz konusu yetkinin sınırları ve içeriğinin belirlenmesi zorunludur.

Bir sözleşmenin kamu düzenine aykırı olup olmadığının belirlenmesi, mevcut haliyle uygulanabilir olmayan, tamamlanması gereken, çerçeve kavramın içeriğinin doldurulması ile mümkündür. Hâkimin TBK md. 27/ f. 1 anlamında kamu düzenine ilişkin yürüteceği faaliyet, yorum ve hüküm içi boşluğu doldurma faaliyetidir. Kamu düzeninin bünyesinde genel-özel menfaat dengesi gözetilirken menfaat hukukçuluğu yönteminin benimsenmesi isabetli olacaktır. Ek olarak, kamu düzenine aykırılığın var olup olmadığı belirlenirken irade özerkliği veya zayıf tarafın korunması ilkelerinden hangisinin somut olayda ağır basacağına hâkimin karar vermesi gereklidir. Hâkimin İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarından esinlenerek yazılı olmayan kamu düzeni kuralının belirlenmesinde yasanın arka planındaki değer ve kavramlara ilişkin bir keşif faaliyetinde bulunduğu kabul edilmelidir. Kanaatimizce, hâkimin kamu düzenini

somutlaştırma faaliyeti sırasında toplumda yeni ekonomik, sosyal ihtiyaçların giderilmesi için hukuk düzeninde korunan ancak kanunda açıkça düzenlenmemiş temel değer ve ilkeler kullanılmalıdır. Böylelikle kişisel bir kamu düzeni anlayışından uzaklaşarak taraflara sözleşme kurma aşamasında öngöremeyecekleri yeni yükümlülükler veya hukuki yöntemler yaratma, kullanma gibi hukuk güvenliğini tehdit edici yaklaşımlar saf dışı kalacaktır. Hukuk ve işlem güvenliğini tehlikeye atmamak için kamu düzeni kavramının soyut niteliğini hâkimin takdir yetkisini belirlemede yansıtmamak, ulusal hukuk sisteminde belirli değer ve ilkelere bağlı kalarak mevcut kurallar, kavramlar üzerinden somutlaştırma faaliyetini açıklamak isabetli olacaktır.

Hâkimin kamu düzenini somutlaştırma faaliyetindeki takdir yetkisine ait unsurların kamu düzenine ilişkin Yargıtay'ın yerleşik içtihadından saptanması ile söz konusu kavramın ulusal hukuka bağlılığı göz önünde tutulmuştur. Bu bağlamda temel anayasal değerler, kamu düzenine dair sübjektif, hukuk ve işlem güvenliğini zedeleyecek kararların önüne geçmek üzere başvurulacak ekonomik hak ve özgürlüklere dair ilkelerdir. Anayasal değerler ışığında sözleşmeye müdahale, bir tarafın ekonomik hak ve özgürlükleri ile diğer tarafın sözleşme özgürlüğüne ilişkin menfaatleri arasındaki dengenin kurulması açısından son derece önemlidir. Ayrıca somut olayda kamu düzenine aykırılığın ölçülülük ilkesi çerçevesinde uygulanması gerekliliği, bu sınırlama sebebinin istisnai ve son çare olarak başvurulacak bir çözüm yolu olmasına ilişkindir. Sözleşme hukukunda kamu düzeninin güvence boyutunu oluşturan unsur ise, hukuk düzeninin korunması ve toplumsal yararın sağlanmasıdır.

Borçlar hukukunda yönlendirici bir ilke olması gereken sözleşme adaleti, kamu düzeni kurallarının temelinde yer alır. Sözleşmede karşı tarafın ekonomik gücünü yok edecek derecede sözleşme özgürlüğünün kullanılması halinde kamu düzenine aykırılık kapsamında genel menfaati ihlal edip edilmediği ve sözleşme adaletini bozucu bir durumun oluşup oluşmadığı hâkim tarafından incelenmelidir. Hâkimin söz konusu kavrama yapacağı atıf, sözleşme özgürlüğü ile genel menfaatin somut olayda uzlaştırılması ile belirsizlik olmaktan çıkacaktır. Bu konuda kamu düzeni kurallarının taşıdığı genel menfaatin içerisinde toplumsal değerler hiyerarşisi dikkate alınarak sözleşme özgürlüğünün genel menfaati ihlal edip etmeyeceği araştırılmalıdır. Somut olayda sözleşmenin ekonomik bakımdan toplumun genelinde bir menfaat yaratıp yaratmadığı gözden geçirilmelidir. Sözleşme adaleti ışığında yapılacak bu incelemelerde

unutulmamalıdır ki, genel menfaat yararına sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması her zaman istisnaidir.

Hakkaniyet ilkesi, hâkimin kamu düzenine ilişkin yorum ve hüküm içi boşluğu doldurma faaliyeti sırasında göz önünde tutması gereken bir ilkedir. Toplumsal ekonomik barışın sağlanması amacı, özünde Borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kamu düzenine ait kamu hukuku kökenli unsurların yansımaları oluşturur. Bu hukuki değer, toplumsal düzeyde huzuru ve ekonomik barışı bozan sözleşmelere ilişkin kamu düzenine aykırılık yaptırımını gündeme getirirken, hukuk güvenliği adına bir yan unsur niteliğinde olmalıdır.

Borçlar hukukunda zayıf tarafın korunması ilkesi sözleşme özgürlüğünün sınırlarından kamu düzenine aykırılık ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu hukuki bağın ortaya konulmasında zayıf tarafın belirlenmesine ilişkin yöntemlerin ve söz konusu ilkenin hukuki temelini oluşturan kavramların irdelenmesi, kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunması amacını doğuran somut olay örneklerinin ele alınması gereklidir.

Sözleşmede bir tarafın hukuk düzenince kendisine tanınan sözleşme özgürlüğünü kullanmak bir yana ekonomik hayatı üzerinde temel hak ve özgürlüklerle korunan hukuki kontrol mekanizmasından yararlanmasının engellendiği veya bu korumadan feragat etmekle karşı karşıya kaldığı durumlarda maddi sözleşme özgürlüğünün varlığı gündeme gelmelidir. Maddi sözleşme özgürlüğü, zayıf tarafın menfaatinin temel hak ve özgürlükler, anayasal değerler bağlamında korunması ile sıkı sıkıya bağlıdır. Tehlikede olan zayıf tarafın sözleşme özgürlüğünün korunması adına taraflar arası eşitsizliği gidermeye yönelik istisnai bir hukuki çare olarak sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı, emredici nitelikte hukuk kuralları bütünü tesis edilmelidir. Söz konusu kurallar bütünü belirlenmesi hakkında dikkat edilmesi gereken nokta, hâkimin sözleşmeye sosyal koruma amacıyla müdahale etmesinin meşru kılınmasıdır. Bu açıdan bir tarafın özgür irade beyanını açıklamasında açık bir sorun teşkil eden taraflar arasındaki güç dengesizliğinin varlığı önemlidir. Nitekim, Türk hukukunda sözleşme özgürlüğünün adeta tek taraflı bir ayrıcalık haline geldiği durumlarda, Yargıtay içtihadında sosyal hukuk devleti ve sosyal adalet kavramlarının öne sürülmesi örneğinde olduğu gibi, hem kamu düzeni kavramı altında değinilen unsurlar hem de zayıf tarafı koruma amacının tespitinde ölçüt oluşturabilecek kavramlar uyumsuzluğun çözümünde ön plana çıkarılmalıdır.

Kamu düzenine aykırılık kapsamında genel menfaatin korunması, özel hukuka hakim olan düzeltici adaletin yanında taraflar arası ilişkinin adil olup olmadığının tespiti için dolaylı bir araç olan dağıtıcı adalet anlayışının bir görünümüdür. Zira çeşitli nedenlerle ekonomik bağımlılıkların ya da sosyal açıdan zayıflıkların suiistimali ile sözleşmede piyasaya ilişkin hâkimiyetini kullanarak bilgisi, yeteneği ve pazarlık gücü ile kendisi lehine hükümler getiren kişinin bu davranışını kontrol altında tutma amacı dağıtıcı adalet anlayışı gereğidir.

Sözleşmenin zayıf tarafı kavramına ilişkin mutlak- nisbi zayıflık hali ayrımı ön plana çıkmaktadır. Söz konusu ayrıma paralel şekilde cevapları gelişen, sözleşmedeki zayıf tarafın nasıl tespit edileceği sorusuna dair iki zıt görüş hakkında karşılaştırmalı hukuk öğretisinde getirilen eleştirilerin arka planındaki husus, günümüzde zayıf tarafın genişlemesi ve belirsizleşmesi gerçeği karşısında söz konusu kavramın *a priori* belirlenmesinin giderek zorlaşmasıdır. Kanaatimizce, kamu düzeni kavramı bakımından zayıf tarafın *a priori* belirlenmesi hususunda kiracı, işçi, tüketici gibi klasik örnekler dışında sürekli gelişen, değişen toplumsal ekonomik, sosyal ihtiyaçlar sonucu ortaya çıkacak olan yeni hukuki ilişkilere temkinli yaklaşmak gerekmektedir. Çalışma kapsamında özellikle zayıf tarafın sözleşme özgürlüğü ilkesinden tam anlamıyla yararlanmadığı tespiti doğrultusunda ortaya konan maddi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde zayıf tarafın *a priori* belirlenmesinin klasik zayıf taraf örnekleri dışında isabetli olmayacağını düşünmekteyiz. Zira önüne gelen uyuşmazlıkta hâkim, sözleşmenin arka planında iç ekonomik dengesini oluşturan, tarafların içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal durumu araştırma ödevini yerine getirerek zayıf tarafın korunması ilkesi ışığında bir karara varmalıdır. Bu konuda hâkimin sözleşmeye müdahale etme yetkisinin istisnai olarak düzenlenmesi ile hem kişiler hem de hukuki işlemler nezdinde belirli sınırlamalarla saptanması, ispat yükü ve hukuk güvenliği açısından yararlı olacaktır. Söz konusu durumun sağlanabilmesi için temel anayasal değerler, sözleşme adaleti, hakkaniyet ilkesi, toplumsal ekonomik barışın sağlanması, maddi sözleşme özgürlüğü gibi kavramlar gözetilerek istisnai nitelikte yasal düzenlemeler yapılmalı, hâkimin kamu düzeni açısından sahip olduğu takdir yetkisi aynı kavramlar çerçevesinde somutlaştırılmalıdır.

Zayıf tarafın korunması ilkesi ile kamu düzeni kavramının bir araya getirilmesi ve kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunması amacının Borçlar hukukunda ele alınması açısından sözleşmede yapısal eşitsizlik halinin dikkatle

incelenmesi gerekmektedir. Sözleşmede tarafların hak ve yükümlülükleri arasında yapısal boyutta bir dengesizlik oluşması halinde Türk hukuku çerçevesinde zayıf tarafın korunması ilkesi ve kamu düzenine aykırılık sınırı kullanılarak bu durumu somutlaştırma imkanı mevcuttur. Sözleşmede yapısal eşitsizlik halinin oluşması ile birlikte taraflar arasındaki ekonomik güç dengesizliği, sözleşme adaletini bozan, sözleşme içeriğinin kontrolünü gerektiren dereceye ulaşır. Zayıf tarafın korunması amacıyla söz konusu dengesizliğin tanımlanması ise, hukuk politikası ile yakından ilgili bir meseledir. 6502 sayılı TKHK kapsamında haksız şartların denetimine ilişkin tüketici aleyhine tarafların hak ve yükümlülükleri arasında “önemli ve haksız” bir dengesizliğin oluşması şartı ayrıca düzenlenmeden dürüstlük kuralına aykırılık ölçütünün getirilmesi buna bir örnektir. Aynı kanunda sözleşmenin kurulması aşamasındaki mevcut tüm koşulların gözetilmesi gerektiği düzenlenerek, kamu düzeni içerisinde korunması gereken ulusal ekonomik düzeninin düzgün işleyip işlemediği ve tarafların içinde bulunduğu ekonomik-sosyal durum gibi hususların hakim tarafından araştırılması zorunluluğu doğmuştur.

Yapısal eşitsizlik hali içerisinde kurulan bir sözleşmede zayıf tarafın ekonomik bağımlılığının bir sebebi de var olan piyasa aksaklığı halleridir. Nitekim Borçlar hukuku alanında kamu düzeni kavramı kapsamına sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut ulusal ekonomik düzen ve piyasa koşulları da girmelidir. Bundan dolayı hukukun ekonomik analizi yönteminde piyasa aksaklıklarının yakından incelenmesi sonucu sözleşmeye müdahale imkanı değerlendirilmelidir. Kamu düzeni ile hukukun ekonomik analizi yönteminin bir araya getirilmesinin nedenlerinden biri, sosyal maliyeti yüksek sözleşmelerin engellenmesi amacıdır. Toplumsal maliyeti yüksek, riskli sözleşmelerin dağıtıcı adalet anlayışıyla toplumsal menfaate yarar ve zararlarının dengelenmesi, kamu düzeni başlığı altında incelenmesi gereken bir husustur. Devletin belirli refah politikalarıyla sağlamaya çalıştığı varlıkların dağılımı sistemini tehdit edici boyutta tek bir sözleşmeden bahsedilemez ise de bir tanesinin geçerli kabul edilmesiyle aynı tür sözleşmelerin doğuracağı hukuki sonuçların gelecekte ekonomik düzen içerisinde çığ etkisi yaratabileceği, dolayısıyla sözleşme özgürlüğü konusunda kamu düzenine aykırılık sınırının ön plana çıkabileceği tespitine katılmaktayız.

Kamu düzeni gereği zayıf tarafın korunması amacı ile hukukun ekonomik analizi yönteminin sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin büyük oranda farklı bakış açılarına sahip olmalarına karşın, zayıf tarafın korunması hakkında serbest piyasa ilkeleri ile Borçlar hukukuna egemen olan irade özerkliğinin görmezden gelinmemesi yönündeki

uyarılarının dikkate alınması gereklidir. Sözleşmede taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik halinin somutlaştırılması bakımından tercih edilmesi gereken yöntem dahilinde hukukun ekonomik analizinden yapılan çıkarımlar da göz önünde tutulmalıdır. Başta dışsallık ve bilgi asimetrisi gibi TBK md. 27 anlamında kamu düzenine aykırılığı da ilgilendiren piyasa aksaklıklarının irade özerkliği ile kurulan sözleşmelerde tarafların karşılaştıkları yapısal zorluklar şeklinde tanımlanması ile birlikte bir tarafın piyasa koşulları çerçevesinde ekonomik açıdan güçsüz konuma gelmesinin yapısal eşitsizlik doğurabileceği kanısındayız. Sözleşme taraflarının sosyal eşitsizlik yerine piyasa gücüne bağlı olarak doğan zayıflık hali çerçevesinde koruyucu hukuki bir kalkanla donatılması yerinde olacaktır. Kamu düzeni kapsamında sözleşmede özel-genel menfaat dengesinin gözetilmesinde olduğu gibi piyasa aksaklıklarının önüne geçilmesi adına sözleşmenin toplumsal maliyeti ile tarafların ekonomik çıkarlarının dengelenmesi gereklidir.

Zayıf tarafın ekonomik geleceğine karar verme özgürlüğünün ihlal edilmemesi, özgür iradesinin en üst derecede sözleşme içeriğine yansıtılması ve sözleşmelerin karşı tarafın zayıflık halinden yararlanmayı hukuken geçerli kılacak bir alan olmaktan çıkarılması adına temel hak ve özgürlüklerin, istisnaen, yatay uygulanma prensibi ile dolaylı etki doğurması göz ardı edilmemelidir. Kadı ki, Yargıtay içtihadında da zayıf tarafın korunması ilkesi ve kamu düzeni kavramının aynı hukuk kurallarının düzenlenme amacı bakımından kesişebileceği sonucuna ulaştığımız somut olay örnekleri mevcuttur. Sözleşmede zayıf tarafın korunması gereken durumlarda temel hak ve özgürlüklerin taşıdığı hukuki değerlerin Medeni hukukta çerçeve kavramların yorumunda rol oynaması, hukuk düzeninin tahammül edilemeyeceği derecede ekonomik özgürlüğü kısıtlanan zayıf tarafı korumak için çerçeve kavram niteliğindeki 'koruyucu' kamu düzenine aykırılık sınırı ile sözleşmeye müdahale edilmesi imkânını doğurmaktadır.

Yapısal eşitsizlik hali açısından zayıf taraf lehine getirilen hukuki korumanın esası, kanaatimizce, bir piyasa aktörü olarak zayıf tarafın korunması yoluyla ekonomik piyasanın işlerliğinin sürdürülebilmesinin yanı sıra zayıf tarafın anayasal temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla hukuki önlemler getirilmesine dayanmaktadır. Kamu düzenine aykırılık nedeniyle zayıf tarafın korunması amacı, bir piyasa aksaklığının varlığı ile birlikte sözleşmede genel- özel menfaat dengesinin bozulduğu hallerde temel hak ve özgürlükler ekseninde sözleşme içeriğinin kontrolü ile sağlanmalıdır.

Temel anayasal hak ve özgürlükler bağlamında zayıf tarafın korunması amacıyla sözleşme içeriğinin kontrolü, her ne kadar yapısal eşitsizlik halinin tespiti için sözleşmede

bir piyasa aksaklığının varlığı dikkate alınsa da, üzerinde durulması gereken bir husustur. Dolaylı yatay etki prensibi ışığında sözleşme tarafının ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkı, ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı gibi temel anayasal değerler ekseninde sözleşme içeriğinin kontrolü yapılmalıdır. Bu bakımdan özellikle genel işlem şartlarının veya tüketici sözleşmelerinde haksız şartlarının denetimi, bilgilendirme yükümlülüğü gibi zayıf taraf lehine getirilen yükümlülükler ya da tarafların hak ve yükümlülüklerin arasındaki dengesizliklerin engellenmesi gibi birtakım hukuki önlemler, zayıf tarafın ekonomik geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmemesi için önem taşımaktadır. Yapısal eşitsizlik halinin var olduğu sözleşmede bir tarafın sözleşme özgürlüğü karşısında hukukten korunması gereken karşı tarafın sözleşme ve ekonomik özgürlüklerinin ön planda tutulması gerektiği kanısındayız.

Yapısal eşitsizlik halinin sonuştırılması kapsamında sözleşmenin iç ekonomik dengesinin hangi durumda toplumsal menfaati ihlal edecek ölçüde bozulduğunun tespiti hukuk ve işlem güvenliği ilkeleri açısından önemlidir. Bu noktada TBK md. 27/ f. 1 gereği kamu düzenine aykırılık için hâkimin somut olayda incelemesi gereken unsurlarla dışsallık probleminin ekonomik düzende yaratacağı sonuçlar birlikte gözden geçirilerek taraflar arasındaki yapısal eşitsizliğin kamu düzenine aykırı olduğundan söz edilebilmesi için belirli şartlar belirlenmelidir.

Öncelikle somut olaydaki sözleşmenin tümü veya bazı hükümleri çerçevesinde zayıf tarafın ekonomik özgürlüğünün elinden alınması ile bu durumun ekonomik düzende yaygın şekilde görülmesi gereklidir. Yapısal eşitsizlik halinin süreklilik göstermesi, zayıf tarafın ekonomik geleceğinin karşı tarafın keyfi kararlarına bağlı olması ve karşı tarafın elde edeceği menfaatin genel menfaati ihlal etmesi, kamu düzenine aykırılık sınırı için aranması gereken şartlardır. Temel hak ve özgürlükler aracılığıyla sözleşme adaletinin bozulduğu tespit edildiğinde sözleşme özgürlüğü sınırlanmalıdır. Ayrıca güçlü tarafın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirlediği sözleşme içeriğinin genel menfaati ihlal edici düzeyde olduğuna karar verilirken sözleşme özgürlüğü kapsamında korunan özel menfaatler ile genel menfaat arasındaki denge hakkaniyet ilkesi gereğince değerlendirilmelidir. Ek olarak, taraflar arası yapısal eşitsizliğin olduğu sözleşmelerin ekonomik düzende sıklıkla görülme, yaygın bir durum haline gelme tehlikesinin doğması halinde kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmelidir; zira bu durumun süreklilik göstermesi, toplumsal ekonomik barışı ve huzuru tehlikeye sokacaktır. Özellikle Türk hukukundaki içtihatlar incelendiğinde bilgi asimetrisi ve dışsallık gibi piyasa

aksaklıklarının etkisiyle sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ilkesi uyarınca hukuki önlemler alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Önüne gelen uyuşmazlıklarda örneğin, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali, genel işlem şartları ya da haksız şartları düzenleyen tarafın sözleşmedeki hak ve yükümlülükler dengesini karşı tarafın ekonomik hak ve özgürlüklerini katlanamayacak derecede sınırlayarak bozduğunun veya sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik sahip olunan hakların kullanılmasının sözleşmede fiilen engellendiği, bu nedenle dönme ya da fesih hakkını kullanamayan tarafın ekonomik faaliyetlerinin geleceğini belirleme özgürlüğünün sınırlandırıldığının tespiti halinde hakim tarafından TBK md. 27 gereği kamu düzenine aykırılık sınırı gündeme getirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aday, N. (2000). *Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Akbulut, P. E. (2016). *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Akıllıoğlu, T. (1995). *İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*. Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- Akıntürk, T., & Ateş, D. (2018). *Medeni Hukuk*. 24. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Akipek, J. G., Akıntürk, T., & Ateş, D. (2015). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, Vol. I, İstanbul: Beta Yayınları.
- Akipek, Ş. (1999). *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Akipek, Ş. (2013). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Sözleşme Koşulları İle Türk Borçlar Kanunundaki Genel İşlem Şartlarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi'. 2. *Tüketici Hukuk Sempozyumu- Ses Çözümleri ve Makaleleri "Tüketici Hukuku Açıklamaları"* (53-62). Ankara: Bilge Yayınevi.
- Akrivopoulou, C. (2007). Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights Chapter 5 Greece. In D. Oliver, & J. Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study* (157-180). Londra & New York: Routledge- Cavendish.
- Akyol, Ş. (2006). *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Akyol, Ş. (2006). *Medeni Hukuka Giriş*. 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Akyol, Ş. (2010). *Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Alpa, G. (2009). Party Autonomy and Freedom of Contract Today. In E. Somma, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference* (71-93). Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International.
- Altaş, H. (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ancel, P. (2003, December). Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien. *Revue Droit des Contrats*, 225-232.
- Antalya, G. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vols. I-II). İstanbul: Beta Yayınları.

- Aral Eldeleklioğlu, İ. (2012). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü. *MÜHFHAD*, 18(1), 383-402.
- Association Henri Capitant, d. A. (2008). Liberté Contractuelle. In B. Fauvarque- Cosson, & D. Mazeud, *Principes Contractuels Communs Projet de Cadre Commun de Référence, Droit Privé Comparé et Européen* (23-62). Paris: Société de Législation Comparée.
- Ataay, A. (1986). *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*. 4. Bası, İstanbul: Der Yayınları.
- Atamer, Y. M. (1997). Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 Tarihli Kararı. *İÜHFİM*, 55(3), 419-428.
- Atamer, Y. M. (2001). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Atamer, Y. M. (2012). Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK md. 6 ve TTK md. 55/ f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011* (9-73). Ankara: BATİDER Yayınları.
- Atamer, Y. M. (2016). *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Atamer, Y. M., & Sanlı, K. C. (2010). Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları. *BATİDER*, 26(4), 15-55.
- Ateş, D. (2007a). *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ateş, D. (2007b). Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları. *TBB Dergisi* (72), 75-93.
- Ateş, D. (2008). BK md. 65 Kuralı: Özel Olarak Genel Ahlaka Aykırı Amaçla Verilenin İade Edilememesi. *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, 583- 605.
- Aubert, J.-L. (1996). Les Relations Entre Bailleurs et Locataires en Droit Français. In J. Ghestin, & M. Fontaine, *La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels* (165-179). Paris: L.G.D.J.
- Aubert, J.-L., & Savaux, É. (2014). *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. Paris: Dalloz Sirey.
- Aubert, M. (1954). *La Répétition des Prestations Illicites ou Immorales*. Lozan: Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence.
- Ayan, M. (2007). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Aydoğdu, M. (2015). *Tüketici Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydoğdu, M. (2018). *Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu madde 20-25)*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Ayhan, R., & Çağlar, H. (2018). *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ayres, I., & Gertner, R. (2018). Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. In B. H. Bix, *Economic Approaches to Legal Reasoning and Interpretation* (392-435). Cheltenham: Edward Edgar Publishing.
- Baird, D. (2017). Economics of Contract Law. In F. Parisi, *The Oxford Handbook of Law and Economics Private and Commercial Law*, Vol. II (3-19). New York: Oxford University Press.
- Barlas, N. (2010). Başkasının Sözleşme İlişkinine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 1*, 415-440.
- Barlas, N. (2012). Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları. In M. M. İnceoğlu (Ed.), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler* (349-363). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Bårlund, J., & Moegelvang-Hansen, P. (2019). Contracting with a Social Dimension. In P. Letto-Vanamo, D. Tamm, & B. O. Gram Mortensen (Ed.), *Nordic Law in European Context* (115-133). Cham: Springer.
- Basedow, J. (2008). Freedom of Contract in the European Union. *European Review of Law*, 901-923.
- Baş Süzel, E. (2019). *Tatil Sözleşmeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Baş, E. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler. *İÜHFM*, 70(2), 115-144.
- Başalp, N. (2011a). *Sorumsuzluk Anlaşmaları*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Başalp, N. (2011b). Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakim Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler'. *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, 221-238.
- Baçoğlu, B. (2018). Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar. *GSÜHFD*, (1), 387-420.
- Başpınar, V. (1998). *Borç Sözleşmesinin Kısmi Butlanı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Başpınar, V. (1999). Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri. *ABD*, (1), 17-34.
- Baudouin, L. (1956). Rapport Général. In T. d. 1952, *La Notion de l'Ordre Public et des Bonnes Mœurs dans le Droit Privé* (723-744). Montréal: Eugène Doucet Limitée.
- Baysal, B. (2015). Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31). In M. M. İnceoğlu (Ed.), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler- Tartışmalar)* (273-327). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Baysal, B. (2017). *Sözleşmenin Uyarlanması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Baysal, B. (2019). *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Beatson, J., Burrows, A. S., & Cartwright, J. (2016). *Anson's Law of Contract*, 30. Baskı, Oxford: Oxford University Press.
- Belen, H. (2014). *6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Bell, J. (1985). *Policy Arguments in Judicial Decisions*. Oxford: The Clarendon Press.
- Belser, M. (2000). *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*. Freiburg: Universitätsverlag.
- Bénabent, A. (2016). *Droit des Obligations*. 15. Baskı, Paris: L.G.D.J.
- Bennett, M., & Waddams Price, C. (2002). Incentive contracts in utility regulation. Ed. E. Brousseau, & J.-M. Glachant, *The Economics of Contracts* (416-439). Cambridge: Cambridge University Press.
- Benson, P. (2001). The Unity of Contract Law. Ed. E. P. Benson, *The Theory of Contract Law* (118-206). Cambridge: Cambridge University Press.
- Berkin, N. (1979). Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı. *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, 163-180.
- Bieri, L. (2012). Le controle judiciaire des conditions générales- Réflexions sur le nouvel article 8 LCD. In E. F. Bohnet, *Le Nouveau Droit des Conditions Générales et Pratiques Commerciales Déloyales* (47-61). Neuchatel: Helbing Lichtenhahn.
- Bonneau, T. (1990). *La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps*. Paris: Presses Universitaires de France- Puf.
- Boyar, O. (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Bozkurt, T. (2008, Kış 2008). “Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş” Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle “Sözleşme Hürriyeti” Açısından Durum. *ABD*, 66(1), 134-142.
- Bozkurt, T. (2012). *Sigorta Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Böhringer, P., Müller, R., Münch, P., & Waltenspühl, A. (2010). *Prinzipien des Vertragsrechts*, 2. Baskı, Zürich: Schulthess.
- Brunnetti-Pons, C. (2007). La Conformité des Actes Juridiques à l'Ordre Public. *Études Offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, 103-132.
- Bucher, E. (2004). Law of Contracts. In F. Dessemontet, & T. Ansay, *Introduction to Swiss Law* (107- 144). 3. Baskı, The Hague: Kluwer Law International.
- Buffelan-Lanore, Y., & Larribau-Terneyre, V. (2018). *Droit Civil Les Obligations*. Paris: Sirey Éditions Dalloz.
- Buz, V. (2013). Aynı Şahsın Farklı Sebeplerle Sorumluluğu: TBK M. 60 Üzerine Düşünceler. *BATİDER*, 29(2), 19-57.

- Cabrillac, R. (2017a). *Introduction Générale au Droit*. 12. Baskı, Paris: Éditions Dalloz.
- Cabrillac, R. (2017b). *Dictionnaire du vocabulaire juridique*. 8. Baskı, Paris: LexisNexis.
- Cabrillac, R. (2018). *Droit des Obligations*. 13. Baskı, Paris : Éditions Dalloz.
- Canbolat, T. (2013). *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Caniklioğlu, M. D. (1998). *Anayasa Arayışları ve Türkiye Anayasal İktisat Eleştirisi*. İstanbul: BDS Yayınları.
- Caniklioğlu, N. (2011). İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı. *Prof Dr. Nuri Çelik'e Armağan* Vol. II, (1144-1174). İstanbul: Beta Yayınları.
- Canivent, G., & Champalaune, C. (2004). Le comportement du consommateur dans la définition du marché. In E. C. Krausz, *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy Études de droit de la consommation* (227-245). Paris: Éditions Dalloz.
- Canut, F. (2007). *L'ordre Public en Droit du Travail*. Paris: LGDJ.
- Capitant, H. (1898). *Introduction à l'Étude du Droit Civil Notions Générales*. Paris: Libraire de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats.
- Capitant, H., Terré, F., & Lequette, Y. (2000). *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile* 11. Baskı, Vol. I, Paris: Dalloz Éditions.
- Carbonnier, J. (1996). Exorde. Dans T. Revet, *L'ordre public a la fin du XXe siècle* (1-2). Paris: Editions Dalloz.
- Carbonnier, J. (2004). *Droit Civil Les biens Les obligations*, Vol. II, Paris: Quadrige/ Puf.
- Chantepie, G., & Latina, M. (2018). *Le Nouveau Droit des Obligations Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*. 2. Baskı, Paris: Éditions Dalloz.
- Chappuis, B. (2012). Art. 66. In L. Thévenoz, & F. Werro, *Commentaire Rommand Code des Obligations* Vol. I, (619-621). 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag.
- Cherednychenko, O. O. (2007a, December). Fundamental Rights and Private Law: A relationship of subordination or complementarity? *Utrecht Law Review*, 3(2), 1-25.
- Cherednychenko, O. O. (2007b). *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions*. Münih: Selier European Law Publishers.
- Choné-Grimaldi, A.-S. (2016). 'Liberté contractuelle versus protection de la partie faible. Quel rôle, en France, pour la droit des contrats et droit de la concurrence? Ed. B. Heideroff, S. Lohsse, & R. Schulze, *EU- Grundrechte und Privatrecht* (191-202). Baden-Baden: Nomos Verlags.

- Christoffersen, J. (2007). Drittwirkung and Conflicting Rights – Viewed from National and International Perspectives Chapter 1 Denmark. Ed. D. Oliver, & J. Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study* (27-63). Londra& New York : Routledge- Cavendish.
- Claeys, I., & Steennot, R. (2018). La Vulnérabilité économique: Rapport Belge. *La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant* (1-14). Québec: Association Henri Capitant.
- Colombi Ciacchi, A. (2006). Non- Legislative Harmonisation: Protection from Unfair Suretyships. Ed. S. Vogenauer, & S. Weatherhill, *Harmonisation of European Contract Law* (197- 205). Oxford: Hart Publishing.
- Colombi Ciacchi, A. (2010). Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union. *European Review of Contract Law*, 6(3), 303-318.
- Cornu, G. (2007). *Droit Civil Introduction au Droit*. 13. Baskı, Paris: Montchrestien.
- Cornu, G. (2016). *Vocabulaire Juridique*. (A. H. Capitant, Ed.) 11. Baskı, Paris: Quadrige Presses Universitaires de France.
- Cour de Cassation Bulletin d'Information. (2011). *Communication Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de Cassation*. 15 Avril 2011, Les Éditions des Journaux Officiels.
- Couturier, G. (1979). L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve. In *Études offerts à Jacques Flour* (103-126). Paris: Répertoire du notariat Defrénois.
- Couturier, G. (1996). Les Relations Entre Employeurs et Salariés en Droit Français. In J. Ghestin, & M. Fontaine, *La Protection de la Parite Faible dans les Rapports Contractuels* (143-164). Paris: L.G.D.J.
- Cumyn, M. (2007). Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité. *Revue Juridique Thémis*, 41(1), 1-85.
- Çağlayan Aksoy, P. (2016). *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Çakırca, S. (2015). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Çeker, M. (1997). *Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N., & Canbolat, T. (2018). *İş Hukuku Dersleri* (Vol. 31. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Çelikel, A. (2017). *Milletlerarası Özel Hukuk*. 15. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Dabin, J. (1940). Autonomie de la Volonte et Lois Imperatives: Ordre Public et Bonnes Moeurs. *Annales de Droit et de Science Politique*, 200-220 .

- Daintith, T. (2004). The Constitutional Protection of Economic Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 2(1), 56-90.
- Davran, C. (1955). Ahlaka Aykırılık Sebebiyle Mesuliyet (Borçlar Kanunu 41/II üzerinde bir inceleme). *İBD*, XXIX, 268-286.
- De Page, H. (1962). *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge: principes, doctrine, jurisprudence* (Vol. C. I). Brüksel: Bruylant.
- Dekeuwer-Défossez, F. (1977). *Les Dispositions Transitoires dans la Législation Civile Contemporaine*. Paris: Pichon& Durand-Auzias.
- Delaye, J., & Hug, D. (2016). L'art. 8 LCD: entre protectionnisme et libéralisme économique. In E. O. Hari, *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?* (371-399). Cenevre: Schultness Editions.
- Deliyannis, J. (1952). *La Notion D'acte Illicite Considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Delvaux, P.-H. (1996). Contrats d'Adhésion et Clauses Abusives en Droit Belge. In J. Ghestin, & M. Fontaine, *La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels* (73-100). Paris: L.G.D.J.
- Demir-Gökyayla, C. (2001). *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Deschenaux, H. (1969). *Le Titre Préliminaire Du Code Civil Traité de Droit Civil Suisse* (Vols. C. II, 1). Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg.
- Deschenaux, H., & Tercier, P. (1982). *La Responsabilité Civile*. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Bern: Édition Staempfli& Cie SA.
- Deshayes, O. (2018). La Vulnérabilité Economique- Rapport Français. *La Vulnérabilité, Journées Québécoises* (1-21). Québec: Association Henri Capitant.
- Deshayes, O., Genicon, T., & Laithier, Y.-M. (2018). *Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations Commentaire article par article*. Paris: LexisNexis.
- Deumier, P. (2017). *Introduction Générale au Droit*. 4. Baskı, Paris: L.G.D.J Lextenso.
- Dissaux, N., & Jamin, C. (2018). *Réforme du Droit des Contrats*. Paris: Éditions Dalloz.
- Doğancı, D. E. (2018). *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Du Plessis, J. (2009). Chapter 3: Validity. In S. Vogenauer, & J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (434-463). Oxford: Oxford University Press.
- Duguit, L. (1901). *L'état, le Droit Objectif et la Loi Positive*. Paris: Ancienne Libraire Thorin et Fils.

- Dupont, A.-S. (2012). Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance. In E. F. Bohnet, *Le Nouveau Le Nouveau Droit des Conditions Générales et Pratiques Commerciales Déloyales* (99-126). Neuchatel: Helbing Lichtenhahn.
- Dural, M., &  g z, T. (2014). *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, Vol. II, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, M., & Sarı, S. (2016). *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, Vol. I, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Engel, P. (1997). *Trait  des Obligations en Droit Suisse, Dispositions g n rales du CO*, 2. Baskı, Bern: Staempfli Editions SA.
- Engle, E. (2009). Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review*, 5(2), 165- 173.
- Eren, F. (2016). *Borçlar Hukuku  zel Hükümler*. 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 21. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ergüne, M. S., & Kurşun, A. S. (2018). Madde 27. *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, C. I*, 109-156.
- Esen, B. N. (1938, Nisan). Akit Yapmamak Hakkı. *İzmir Barosu Dergisi*(3), 263-270.
- Esener, T. (1978). *İŞ Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları.
- Esener, T. (1989). Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sisteminde Ahlakın Rolü. *M HAD*, 3, 1-10.
- Farjat, G. (1963). *L'ordre Public  conomique*. Paris: LGDJ.
- Fauvarque-Cosson, B. (2004). L'ordre Public . *Le Code Civil: un passé, un présent, une avenir* (473-494). Paris: Dalloz.
- Fauvarque-Cosson, B., & Mazaeud, D. (2008). *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Français*. M nih: Sellier European Law Publishers.
- Favoreu, L., & vd. (2005). *Droit des Libertés Fondamentales* (3 ed.). Paris: Dalloz.
- Fedtke, J. (2007). Drittwirkung in Germany Chapter 4 Germany. Ed. D. Oliver, & J. Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study* (125-157). Londra& New York: Routledge-Cavendish.
- Fendoğlu, T. (2002). 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve  zg rl klerin Sınırlanması (AY md.13). *Anayasa Yasası Dergisi*, 178-214.
- Flour, J., Aubert, J.-L., & Savaux,  . (2010). *Droit Civil Les Obligations I. L'acte juridique*. Paris:  ditions Dalloz Sirey.
- Fontaine, M. (1996). Rapport Synthèse. Ed. J. Ghestin , & M. Fontaine, *La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels* (615- 652). Paris: L.G.D.J.

- Fontaine, M. (2007). Les Principes d'Unidroit et la Protection de la Partie Faible. Ed. K. Boele-Woelki, & W. Grosheide, *The Future of European Contract Law* (183-193). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Foster, N., & Sule, S. (2003). *German Legal System and Laws*, 3. Baskı, Oxford: Oxford University Press.
- Francescakis P. (1958). *La Théorie du Renvoi et Les Conflits de Systèmes en Droit International Privé*, Paris : Sirey.
- Gauch, P., Schlupe, W. R., & Tercier, P. (1982). *Partie Générale du Droit des Obligations*, Vol. I, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Zürich: Éditions Schulthess.
- Geny, F. (1954). *Méthode d'Interprétation et Sources du Droit Privé Positif*, Vol. II, 2. Baskı, Paris: Librairie Général de Droit & de Jurisprudence.
- Gerota, D. D. (1925). *La Théorie de l'Enrichissement sans cause dans la Code civil allemand*. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne.
- Ghestin, J. (1984). L'ordre Public, Nation à Contenu Variable en Droit Privé Français. Ed. E. C. Perelman, *Les Nations à Contenu Variable en Droit* (77-98). Brüksel: Bruylant.
- Ghestin, J. (2002). The Contract as Economic Trade. Ed. E. Brousseau, & J.-M. Glachant, *The Economics of Contracts* (99-115). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ghestin, Jacques; Loiseau, Grégoire; Serinet, Yves-Marie. (2013). *Traité de Droit Civil La Formation du Contrat Le contrat- Le consentement*. 4. Baskı, Paris: LGDJ Lextenso éditions.
- Ghodoosi, F. (2016). The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements. *Nebraska Law Review*, 94(3), 685-736.
- Giger, H. (1979). *Une Protection Sociale Renforcée- ligne directrice du législateur pour le nouveau droit du crédit à la consommation*. Bern: Editions Staempfli& Cie SA.
- Gomez, F., & Artigot, M. (2017). Private Autonomy, Weak Parties and Private Law: Views from Law and Economics. Ed. S. Vogenauer, & S. Weatherhill, *General Principles of Law European and Comparative Perspectives* (307-328). Oxford: Hart Publishing.
- Gounot, E. (1912). *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Paris: Rousseau.
- Gözler, K. (2002). 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 346-353.
- Gözler, K. (2010). *İdare Hukuku Dersleri*. 10. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.

- Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teroisi*, Vol. II, Bursa: Ekin Yayın Dağıtım.
- Gözler, K. (2016). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözübüyük, Ş., & Tan, T. (2016). *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Vol. I, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Grégoire, M. (1995). L'ordre Public dans la Jurisprudence de la Cour de Cassation. *Les Conférences du Centre de Droit Privé et Droit Économique. III*, 63-80. Brüksel: Bruylant.
- Group), S. G. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Civil Law*. Ed. C. von Bar, E. Clive, & H. Schulte- Nölke, Münih: Sellier European Law Publishers.
- Guggenheim, D. (1970). *L'invalidité des Actes Juridiques en Droit Suisse et Comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Guggenheim, D. (1995). *Le Droit Suisse des Contrats, La Conclusion des Contrats* Vol. I-II. Cenevre: Georg Editeur SA.
- Guillod, O., & Steffen, G. (2012). Art. 19-20. In L. Thévenoz, & F. Werro, *Commentaire Romand Code des Obligations*, Vol. I, (180- 205). 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhan Verlag.
- Gümüş, M. A. (2013). *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gümüş, M. A. (2014). *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (madde 1-46)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gümüş, M. A. (2015). *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi.
- Gürten, K. (2008). *Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gürzumar, O. (2006). *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Hage-Chaine, F. (1998). Rapport Général. In T. d. Française, *L'ordre Pulic Journées Libanaises* Vol. XLIX, (17-50). Paris: LGDJ.
- Hartlief, T. (2004). Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. *Journal of Consumer Policy*, 27, 253- 267.
- Hatemi, H. (1976). *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 kuralı)*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.

- Hatemi, H. (2012). *Medeni Hukuk'a Giriş*. Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Hatemi, H., & Gökyayla, E. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Havutçu, A. (2011). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi. *İzmir Barosu Dergisi*, 76(2), 29-47.
- Helvacı, S., & Erlüle, F. (2018). *Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş: Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*. 5. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Heper, A. (2016). *Serbest Hukuk Akımı Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Hesselink, M. W. (2009). The CFR and Social Justice. Ed. A. Somma, *The Politics of the Draft of Common Frame of Reference* (95-113). The Hague: Kluwer Law International.
- Hondius, E. (2006). The Notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney Law Review*, 89-99.
- Hunter-Henin, M. (2007). Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights Chapter 3 France. Ed. D. Oliver, & J. Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study* (98-125). Londra& New York: Routledge- Cavendish.
- İnal, T. (2018). *İnternet Sözleşmelerinde Haksız Şartlar*. İstanbul: Airsto Yayınevi.
- İnan, A., & Yücel, Ö. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları.
- İnceoğlu, M., & Baş, E. (2011). Kira Parasının Belirlenmesi. *Şener Akyol'a Armağan*, 523-547.
- İşgüzar, H. (2003). *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Japiot, R. (1909). *Des Nullités en Matière D'actes Juridiques*. Paris: Rosseau.
- Julliot De La Morandiere, V. (1949). L'ordre Public en Droit Privé Interne. In TAHC, *Études sur la Rôle du Juge* (Vol. V). Paris: Dalloz.
- Kaboğlu, Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*. 6. Baskı, İstanbul: İmge Kitabevi.
- Kaboğlu, Ö. İ. (2014). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esasları)* Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı. İstanbul: Legal Yayınları.
- Kaehler, L. (2014). Policy Interventions via Contract Interpretation. *ERPL*, 22(5), 641-662.
- Kaln, B., & Yoshida, D. T. (2007). The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law. *Annual Review of Civil Litigation*, 1-10.
- Kaneti, S. (2007). *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*. İstanbul: Kazancı Yayınları.

- Kapancı, K. B. (2016). *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kapani, M. (2013). *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karabağ Bulut, N. (2014). *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Karim, V. (1998). Rapport Canadien. Ed. T. d. Française, *L'ordre Public Journées Libnaises* (99-123). Paris: LGDJ.
- Karim, V. (1999). L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation. *Les Cahiers de Droit*, 40(2), 403-435.
- Kaşak, F. E. (2019). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Kavak, Y. (2019). *Medeni Hukukun Hakim Tarafından Uygulanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kaya, F. (2009). *Kredi Kartları*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Kayser, P. (1933). Les Nullites d'Ordre Public. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 32, 1115-1140.
- Kender, R. (2017). *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (Vol. 16. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Kennedy, D. (1998). Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law. Ed. A. W. Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law* (319- 325). New York/ Oxford: Oxford University Press.
- Kessler, F. (1943). Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract. *Columbia Law Review*, 629-642.
- Kılıçoğlu, A. M. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 21. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. M. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kimmel, D. (2017). Personal Freedom and the Protection of the Weak through the Lens of Contract: Jurisprudential Overview. Ed. S. Vogenauer, & S. Weatherhill, *General Principles of Law European and Comparative Perspectives* (297-305). Oxford: Hart Publishing.
- Kırkbeşoğlu, N. (2011). *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Knight, W. (1922). Public Policy in English Law. *Law Quarterly*, 38, 207-219.
- Kocaağa, K. (2018). *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)* (2. ed.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. I.* 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Konuralp, H. (2007). İstinafta Kamu Düzeni Kavramı. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Çeşme/ İzmir*, 133-150 .
- Kötz, H. (2017). *European Contract Law* (2. ed.). Çev. G. Mertens, & T. Weir, Oxford: Oxford University Press.
- Kuban, A., & Doğan, K. (1998). L'ordre Public dans les Relations de Travail Rapport Turc. Ed. T. d. Française, *L'Ordre Public Journées Libnaises* (835-855). Paris: LGDJ.
- Kuru, B. (2015). *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Legal Yayınları.
- Lafond, P.-C. (2018). La Vulnérabilité Economique- Rapport Québécois. *La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant*, 1- 9.
- Law, S. G. (2006). Social Justice in European Contract Law: a Manifesto. Ed. M. W. Hesselink, *The Politics of a European Civil Code* (171-194). The Hague: Kluwer Law International.
- Le Roy, Y., & Schönberger, M.-B. (2011). *Introduction Générale au Droit Suisse*. Genişletilmiş 3. Bası, Zürih: Schulthess Medias Juridiques SA.
- Lehmann, M. (2018). La Vulnérabilité Economique- Rapport National Allemand. *La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant* , 1-17.
- Lenaerts, A. (2017). The Role of the General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights in the Enforcement of Human Rights in Contract Law: A Belgian Law Perspective. In A. H. Ed. Luca Siliquini- Cinelli, *The Constitutional Dimension of Contract Law A Comparative Perspective* (79-123). Cham: Springer International Publishing.
- Leu, D., & von der Crone , H. C. (2003). Übermassige 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. *SZW*, 75, 221-228.
- Lienhard, W. (1935). *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*. Paris: Libraire du Recueil Sirey.
- Lloyd, D. (1953). *Public Policy: A Comparative Study in English and French Law*. Londra: University of London, The Athlone Press.
- Lokiec, P. (2004). *Contrat et Pouvoir Essai sur les Transformations du Droit Privé des Rapports Contractuels*. Paris: L.G.D.J.
- Loos, M. B., & Samoy, I. (2014). The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law: an Introduction. Ed. M. B. Loos, & I. Samoy, *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law* (1-9). Cambridge: Intersentia Publishing.
- Lurger, B. (2011). The ‘Social’ Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness. Ed. Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak, & Perron, *Towards a*

- European Civil Code* (353-386). Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International.
- Luth, H. (2010). *Behavioural Economics in Consumer Policy, The Economics Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited*. Oxford: Intersentia.
- Lutzi, T. (2016). Introducing Imprévision into French Contract Law- A Paradigm Shift in Comparative Perspective. Ed. S. Stijns, & S. Jansen, *The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration?* (89- 112). Cambridge: Intersentia.
- Malaurie, P. (1953). *L'ordre Public et le Contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*. Reims: Éditions Matot- Braine.
- Malaurie, P. (1956). Rapport de France. Ed. T. d. 1952, *La Nation de l'Ordre Public et des Bonnes Moeurs dans le Droit Privé* (Vol. VII, 748-768). Montréal: Eugène Doucet Limitée.
- Malaurie, P., Aynés, L., & Stoffel-Munck, P. (2018). *Les Obligations Droit Civil*. 10. Baski, Paris: Déferions Lextenso Éditions.
- Malin, E., & Martimort, D. (2002). Transaction costs and incentive theory. Ed. E. Brousseau, & J.-M. Glachant, *The Economics of Contracts* (159-179). Cambridge: Cambridge University Press.
- Marella, M. R. (2006). The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe. *European Review of Contract Law*, 2(2), 257-274.
- Marty, G. (1950). Rôle du juge dans l'interprétation des contrats. Ed. T. d. Français, *Études sur la Rôle du Juge* Vol. V, (84-106). Paris: Dalloz.
- Mazeaud, D. (2017). La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats. Ed. Y. Picod , & D. Mazeaud, *La Violence Économique À l'aune de nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées Nationales Association Henri Capitant. XXI*, 25-30. Paris: Éditions Dalloz.
- McKendrick E. (2018). *Chapter 20B : Illegality*, Contract Law Text, Cases and Materials, 8. Baski, Oxford: Oxford University Press, https://oup-arc.com/access/mckendrick8e-student-resources#tag_additional-material, (Son Erişim Tarihi: 22.01.2010),
- Meier, S. (2018). Chapter 15: Illegality. Ed. N. Jansen, & R. Zimmermann, *Commentaires on European Contract Laws* (1887-1930). Oxford: Oxford University Press.
- Meinertzhagen-Limpens, A. (1995). Quelques Aspects de l'Ordre Public en Droit Comparé. Ed. J. F. Romain, M. Grégoire, & vd., *L'ordre Public Concept et Applications, Les Conférences du Centre de droit privé et droit économique* (219-256). Brüksel: Bruylant.
- Mekki, M. (2004). *L'intérêt Général et le Contrat Contribution à une Étude de la Hiérarchie des Intérêts en Droit Privé*. Paris: L.G.D.J.

- Meli, M. (2006). Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Party. *European Review of Contract Law*, 2(2), 159-166.
- Mercadal, B. (1991). De l'exception d'ordre public. In *Mélanges à André BRETON et Fernand DERRIDA* (241-249). Paris: Dalloz éditions.
- Mestre, J. (1998). L'ordre Public dans l'économie, Rapport Français. Ed. Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'ordre Public, Journée Libanaises* (Vol. XLIX). Paris: Eugène Doucet Limitée.
- Meyer, N. (2006). *L'ordre Public en Droit du Travail Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*. Paris: LGDJ.
- Micklitz, H.-W. (2004). The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party. *Jornal of Consumer Policy*, 27, 339-356.
- Moradiere, J. d. (1950, Ocak). Fransız Hususi Hukukunda Amne Nizamı Gayri Ahlakilik. Çev. K. T. Gürsoy, *Adalet Dergisi*, 41(1), 737-753.
- Morin, A. (2012). Art. 22. In L. Thévenoz, & F. Werro, *Code des Obligations Commentaire Romand*, Vol. I, Basel: Helbing& Lichenhahn Verlag.
- Morin, A., & Fornage, A. C. (2018). La Vulnérabilité Economique- Rapport Suisse. *La Vulnérabilité, Journées Québécoises Association Henri Capitant*, 1-14.
- Morin, G. (1945). *La Révolte du Droit Contre le Code : la révision nécessaire des concepts juridiques*. Paris: Éditions Sirey.
- Möllers, T. M. (2018). Working with Legal Principles- demonstrated using Private Autonomy and Freedom of Contract as Examples. *European Review of Contract Law*, 14(2), 101- 137.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2013). *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2015). *İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Niboyet, J. P. (1928). *Manuel de Droit International Privé*. 2. Baskı, Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- Nomer, E. (2017). *Devletler Hususi Hukuku*. 22. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- Nomer, N. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Notes. (2006). A Law and Economics Look at Contracts against Public Policy. *Harvard Law Review*, 119(5), 1445-1466.
- Oder, B. E. (2013). Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler. K. H. Platformu, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması 29-30 Eylül 2012* (121-213). Ankara: Türkiye Barolar Birliği.

- Oğuzman, M., & Barlas, N. (2016). *Medeni Hukuk- Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. 22. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M., & Öz, M. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vol. I-II, 12. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M., Seliçi, Ö., & Oktay-Özdemir, S. (2016). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. 16. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Okay Tekinsoy, Ö. (2011). *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Oliver, D. (2007). The Human Rights Act and the Private Sphere Chapter 2 England and Wales. Ed. D. Oliver, & J. Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study* (63-98). Londra& New York: Routledge-Cavendish.
- Oliver, D., & Fedtke, J. (2007). Human Rights and the Private Sphere – the Scope of the Project. Ed. D. Oliver, & J. Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere A Comparative Study* (3-27). Londra& New York: Routledge- Cavendish.
- Opréa, Z. (1935). *Sur la notion de bonnes moeurs dans les obligations en droit civil Allemand*. Paris: Publications de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris.
- Ortan, A. N. (2016). Medeni Yargılama Hukukunda 'Görev Bağlamında Kamu Düzeni Mevzuatçılığı'nın Uygulanmasındaki Kayıtsızlık. *Prof. Dr. Akın Öcal'a Armağan, ANDHD Özel Sayı* (3), 47-62.
- Öz, T. (1997). *Yönetim (Management) Sözleşmesi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Özay, İ. (1996). *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Alfa Yayınları.
- Özbilen, A. B. (2016). *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Özbudun, E. (2005). *Türk Anayasa Hukuku* 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özcan, D., & Ocak, U. (2013). *Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (İbraname)*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Özdamar, M. (2009). *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özdemir Kocasakal H. (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşme Üzerindeki Etkileri, İstanbul : Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- Özdemir, E. (2005). İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri. *AÜHFD*, 54(3), 95-120.
- Özel, Ç. (2019). *Tüketicinin Korunması Hukuku* 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özen, B. (2017). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi (Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası ed.)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Öztan, B. (2019). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. 43. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Paksoy, M. S. (2018). *Sözleşmeyi İhlale Yönetilme*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Pascanu, P. (1937). *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*. Paris: Duchemin.
- Patti, S. (2014). Interpretation of the General Clauses 'Public Policy' and 'Good Morals' in European Contract Law. *European Review of Private Law*, 5, 611-618.
- Pédamon, M. (2004). *Le Contrat en Droit Allemand*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.).
- Perrin, J.-F. (1984). Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridique à contenu variable? Ed. C. Perelman, & R. Vander Elst, *La Notions a Contenu Variable*. Brüksel: Établissement Emile Bruylant.
- Picod, Y. (2017). Rapport Introductif. Ed. Y. Picod, & D. Mazeaud, *La Violence Économique, Journées Nationales Association Henri Capitant. XXI*, 1-10. Paris: Éditions Dalloz.
- Poroy, R., Oktay, S., & Ünan, S. (1998). Rapport Turc. Ed. T. d. Français, *L'ordre Public Journées Libnaises* (291-308). Paris: LGDJ.
- Pound, R. (1943). A Survey of Social Interests. *Harvard Law Review*, 57(1), 1-39.
- Prentice D. D. (2017). *Illegality and Public Policy*, Chitty on Contracts, Vol. 1 General Principles, Ed. H. Beale, Londra: Sweet & Maxwell Ltd.
- Quigley, J. (2007). *Soviet Legal Innovations and the Law of the Western World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Reisoğlu, S. (2012). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 23. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Rémillard, G. (1993). *Commentaires du Ministre de la Justice*. Québec: Les Publications du Québec.
- Revet, T. (1996a). L'ordre Public dans les Relations de Travail. Ed. T. Revet *L'ordre public à la fin du XXéme siècle* (43-63). Paris: Dalloz coll. "Thèmes et commentaires".
- Revet, T. (1996b). Rapport Introductif. In T. Revet (Ed.), *L'ordre public a la fin du XXe siècle* (3-12). Paris: Dalloz.
- Revet, T. (2016). Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés. Ed. E. P. Chauviré, *La Réforme du Droit des Contrats: du Projet à l'Ordonnance* (67- 84). Paris: Dalloz Editions.
- Revet, T. (2017). La "violence économique" dans la jurisprudence. Ed. Y. Picod, & D. Mazeaud, *La Violence Économique À l'aune de nouveau droit des contrats et du*

- droit économique, Journées Nationales Association Henri Capitant. XXI, 11-24. Paris: Éditions Dalloz.*
- Ripert, G. (1934). L'ordre Économique et la Liberté Contractuelle. *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný* (347-353). Gallica: Bibliothèque nationale de France (BnF).
- Ripert, G. (1948). *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Ripert, G. (1949). *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Paris: LGDJ.
- Ripert, G. (1951). *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*. 2. Baskı, Paris: Pichon& Durand-Auzias.
- Rivero, J. (1982). Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler. *Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler Semineri 5-7 Şubat 1982* (33-48). İstanbul: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi.
- Rochfeld, J. (2008). Du statut du droit contractuel de protection de la partie faible: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme. In O. D. Ed. Jean- Sébastien Borghetti, *études offertes à Geneviève Viney* (837-866). Paris: L.G.D.J.
- Romain, J.-F. (1995). L'ordre Public (Notion Générale) et les Droits de L'homme. Ed. J.- F. Romain, M. Grégoire, & vd., *L'ordre Public Concept et Applications* Vol. III, (5-61). Brüksel: Bruylant.
- Rose- Ackerman, S. (1996). Economics, Public Policy, and Law. *Victoria University of Wellington Law Review*, 26(1), 1-16.
- Roubier, P. (1933). *Les Conflits des Lois dans le Temps*. Paris: Libraire du Recueil Sirey.
- Roullier, N. (2007). *Droit Suisse des Obligations et Principes du Droit Européen des Contrats*. Lozan: CEDIDAC-Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne.
- Rösler, H. (2010). Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law. *ERPL*, 729-756.
- Ruhi, A. C. (2019). *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Rüedi, Y. (2011). *Art. 66 OR Bernar Kommentar Obligationenrecht* (Vol. VI). Ed. H. Hausheer, & H. P. Walter, Bern: Staempfli Verlag AG.
- Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- Sağlam, F. (2002). 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19, 288-310.

- Sağlam, İ. (2006). Haksız Etki. In *Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan* (687-699). İstanbul: Beta Yayınları.
- Sağlam, M. (2002). Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19, 233-266.
- Sanlı, K. C. (2015). *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Sav, A. (2004). Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 Gün ve 2001/309 Esas, 2002/ 91 Sayılı Kararı Hakkında Not. *TBB Dergisi*, 17(54), 241-244.
- Savaux, É. (1997). *La Théorie Générale du Contrat, Mythe ou Réalité ?* Paris : L.G.D.J.
- Sayın, F. E. (2017). *Paket Tur Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Schafer, H. B., & Ott, C. (2006). *The Economics Analysis of Civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Schüller, B. (2011). Social peace via pragmatic civil rights- the Scandinavian model of consumer law. Ed. H. W. Micklitz, *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law* (384-402). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Schütte, B. (2017). The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms. In A. H. Ed. Luca Siliquini- Cinelli, *The Constitutional Dimension of Contract Law A Comparative Perspective* (217-247). Cham: Springer International Publishing.
- Schwarz, A., & Scott, R. E. (2018). Contract Theory and the Limits of Contract Law. Ed. B. H. Bix, *Economic Approaches to Legal Reasoning and Interpretation* (510-588). Cheltenham: Edward Edgar Publishing.
- Schwenzer, I. (2003). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. 4. Bası, Bern: Stampfli Verlag.
- Sefton- Green, R. (2011). A vision of social justice in French private law: paternalism and solidarity. Ed. H. W. Micklitz, *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law* (237-256). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R. (2015). *Hukukta Yöntem*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Vol. III). 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Serozan, R. (2017). *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*. 7. Baskı, İstanbul: Vedat Yayınları.

- Serozan, R. (2018). *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Serozan, R. (2018). *Madde 81, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Shirley, W. (1886). *Selection of Leading Cases in the Common Law*, 3. Baskı, Londra: Stevens and Sons, www.heinonline.com (Son Erişim Tarihi : 22.01.2020).
- Signat, C. (2018). *Le Pouvoir Discrétionnaire du Juge et L'inexécution du Contrat Étude du Droit Comparé Franco- Allemande*. Paris: L.G.D.J.
- Simitis, K. (1960). *Guten Sitten und Ordre Public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des 138 Abs. I BGB*. Marburg: N. G. Elwert Verlag.
- Simon, A. (1941). *L'ordre Public en Droit Privé*. Rennes: Université de Rennes Impr. Réunies.
- Simonius, A. (1956). Rapport de Suisse. In T. d. 1952, *La Notion de l'Ordre Public et des Bonnes Moeurs dans le Droit Privé* Vol. VII, (797-808). Montréal: Eugène Doucet Limitée.
- Sirmen, L. (1978). Medeni Kanun'un 917. Maddesine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi,. *AÜHFD*, 35(1), 497-506.
- Somma, A. (2013). Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economy and The Public Dimension of Contract. *Law and Contemporary Problems*, 76(2), 105- 116.
- Soyer, P. (1991). *Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi (TSGLK md. 6/f. 2)*. Ankara: DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Spitz, J.-F. (2007, Avril/ Juin). "Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée". *RTD Civ*, 281- 286.
- Stearns, M. L., & McGinnis, M. J. (2017). A social choice view of law and economics. Ed. T. Ulen, *Methodologies of Law and Economics* (72- 101). Cheltenham: Edward Edgar Publishing.
- Stoffel, B. (2017). *La Forme Comme Objet du Contrat La forme conventionnelle et ses effets*. Zürich: Schulthess.
- Stolleis, M. (2013). *Origins of the German Welfare State Social Policy in Germany to 1945, German Social Policy 2*. Ed. L. Leisering, Çev. T. Dunalp, Heidelberg: Springer Publishing.
- Strickler, Y. (2000). La protection de la partie faible dans la vente en l'état futur d'achèvement. *Le Role de la Volonté dans les Actes Juridiques Études à la Mémoire du Proffeseur Alfred Rieg*, 900-915.

- Sungurbey, İ., & Kaneti, S. (1976). *Medeni Hukuk Sorunları* (Vol. III). İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Süzek, S. (2013). *İş Hukuku* (Vol. 9. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Şanlı, C., Esen, E., & Ataman-Figenmeşe, İ. (2018). *Milletlerarası Özel Hukuk*. 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Şeker, M. (2015). *Yazılmamış Sayılma (BK m.21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Şen Doğramacı, H. (2010). *Çerçeve Sözleşmeler*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Tan, T. (1984). *Ekonomik Kamu Hukuku*. Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları.
- Tan, T. (2015). *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*. 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tandoğan, H. (1963). Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması. *AHFD*, XX(1), 1-36.
- Tandoğan, H. (1974). Noterlerin Kefil Olma Yasağının Müeyyidesi. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*(4), 1- 10 .
- Tandoğan, H. (1977). *Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması*. Ankara: AÜHF Yayınları.
- Tandoğan, H. (2010a). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* 5. Baskı, Vol. I-II. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tandoğan, H. (2010b). *Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet*. 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tanör, B., & Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* 18. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları.
- Tekinalp, G. (2011). *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*. 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekinay, S. S. (1978). *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*. 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Tekinay, S., Akman, S., Burcuoğlu, H., & Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Teoman, Ö. (1996). *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması* 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları.
- Tercier, P. (2004). Quels Fondements pour le Contrat au XXIe Siecle? Ed. F. Bellanger, F. Chaix, C. Chappius, & A. H. Lachat (Ed.), *Le Contrat dans Tous ses États* (209-227). Bern: Staempfli Editions.

- Tercier, P., & Pichonnaz, P. (2012). *Le Droit des Obligations* Düzeltilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı. Zürih: Schulthess Média Juridique.
- Tercier, P., Bieri, L., & Carron, B. (2016). *Les Contrats Spéciaux* 5. Baskı. Cenevre: Schulthess Éditions Romandes.
- Tercier, P., Pichonnaz, P., & Develioğlu, H. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Terré, F. (1996). Rapport Introductif. In T. Revet, *L'ordre public à la fin du XXe siècle* (3-12). Paris: Dalloz.
- Terré, F. (2015). *Introduction Générale au Droit*. 10. Baskı, Paris: Éditions Dalloz.
- Terré, F., Simier, P., & Lequette, Y. (2019). *Droit Civil, Les Obligations*. Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Paris: Éditions Dalloz.
- Thévenoz, L. (2012). Art. 100. Ed. E. L. Werro, *Code des Obligations I Commentaire Romand* (772-786). 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag.
- Tiryaki, R. (2008). *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Treitel, G. (2015). *The Law of Contract*. 14. Bası, Londra: Thomas Reuters.
- Troisfontaine, R. (2016). *La Protection de la Partie Faible en Droit Commercial: le Franchisé, Yüksek Lisans Tezi*. Louvain: Université Catholique de Louvain.
- Ulusoy, A. (2002). *Telekomünikasyon Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ulusoy, A. (2009). 'Hukuk- Ekonomi İlişkisinde İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı' başlıklı oturumda sunulan tebliğ. *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8-11 Ocak 2008), Ekonomi ve Hukuk*. 4, 25-32. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Uygur, T. (2003). *Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumlulukve Tazminat Hukuku* Genişletilmiş 2. Bası. Vol. I. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Ünal, A. (2017). *Kelepçeleme Sözleşmeleri Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlandırılması*, 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ünan, S. (2016a). *Sigorta Tüketici Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Ünan, S. (2016b). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Valentin, L. (2014). *Public Policy in English and American Law*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Belçika: https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/178/RUG01-002163178_2014_0001_AC.pdf (Son Erişim Tarihi: 14.11.2017).
- Van Dam, C. (2014). *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Van Gysel, A.-C., & Romain, J. F. (1995). Conclusions Générales: L'ordre Public entre Hétérogénéité et Homogénéité. In J. F. Romain, M. Grégoire, & vd., *L'ordre Public Concept et Applications, Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique* (305-327). Brüksel: Bruylant.
- Vignerone-Maggio-Aprile, S. (2006). *L'information des Consommateurs en Droit Européen et en Droit Suisse de la Consommation*. Zürich: Schulthess.
- Vincent-Legoux, M.-C. (2015). L'ordre public et le contrat Étude de droit comparé interne. *Archives de Philosophie du Droit*, 58, 215-241.
- von Mehren, A. T. (2008). A General View of Contract. In B. E. Mehren, *International Encyclopedia of Comparative Law Contracts in General Part I* Vol. VII, (1-109). Tübingen: Mohr Siebeck.
- von Tuhr, A. (1934). *Partie Generale du Code Federal des Obligations*. 2. Baskı, Lozan: Imprimerie G. Vaney- Burnier SA.
- Von Tuhr, A. (1952). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* (Vol. I). İstanbul: Yeni Matbaa.
- Von Tuhr, A., & Peter, H. (1984). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. Zürich: Schulthess Verlag.
- Weinrib, E. J. (2012). *The Idea of Private Law*. 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press.
- Werro, F. (2012). Art. 41. In L. Thévenoz, & F. Werro, *Code des Obligations Commentaire Romand* (Vol. I, 360-393). Basel: Helbing& Lichenhahn Verlag.
- Wilhelmsson, T. (2004). Varieties of Welfarism in European Contract Law. *European Law Journal*, 712-733.
- Winfield, P. H. (1928). Public Policy in the English Common Law. *Harvard Law Review*, 42(1), 76-102.
- Winiger, B. (2012). Art. 18. Ed. L. Thévenoz, & F. Werro, *Code des Obligations Commentaire Romand* Vol. I, (133-180). 2. Baskı, Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag.
- Wright, R. (1939). *"Public Policy" Legal Essays and Addresses*. Cambridge: The University Press.
- Xoudis, J. (2012). Art. 11. In L. Thévenoz, & F. Werro, *Code des Obligations Commentaire Romand* (Vol. I). Basel: Helbing& Lichtenhahn Verlag.
- Yağcıoğlu, B. (2019). *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Yavuz, C. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Vol. Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Bası). İstanbul: Beta Yayınları.
- Yeniocak, U. (2013). *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları.

- Yenisey Doğan, K. (2014). *İş Hukukunun Emredici Yapısı*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yıldırım, A. C. (2015). *Karşılaştirmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Yıldırım, T., Yasin, M., Karan, N., Özdemir, E., Üstün, G., & Okay Tekinsoy, Ö. (2012). *İdare Hukuku*. 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Yıldız Akgül, ř. (2011). *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Zerbe Jr., R. O. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Zevkliler, A., & Gökyayla, E. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Zimmermann, N. (2016). Personnes vulnérables et obligations positives: quelles limites à l'activité économique? Ed. E. O. Hari, *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique: quo vadis?* (221-241). Cenevre: Schulthess Editions.
- Zufferey-Werro, J.-B. (1988). *Le Contrat Contaire aux Bonnes Moeurs*. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse.
- Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *An Introduction of Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press.

<http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim tarihi: 10.12.2019)

<http://www.kazanci.com.tr> (Erişim tarihi: 15.12.2019)

<http://www.swisslex.com> (Erişim tarihi: 07.10.2019)

<http://www.lawcom.gov.uk> (Erişim tarihi: 03.05.2018)

<http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim tarihi: 15.06.2019)

<http://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim tarihi: 20.07.2019)

<http://www.henricapitant.org> (Erişim tarihi: 20.06.2019)

<https://dial.uclouvain.be> (Erişim tarihi: 10.03.2019)

<https://www.conseil-constitutionnel.fr> (Erişim tarihi: 05.07.2019)

<https://www.swisslex.ch> (Erişim tarihi: 07.10.2019)

<https://www.trans-lex.org> (Erişim tarihi:20.07.2019)

<https://www.admin.ch> (Erişim tarihi: 20.06.2019)

<http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr> (Erişim tarihi: 24.03.2019)

<http://codes.droit.org> (Erişim tarihi: 07.08.2019)